Nr 22 Styczeń 2015
January 2015

Biuletyn Arbitrażowy

Arbitration Bulletin

Sąd Arbitrażowy
przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie

Redaktor Naczelny
Andrzej Kąkolecki

Sekretarz redakcji
Łucja Nowak

© Copyright by Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej
Warszawa 2015

ISSN 1896-7124

Wydawca:

Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej
ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa
tel. 22-827-47-54, faks 22-827-94-01

www.sakig.pl; info@sakig.pl; biuletyn@sakig.pl

Skład i łamanie: Tomasz Gronau tmgr@wp.pl

Druk i oprawa: Elpil, Siedlce

Druk ukończono w styczniu 2015 roku

Nakład 300 egz.

PARTNERZY

CLIFFORD CHANCE

CMS Law.Tax

DZP więcej niż prawo

K&L GATES

Linklaters

Łaszczuk

SK&S SOŁTYSIŃSKI KAWECKI SZLĘZAK

WARDYŃSKI + WSPÓLNICY

Biuletyn Arbitrażowy – *Młody Arbitraż*

Słowo wstępne 7

CZĘŚĆ PIERWSZA

Anna Tujakowska, Katarzyna Michałowska
(Sołtysiński Kawecki & Szlęzak –
Kancelaria Radców Prawnych i Adwokatów sp.k.)
Wytyczne Young ICCA w sprawie sekretarzy trybunałów arbitrażowych 11

Aneks B – Badanie z 2012 roku 39

Aneks C – Badanie z 2013 roku 49

CZĘŚĆ DRUGA

Alicja Zielińska (Linklaters C. Wiśniewski i Wspólnicy sp.k.)
Sekretarz trybunału arbitrażowego – obowiązki i sposób powoływania 63

Piotr Bytnerowicz, Emanuel Wanat (White & Case P. Pietkiewicz,
M. Studniarek i Wspólnicy sp.k.)
Dopuszczalność przygotowania świadków w postępowaniu arbitrażowym 74

Marek Neumann (Allen & Overy, A. Pędzich sp.k.)
Zasady ponoszenia kosztów postępowania przed Sądem Arbitrażowym
przy KIG na tle tendencji światowych 87

Jan Rysiński (Łaszczuk i Wspólnicy sp.k.)
Narada arbitrów – zagadnienia praktyczne 100

Karolina Pasko, Agnieszka Zarówna (Furtek Komosa Aleksandrowicz sp.k.)
Specyfika wyroku sądu polubownego 112

Maciej Orkusz (Domański Zakrzewski Palinka sp.k.)
„Zaskoczenie" stron wyborem podstawy prawnej orzekania
przez sąd polubowny a pozbawienie prawa do obrony 126

Ewelina Wętrys (K&L Gates Jamka sp.k.)
Zastosowanie zasady rei iudicatea do krajowych wyroków arbitrażowych
według polskiego prawa 139

Anna Diaby (Baker & McKenzie Krzyżowski i Wspólnicy sp.k.)
Pozbawienie strony prawa do rozpoznania sprawy przez bezstronny sąd jako podstawa do uchylenia wyroku sądu polubownego (art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c.) 154

Mateusz Irmiński (Sołtysiński Kawecki & Szlęzak – Kancelaria Radców Prawnych i Adwokatów sp.k.)
Zakres związania sądów arbitrażowych prawem Unii Europejskiej w świetle podstaw do uchylenia wyroku sądu arbitrażowego bądź odmowy uznania lub stwierdzenia jego wykonalności 167

Monika Diehl (Clifford Chance, Janicka, Krużewski, Namiotkiewicz i Wspólnicy sp.k.)
Zgodność inwestycji i działań inwestora z prawem na tle sprawy Jukosu 183

Ludwina Klein (Wardyński i Wspólnicy sp.k.)
Klauzula najwyższego uprzywilejowania jako podstawa jurysdykcji w arbitrażu inwestycyjnym w świetle orzecznictwa trybunałów arbitrażowych 197

Szanowni Państwo,

Z przyjemnością i nieukrywaną dumą mam zaszczyt przekazać w Państwa ręce wydanie specjalne „Biuletynu Arbitrażowego" – „Młody Arbitraż", numer przygotowany przez młodych dla młodych.

Pretekstem do przekazania tego numeru młodszemu pokoleniu entuzjastów arbitrażu jest publikacja w pierwszej części „Biuletynu" polskiej wersji *Wytycznych Young ICCA w sprawie sekretarzy trybunałów arbitrażowych*. Jest to pierwszy tego typu dokument Young ICCA, inicjatywy powołanej w 2010 roku do życia przez Międzynarodową Radę do spraw Arbitrażu Handlowego (ICCA).

Z uwagi na rosnące w środowisku arbitrażowym zainteresowanie instytucją sekretarza trybunału uznaliśmy, że publikacja ta powinna doczekać się tłumaczenia na język polski. Wierzymy, że może ona stanowić punkt wyjścia dla propagowania w Polsce funkcji sekretarza wśród prawników zasiadających w trybunałach. Dla młodych entuzjastów arbitrażu może natomiast stanowić doskonałą okazję do sprawdzenia swych sił w tej roli i nauki poprzez obserwację pracy doświadczonych praktyków.

Na drugą część tego numeru „Biuletynu" składają się artykuły przygotowane przez 13 zdolnych adeptów arbitrażu, którym pozostawiliśmy pełną swobodę w wyborze tematyki ich prac. W efekcie otrzymaliśmy zestaw ciekawych esejów, które obejmują swoją tematyką praktycznie całe spektrum postępowania arbitrażowego – poczynając od sposobu powołania sekretarza w świetle przepisów k.p.c., poprzez możliwość przygotowania świadków w trakcie postępowania, naradę arbitrów oraz kwestie związane z wyrokiem, na postępowaniu ze skargi o uchylenie oraz uznaniu wyroku arbitrażowego kończąc. Nasi autorzy wpisali się również w światowy trend zainteresowania arbitrażem inwestycyjnym, poruszając problematykę wykorzystania klauzuli najwyższego uprzywilejowania do celów rozszerzenia jurysdykcji trybunału arbitrażowego oraz przeprowadzając dyskusję nad „świeżym" wyrokiem w sprawie *Jukos przeciwko Rosji*.

Korzystając z okazji, w imieniu Sądu Arbitrażowego oraz moim własnym chciałabym serdecznie podziękować kancelariom, które zgodziły się na udział w naszym projekcie przez umożliwienie młodym prawnikom przygotowania tekstów, jak również naszym Partnerom za wsparcie finansowe „młodego" projektu. Szczególne podziękowania kieruję do Panów Doktorów Andrzeja

Szlęzaka (Sołtysiński Kawecki & Szlęzak), Rafała Morka (K&L Gates) i Cezarego Wiśniewskiego (Linklaters), Pań Mecenas Justyny Szpary (Łaszczuk i Wspólnicy), Moniki Hartung (Wardyński i Wspólnicy) i Małgorzaty Surdek (CMS Cameron McKenna), Panów Mecenasów Bartosza Krużewskiego (Clifford Chance) i Pawła Lewandowskiego (Domański Zakrzewski Palinka).

Życzę przyjemnej lektury,

Anna Tujakowska
Redaktor naczelna *ad interim*

CZĘŚĆ PIERWSZA

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION

WYTYCZNE YOUNG ICCA W SPRAWIE SEKRETARZY TRYBUNAŁÓW ARBITRAŻOWYCH

RAPORTY ICCA NR 1

ICCA is pleased to present the ICCA Reports series in the hope that these occasional papers, prepared by ICCA interest groups and project groups, will stimulate discussion and debate.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION

WYTYCZNE YOUNG ICCA W SPRAWIE SEKRETARZY TRYBUNAŁÓW ARBITRAŻOWYCH

RAPORTY ICCA NR 1

www.arbitration-icca.org
www.youngicca.org

Published by the International Council for Commercial Arbitration

www.arbitration-icca.org

ISBN NUMBER 978-90-821478-2-7

All rights reserved.

© 2014 International Council for Commercial Arbitration

© International Council for Commercial Arbitration (ICCA). All rights reserved. The International Council for Commercial Arbitration (ICCA) wishes to encourage the use of this *Guide* for the promotion of arbitration. Accordingly, it is permitted to reproduce or copy this *Guide*, provided that the *Guide* is reproduced accurately, without alteration and in a non-misleading context, and provided that ICCA's authorship and copyright are clearly acknowledged.

For further information, please contact us at icca@pca-cpa.org.

Wszelkie prawa zastrzeżone.

© 2014 International Council for Commercial Arbitration

© Międzynarodowa Rada do spraw Arbitrażu Handlowego (ICCA). Wszelkie prawa zastrzeżone. Międzynarodowa Rada do spraw Arbitrażu Handlowego (ICCA) zachęca do stosowania niniejszych *Wytycznych* w celach promowania arbitrażu. W związku z tym powielanie oraz kopiowanie niniejszych *Wytycznych* jest dozwolone, pod warunkiem że będzie dokonywane wiernie, bez zmian i w niewprowadzającym w błąd kontekście oraz że autorstwo i prawa autorskie ICCA będą wyraźnie oznaczone.

W celu uzyskania dalszych informacji prosimy o kontakt pod adresem icca@pca-cpa.org.

ICCA Publications wyraziło zgodę na przetłumaczenie *Wytycznych Young ICCA w sprawie sekretarzy trybunałów arbitrażowych*.

General Membership

Membership of ICCA is now open to all dispute resolution specialists.

Membership benefits include:

- Listing in ICCA's fully searchable on-line membership directory
- Listing in ICCA's annual hard-copy membership directory
- 10% discount on Yearbook Commercial Arbitration
- 10% discount on biennial ICCA Congresses
- Regular newsletters
- Advance notice of ICCA-sponsored events and activities

How to apply:

- On-line via www.arbitration-icca.org
- Via email to membership@arbitration-icca.org

Członkostwo ogólne

Możliwość zostania członkiem ICCA jest teraz dostępna dla wszystkich profesjonalistów związanych z tematyką rozwiązywania sporów.

Członkowie korzystają z następujących benefitów:

- informacja o członku zamieszczona jest w internetowej wyszukiwarce członków ICCA
- informacja o członku zamieszczona jest w corocznym papierowym wydaniu katalogu członków ICCA
- 10% zniżki na Yearbook Commercial Arbitration
- 10% zniżki na kongresy ICCA (biennial ICCA Congresses)
- regularne otrzymywanie newsletterów
- otrzymywanie wcześniejszych powiadomień o wydarzeniach i imprezach sponsorowanych przez ICCA

Możliwość zapisania się poprzez:

- stronę internetową www.arbitration-icca.org
- wysłanie zgłoszenia pocztą elektroniczną pod adresem: membership@arbitration-icca.org

Opracowanie oryginału

Niuscha Bassiri
Hanotiau & van den Berg
Partner

Christopher Bloch
Michael Hwang Chambers
Associate

Leilah Bruton
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
Senior Associate

Joshua Fellenbaum
Debevoise & Plimpton LLP
Associate

Ulrike Gantenberg
Heuking Kühn Lüer Wojtek
Partner

L Andrew S. Riccio
Assouline & Berlowe, P.A.
Associate

Garth Schofield
Permanent Court of Arbitration
Legal Counsel

Wydanie w języku polskim

Anna Tujakowska
Sołtysiński Kawecki & Szlęzak

Dr Katarzyna Michałowska
Sołtysiński Kawecki & Szlęzak

Wstęp

Guillermo Aguilar-Alvarez

Z uznaniem zapoznałem się z *Wytycznymi Young ICCA w sprawie sekretarzy trybunałów arbitrażowych*. *Wytyczne* są owocem starań młodych praktyków, którzy postanowili skodyfikować istniejące najlepsze praktyki. W oparciu o badanie przeprowadzone przez grupę roboczą Young ICCA w 2012 roku *Wytyczne* i komentarze do nich jasno ukazują również, co do jakich spraw istnieje konsensus, a jakie zagadnienia budzą kontrowersje.

Wytyczne skupiają się na przejrzystości postępowania, zgodzie stron oraz efektywności kosztowej postępowania. Niewątpliwie należycie ustanowiony i nadzorowany skrupulatny sekretarz trybunału pomoże dobrze zorganizować postępowanie arbitrażowe i prowadzić je zgodnie z harmonogramem. Prawdziwe jest także twierdzenie, że korzyścią dla stron jest obniżenie kosztów, jakie może przynieść właściwe wykorzystanie pracy niezależnego sekretarza trybunału.

Nie budzi zdziwienia fakt, że główne spory związane z funkcją sekretarza trybunału dotyczą rodzaju zadań, jakie mogą być mu powierzane. Artykuł 3 *Wytycznych*, sformułowany głównie w oparciu o wyniki badań z 2012 i 2013 roku, stwierdza, że „z zastrzeżeniem udzielania przez trybunał arbitrażowy niezbędnych wskazówek i sprawowania nadzoru nad pracą sekretarza" jego rola może „wychodzić poza zadania o charakterze czysto administracyjnym". Paragraf 2 art. 3 wymienia następnie zadania, jakie może wykonywać sekretarz trybunału. Lista ta obejmuje pełne spektrum zadań, od czynności czysto administracyjnych po „sporządzanie projektu odpowiednich części wyroku". Jak można było oczekiwać, najbardziej kontrowersyjne okazały się: analizowanie stanu faktycznego[1] (art. 3(2)(f)); analizowanie pism procesowych i dowodów złożonych przez strony, przygotowanie projektów chronologii zdarzeń oraz notatek podsumowujących pisma oraz dowody przedłożone przez strony[2] (art. 3(2)(h)) oraz sporządzanie projektu odpowiednich części wyroku (art. 3(2)(j)). Komentarz jednakże dostarcza nam niezbędnych wyjaśnień w tym zakresie: arbiter nie powinien całkowicie polegać na wynikach analizy stanu faktycznego dokonanej przez sekretarza trybunału (komentarz do art. 3(2)(f)) oraz nie powinien oczywiście rezygnować z dokonania własnej analizy pism stron oraz

[1] Poparła to mniej niż połowa respondentów badania z 2013 r.
[2] Poparła to mniej niż połowa respondentów zarówno w badaniu z 2012, jak i z 2013 r.

dowodów (komentarz do art. 3(2)(h)). W kwestii wyroku pomimo że same wytyczne nie postulują powściągliwości, to ostrożność przemawia za interpretowaniem art. 3(2)(j) w ten sposób, że rola sekretarza trybunału przy przygotowywaniu wyroku powinna ograniczać się do sporządzenia jego pierwszego projektu w części dotyczącej historii postępowania, stanu faktycznego sprawy oraz stanowiska stron. Komentarz do *Wytycznych* może pomóc osiągnąć korzyści z zatrudnienia sekretarza, który udzieli trybunałowi istotnego wsparcia administracyjnego, bez narażenia integralności funkcjonowania trybunału.

Tak jak w przypadku innych przykładów prawa „miękkiego" (*soft law*), niewątpliwie rozpocznie się dyskusja na temat przydatności *Wytycznych Young ICCA w sprawie sekretarzy trybunałów arbitrażowych*, w przypadku gdy postępowanie toczy się zgodnie z regułami instytucjonalnymi oraz wypracowaną już praktyką. Jednakże publikacja *Wytycznych* powinna uzyskać aprobatę z jeszcze jednego istotnego powodu. Podejmując się zredagowania *Wytycznych*, stowarzyszenie Young ICCA zwróciło uwagę na potrzebę uznania funkcji sekretarza trybunału za ważne narzędzie szkoleniowe. Podobnie jak w przypadku asystentów sędziego, powierzanie młodym prawnikom funkcji sekretarzy trybunałów pozwala im obserwować sytuacje, w których rozumowanie prawnicze łączy się z umiejętnością przedstawiania swoich racji.

Wytyczne Young ICCA w sprawie sekretarzy trybunałów arbitrażowych

1. Opis projektu

Jest wiele powodów, dla których powoływani są sekretarze trybunałów, a powody te najczęściej są ze sobą połączone. Wraz ze wzrostem popularności arbitrażu międzynarodowego jako mechanizmu rozstrzygania sporów nastąpił również wzrost poziomu skomplikowania spraw i wartości przedmiotu sporów. Arbitrzy bardzo często sygnalizują, że zgłaszanych jest wiele wniosków w sprawach proceduralnych (np. o zabezpieczenie, kontestowane przez drugą stronę wnioski o przedłożenie dokumentów czy wnioski osób trzecich), co jest źródłem dyskusji proceduralnych między pełnomocnikami, rodzi konieczność wydawania coraz większej liczby decyzji proceduralnych i wstępnych, a w konsekwencji postępowanie staje się coraz bardziej złożone. Zespoły prawników reprezentujące strony są coraz większe, składają coraz to bardziej obszerne pisma procesowe. W tej sytuacji strony powołują najbardziej uznanych arbitrów mających doświadczenie w prowadzeniu spraw, w jakich występują złożone zagadnienia proceduralne i materialnoprawne, a to wymusza ustalenie napiętego harmonogramu postępowań, który odrywa arbitrów od ich codziennych obowiązków zawodowych. W reakcji na rosnącą złożoność i kontradyktoryjność współczesnego arbitrażu arbitrzy opracowują bardziej szczegółowe wyroki i odnoszą się w nich do każdego potencjalnego zarzutu, jaki może zostać podniesiony na etapie skargi o uchylenie wyroku. Wzrost zawiłości postępowań oraz składanie przez strony wielotomowych pism procesowych doprowadziły do tego, że wiele trybunałów arbitrażowych zaczęło korzystać ze wsparcia sekretarzy trybunałów.

Zwykło się uważać, że sekretarz zajmuje się tylko sprawami administracyjnymi. Tymczasem obecnie sekretarze coraz częściej wykonują prace wychodzące poza zakres zadań typowo administracyjnych i wspierają trybunał arbitrażowy w całościowym zarządzaniu postępowaniem arbitrażowym.

Sekretarze mogą wspierać trybunały arbitrażowe w wykonywaniu ich mandatu, podnosząc wydajność i efektywność ich pracy, o ile ich praca będzie prawidłowo wykorzystywana. W przeciwnym razie (np. gdy sekretarz będzie pełnił tę funkcję bez zgody lub wiedzy stron lub bez odpowiedniego nadzoru ze strony trybunału arbitrażowego) zatrudnienie sekretarza może prowadzić do podważenia prawidłowości przebiegu procesu arbitrażowego. Ważnym krokiem w promowaniu efektywnego korzystania ze wsparcia sekretarza trybunału, jak również elementem ochrony integralności procesu arbitrażowego, jest zapewnienie właściwego korzystania z takiego wsparcia.

Z uwagi na potencjalne korzyści z udziału sekretarza trybunału w postępowaniu arbitrażowym w postaci lepszej wydajności i oszczędności kosztów dla zbadania, w jaki sposób korzysta się ze wsparcia sekretarza trybunału, oraz zaprezentowania bardziej przejrzystego i aktywnego podejścia do tej instytucji została powołana Grupa Robocza

Young ICCA ds. Powołania i Wykorzystania funkcji Sekretarza Trybunału (dalej: „grupa robocza").

Punktem wyjścia dla prac grupy roboczej były materiały przygotowane na potrzeby kongresu ICCA w 2012 roku w Singapurze. Na tym kongresie panel, w skład którego wchodzili Constantine Partasides, Niuscha Bassiri oraz Ulrike Gantenberg, postawił cztery pytania związane z instytucją sekretarza trybunału: (1) Czy powinno się angażować sekretarza trybunału? (2) Jaka powinna być rola sekretarza trybunału? (3) Kto powinien pełnić funkcję sekretarza trybunału? oraz (4) W jaki sposób powinni być wynagradzani sekretarze trybunału? Przed rozpoczęciem kongresu członkowie panelu opracowali ankietę (badanie z 2012 roku) i rozesłali ją do szerokiego grona międzynarodowych praktyków oraz użytkowników arbitrażu:

(a) W odniesieniu do pierwszego pytania wyniki badania z 2012 roku pokazały zdecydowane przyzwolenie na angażowanie sekretarza trybunału (95,0%);

(b) W odniesieniu do drugiego pytania w badaniu z 2012 roku określono konkretne zadania, poczynając od czysto administracyjnych (np. organizowanie spotkań ze stronami oraz rozpraw), a kończąc na merytorycznych (np. przygotowywanie projektów całości lub części wyroku), i poproszono uczestników, aby wskazali te zadania, które w ich mniemaniu mogą zostać powierzone sekretarzom trybunałów. Zgodnie z przewidywaniami respondenci poparli wykonywanie przez sekretarza trybunału wielu zadań administracyjnych takich jak: organizowanie spotkań ze stronami i rozpraw (88,2%); obsługa korespondencji i dowodów (79,6%); przypominanie stronom o spotkaniach i terminach (74,2%). Poparcie dla propozycji powierzania sekretarzom zadań odbiegających od czynności czysto administracyjnych w kierunku zadań wymagających prowadzenia analiz oraz czynności związanych z koniecznością podejmowania decyzji było mniejsze; dotyczy to na przykład prowadzenia analiz zagadnień prawnych na potrzeby trybunału arbitrażowego (68,8%); przygotowywania projektów zarządzeń proceduralnych (60,2%); komunikowania się ze stronami w imieniu trybunału arbitrażowego (57,0%); komunikowania się z instytucjami arbitrażowymi (54,8%); przygotowywania części wyroku (45,2%); analizowania pism procesowych stron (38,7%).

(c) Nie budziło zdziwienia, że w odpowiedzi na trzecie pytanie zostali jako posiadający idealne kwalifikacje do objęcia funkcji sekretarza trybunału wskazani młodzi prawnicy (89,8%). Najmniejsze poparcie (jeden głos) uzyskali asystenci biurowi i personel sekretarski. Praktycznie taką samą liczbę głosów otrzymali aplikanci, doświadczeni prawnicy czy młodzi arbitrzy (po około 26%). Gdy pytanie zostało zadane w sposób odwrotny, tj. kto nie jest idealnym kandydatem na sekretarza trybunału, uczestnicy badania w przeważającej mierze byli przeciwni powierzeniu tej funkcji asystentom biurowym czy personelowi sekretarskiemu (81,1%). Mniej niż w połowie pożądani przez uczestników badania byli asystenci prawni (48,9%) i studenci prawa/aplikanci (43,3%). Młodsi prawnicy otrzymali najmniejszą liczbę głosów jako kandydaci najmniej nadający się do pełnienia funkcji sekretarza trybunału (4,0%).

(d) Na pytanie czwarte większość respondentów odpowiedziała, że to strony ponoszą koszty, jakie generuje sekretarz trybunału (62,1%); wariant, że koszty pracy sekretarza powinien ponieść przewodniczący/jedyny arbiter poparło 22,1% respondentów, a 30,5% badanych odpowiedziało, że powinien je ponosić cały trybunał.

(e) Badanie z 2012 roku kończyło pytanie, czy szczegółowe uregulowanie roli i funkcji sekretarza trybunału byłoby z korzyścią dla postępowania arbitrażowego. Większość respondentów (57,4%) opowiedziała się za uregulowaniem tej kwestii. Na pytanie, jaką formę taka regulacja powinna przyjąć (przy założeniu, że postępowanie arbitrażowe w rzeczywistości skorzysta na szczegółowym uregulowaniu funkcji sekretarza trybunału), zdecydowana większość respondentów odpowiedziała, że stosowną formą byłby wytyczne (dobre praktyki) (78,5%). Forma ta uzyskała większe popar-

cie niż na przykład wiążące załączniki do instytucjonalnych zasad postępowania arbitrażowego (13,8%).

Po kongresie z 2012 roku z uwagi na zainteresowanie tematem wśród przedstawicieli społeczności arbitrażowej ICCA zwróciła się do Young ICCA o kontynuowanie tego projektu i opracowanie wytycznych dotyczących powoływania i funkcji sekretarza trybunału.

W celu uzyskania lepszego obrazu aktualnych poglądów na temat funkcji sekretarza trybunału, jak również dla uzupełnienia wyników badania z 2012 roku, przeprowadzone zostało dodatkowe badanie obejmujące szereg kluczowych zagadnień (np. obowiązków sekretarza trybunału, sprzeciwów i wynagrodzenia). W drugim badaniu (z 2013 roku) wzięło udział około 100 międzynarodowych praktyków arbitrażu, naukowców, przedstawicieli instytucji arbitrażowych i użytkowników. Podsumowanie wyników tego badania przedstawia się następująco:

(a) Zdecydowana większość respondentów (75,0%) uznała, że sekretarz trybunału powinien posiadać uprawnienia do wykonywania zawodu prawnika w co najmniej jednej jurysdykcji. Większość badanych odrzuciła jednak wymóg, by sekretarz posiadał minimalny poziom doświadczenia zawodowego uzyskanego po zdobyciu kwalifikacji zawodowych (57,1%). Z grupy respondentów, którzy optowali za minimalnym poziomem doświadczenia, 26,2% wskazało jeden rok, 38,1% – dwa lata, a 21,4% – trzy lata. Większość respondentów badania z 2013 roku wskazało, że nie powinno być maksymalnego poziomu doświadczenia zawodowego (93,4%).

(b) 94,5% respondentów zgodziło się, że powołanie sekretarza trybunału powinien zaproponować trybunał arbitrażowy i to trybunał powinien go powołać (81,3%). Pomimo obarczenia tym obowiązkiem trybunału badani w zdecydowanej większości (76,9%) zgodzili się, że na powołanie sekretarza trybunału powinny wyrazić zgodę strony. Poparcie uzyskał również wymóg przedłożenia przez sekretarza trybunału oświadczenia o niezależności i bezstronności (83,5%).

(c) W badaniu z 2013 roku zostały zadane szczegółowe pytania dotyczące zadań, jakie powinien wykonywać sekretarz trybunału. Najczęściej wskazywano zadania o charakterze administracyjnym. Wyniki znacząco zmieniały się, w miarę jak pytano o zadania o bardziej merytorycznym charakterze. Na przykład 95,6% respondentów opowiedziało się za powierzeniem sekretarzom trybunałów organizacji spotkań i rozpraw. Jednakże na pytanie, czy sekretarz trybunału powinien uczestniczyć w obradach trybunału, 83,5% ankietowanych odpowiedziało, że nie.

(d) Badanie z 2013 roku dotyczyło także kwestii kosztów i wynagrodzenia sekretarzy trybunałów. Co do zasady, inaczej niż w przypadku badania z 2012 roku, większość respondentów opowiedziała się za tym, aby to trybunał ponosił koszty udziału sekretarza trybunału (60,5%). Większość wolała, aby wynagrodzenie sekretarza trybunału oparte zostało na stawce godzinowej (64,0%), a nie było ustalane w formie ryczałtu (36,0%). Mimo że żadna z opcji nie uzyskała większości, w sytuacji gdyby wynagrodzenie sekretarza miało być ustalane w oparciu o stawkę godzinową, wysokość wynagrodzenia została wskazana przez większość respondentów (50,2%) w widełkach pomiędzy USD 125 i 225 za godzinę.

Grupa robocza szczegółowo przeanalizowała wyniki obydwu badań. Wnioski wynikające z nich oraz ze współczesnej praktyki funkcjonowania sekretarzy trybunałów zostały wzięte pod uwagę w ramach przygotowywania *Wytycznych*. Ich celem jest zaprezentowanie obecnego stanu poglądów społeczności związanej z międzynarodowym arbitrażem na instytucję sekretarza trybunału, jak również przedstawienie form korzystania przez trybunały arbitrażowe ze wsparcia sekretarzy w jak najbardziej skuteczny i przejrzysty sposób.

Przy wyborze członków grupy roboczej dążyliśmy do zapewnienia udziału w projekcie osób z szerokim doświadczeniem. Kluczowym kryterium było posiadanie znaczącego

doświadczenia albo w roli sekretarza trybunału, albo przy wspieraniu pracy trybunału arbitrażowego z ramienia instytucji arbitrażowej. Łącznie członkowie grupy roboczej pełnili funkcje sekretarzy trybunałów w ponad 90 postępowaniach arbitrażowych, sprawach *ad hoc* toczących się na podstawie regulaminu UNCITRAL oraz w postępowaniach według regulaminów wielu instytucji arbitrażowych, takich jak Amerykańskie Stowarzyszenie Arbitrażu Międzynarodowego-Centrum Rozstrzygania Sporów (AAA-ICDR), belgijskie Centrum Arbitrażu i Mediacji (CEPANI), Kairskie Regionalne Centrum Międzynarodowego Arbitrażu Handlowego (CRCICA), Międzynarodowe Centrum Arbitrażu w Dubaju („Diak"), Międzynarodowa Izba Handlowa (ICC), Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ICSID), Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy w Londynie (LCIA), Izba Handlowa w Sztokholmie (SCC), Międzynarodowe Centrum Arbitrażu w Singapurze (SIAC) oraz Stały Trybunał Arbitrażowy (PCA). W grupie roboczej znaleźli się reprezentanci zarówno kontynentalnej tradycji prawnej, jak i *common law*; przekrój geograficzny obejmuje Amerykę Północną, Europę oraz region Azji i Pacyfiku. Ponadto członkowie grupy są reprezentantami zarówno kancelarii, jak i instytucji o znaczącym dorobku naukowym w dziedzinie arbitrażu międzynarodowego. Członkami grupy roboczej są: Niuscha Bassiri (*Hanotiau & van den Berg, Partner*); Christopher Bloch (*Michael Hwang Chambers, Associate*); Leilah Bruton (*Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Senior Associate*); Joshua Fellenbaum (*Debevoise & Plimpton LLP, Associate*); Ulrike Gantenberg (*Heuking Kühn Lüer Wojtek, Partner*); L Andrew S. Riccio (*Assouline & Berlowe, PA, Associate*); Garth Schofield (*Permanent Court of Arbitration, Legal Counsel*). Wszyscy członkowie grupy roboczej uczestniczyli w pracy nad *Wytycznymi* we własnym imieniu, a opinie wyrażone w niniejszym dokumencie nie muszą odzwierciedlać poglądów instytucji i kancelarii, z którymi są związani.

2. Dobre praktyki powoływania i wykorzystywania instytucji sekretarza trybunału

Artykuł 1. Ogólne zasady powoływania i wykorzystywania instytucji sekretarza trybunału arbitrażowego

(1) Sekretarza trybunału powołuje się dla wspierania trybunału arbitrażowego w sytuacji, kiedy trybunał uzna, że powołanie sekretarza przyczyni się do bardziej sprawnego rozstrzygnięcia sporu.

(2) Powołanie sekretarza trybunału następuje za wiedzą i zgodą stron.

(3) O zamiarze powołania sekretarza trybunał arbitrażowy powinien powiadomić strony w najkrótszym możliwym terminie.

(4) Każdy z arbitrów ponosi odpowiedzialność za niepowierzanie żadnej osobie trzeciej, w tym sekretarzowi trybunału, obowiązków znajdujących się w zakresie jego mandatu.

(5) Trybunał arbitrażowy odpowiada za wybór sekretarza trybunału oraz za nadzór nad jego pracą.

(6) W przypadku, gdy postępowanie arbitrażowe prowadzone jest zgodnie z regułami arbitrażowymi instytucji arbitrażowej, zastosowanie mają reguły lub wytyczne tej instytucji dotyczące sekretarzy trybunału.

Komentarz do artykułu 1

Artykuł 1(1)

Korzystanie ze wsparcia sekretarza trybunału może przynieść korzyści nie tylko w postaci zaoszczędzenia kosztów postępowania oraz oszczędności czasu, ale może również przyczynić się do podniesienia jakości pracy samego trybunału arbitrażowego. Sekretarz może wspierać trybunał w lepszym zrozumieniu podstawy faktycznej i prawnej sporu. Jak wynika z odpowiedzi zebranych podczas badania przeprowadzonego w 2012 roku, powoływanie sekretarza trybunału cieszy się poparciem 95,0% respondentów. Trybunał powinien podjąć decyzję o powołaniu sekretarza, gdy uzna to za konieczne dla skutecznego i efektywnego rozwiązania sporu.

Artykuł 1(2)

Na wielu forach (np. podczas kongresu ICCA w 2012 roku w Singapurze) wyrażano obawy związane z często praktykowanym przez niektórych arbitrów rutynowym wykorzystywaniem wsparcia sekretarzy bez przeprowadzenia formalnego procesu powołania sekretarza lub bez ujawnienia tego faktu stronom. Tego typu praktyki nie powinny być stosowane z uwagi na konieczność zapewnienia przejrzystości postępowania i ochrony prawidłowości międzynarodowego postępowania arbitrażowego.

Zdecydowana większość respondentów badania z 2012 roku opowiedziała się również za tym, aby uzyskać uprzednio zgodę stron na powołanie sekretarza (72,4%). Mniejszość natomiast uznała zasadność uzyskania zgody stron w zależności od następujących okoliczności: czy wybrany regulamin postępowania takiej zgody wymaga (13,3%); czy sekretarz trybunału miałby uczestniczyć w rozprawach lub spotkaniach (6,1%); czy sekretarz trybunału miałby bezpośredni kontakt ze stronami (2,0%). Podczas badania z 2013 roku, udzielając odpowiedzi na inaczej sformułowaną wersję tego pytania, większość respondentów zgodziła się ze stanowiskiem, że trybunał arbitrażowy nie powinien móc korzystać ze wsparcia sekretarza trybunału, w przypadku gdy sekretarz nie został powołany z zachowaniem formalnej procedury powołania, a strony o jego powołaniu nie wiedzą (74,7%). Ponadto aż 76,9% respondentów uznało, że powinno się uzyskać zgodę stron przed powołaniem sekretarza niezależnie od tego, jaki jest zakres jego obowiązków i odpowiedzialności. Wreszcie respondenci udzielający odpowiedzi w badaniu z 2013 roku w 75,8% poparli konieczność uzyskania zgody stron na konkretnego kandydata na stanowisko sekretarza trybunału przed jego powołaniem.

Artykuł 1(3)

W przypadku gdy nie ma procedury powołania sekretarza trybunału (por. komentarz do art. 1(6) poniżej), czyli w większości przypadków, trybunał arbitrażowy powinien poinformować strony o zamiarze powołania sekretarza przy najbliższej sposobności, aby umożliwić stronom przedstawienie sprzeciwu wobec danego kandydata bez powodowania nieuzasadnionych opóźnień w przebiegu postępowania arbitrażowego.

Trybunał arbitrażowy powinien dążyć do zakończenia procedury powołania sekretarza trybunału do końca pierwszego posiedzenia organizacyjnego (lub jeżeli nie przeprowadza się posiedzenia organizacyjnego, do momentu wydania pierwszego zarządzenia proceduralnego). W przypadku postępowania prowadzonego zgodnie z regułami ICC wskazane jest, aby sekretarz trybunału został powołany przed wydaniem aktu misji (zasad postępowania), a warunki powołania zamieszczone zostały w tym dokumencie. Jeżeli konieczność skorzystania z pomocy sekretarza trybunału uwidoczni się na późniejszym etapie postępowania, wówczas zamiar powołania sekretarza należy

podać do wiadomości stron oraz, o ile strony nie wyrażą sprzeciwu, dokonać powołania w najbliższym dogodnym dla trybunału terminie.

Artykuł 1(4)

Najczęstszym powodem wniesienia sprzeciwu wobec korzystania z pomocy sekretarza przez trybunał jest przekonanie, że mandat arbitra jest immanentnie związany z jego osobą (*intuitu personae*) oraz że korzystanie ze wsparcia sekretarzy trybunału, które mogłoby wykraczać poza ramy zadań o charakterze czysto administracyjnym, grozi rozmyciem osobistej odpowiedzialności arbitra. Rzeczywiście w gronie respondentów, którzy w badaniu z 2012 roku sprzeciwili się korzystaniu z pomocy sekretarzy trybunału, aż 80,0% wskazało jako główny powód swojego sprzeciwu potencjalną możliwość „przeniesienia odpowiedzialności arbitra na sekretarza", mając wybór między tą odpowiedzią a odpowiedzą „koszty". Dlatego też w przypadku gdy arbiter powołuje sekretarza, musi czynić to z należytą starannością i nie delegować na sekretarza swoich kompetencji decyzyjnych. Zakres zadań, jakie mogą być powierzane sekretarzowi trybunału, został omówiony szczegółowo w artykule 3.

Artykuł 1(5)

W opinii grupy roboczej fakt, że aż 95,0% respondentów badania z 2012 roku opowiedziało się za możliwością korzystania z pomocy sekretarza trybunału pomimo ryzyka „rozwodnienia zakresu mandatu arbitra", jest dowodem na uznanie przez społeczność arbitrażową, że ryzyko to jest równoważone przez korzyści płynące z możliwości korzystania z pomocy sekretarza. W celu zminimalizowania powyższego ryzyka konieczne są zapewnienie przez trybunały arbitrażowe ścisłej kontroli nad powierzonymi sekretarzowi zadaniami oraz nadzór nad wykonywaniem przez niego jego obowiązków. W badaniu z 2012 roku 55,2% respondentów uznało, że kontrolę nad sekretarzem sprawuje przewodniczący, natomiast pozostałe 44,8% uznało, że to zadanie wykonuje cały trybunał. Pomimo powszechnej praktyki wybierania sekretarza spośród pracowników kancelarii, w której pracuje przewodniczący, grupa robocza uważa, że praca sekretarza przyniosłoby jeszcze większe korzyści, gdyby podlegał on kontroli całego panelu i otrzymywał instrukcje od wszystkich członków trybunału.

Artykuł 1(6)

Instytucje arbitrażowe zazwyczaj nie określają reguł postępowania przy powoływaniu sekretarzy trybunałów. Dlatego w większości międzynarodowych postępowań arbitrażowych proces powołania sekretarza pozostaje w gestii trybunału arbitrażowego. Grupa robocza pragnie wskazać, że regulamin Holenderskiego Instytutu Arbitrażowego (NAI) określa procedurę powołania sekretarza trybunału na wniosek trybunału do wykonywania pod jego kontrolą określonych zadań. Grupa robocza odnotowuje również przykład ICSID, które w sprawach z zakresu arbitrażu inwestycyjnego powołuje zatrudnionych tam prawników do pełnienia funkcji sekretarza trybunału (takie rozwiązanie przewidują Regulamin ICSID i Zasady ICSID). Również Stały Trybunał Arbitrażowy zapewnia wsparcie radców STA i powołanie ich do pełnienia funkcji sekretarza (we współpracy z zewnętrznym sekretarzem lub asystentem wyznaczonym przez trybunał arbitrażowy). Choć przewiduje się stosowanie niniejszych wytycznych we wszystkich przypadkach powołania sekretarza trybunału, należy respektować reguły, procedury i zasady przyjęte przez instytucje arbitrażowe; z *Wytycznych* można będzie skorzystać w razie stwierdzenia luk.

Artykuł 2. Powołanie sekretarza trybunału

(1) Trybunał arbitrażowy może zarekomendować stronom powołanie sekretarza trybunału. Wyboru właściwego kandydata dokonuje trybunał, uwzględniając wszystkie okoliczności sprawy.

(2) Trybunał arbitrażowy przedstawia kandydaturę na sekretarza trybunału oraz przekazuje stronom jego *curriculum vitae* wraz z wszelkimi istotnymi informacjami dotyczącymi wykształcenia kandydata, jego doświadczenia zawodowego oraz doświadczenia w roli sekretarza trybunału. Trybunał arbitrażowy ujawnia również narodowość kandydata.

(3) Trybunał arbitrażowy potwierdzi stronom, że zaproponowany przez trybunał kandydat na sekretarza trybunału jest niezależny, bezstronny oraz nieobciążony żadnym konfliktem interesów. Trybunał arbitrażowy poinformuje strony w przypadku zmiany okoliczności dotyczących niezależności lub bezstronności sekretarza trybunału lub w razie powstania w toku postępowania arbitrażowego konfliktu interesów.

(4) Strony będą miały możliwość zgłoszenia sprzeciwu wobec powołania sekretarza trybunału. Sprzeciw wymaga uzasadnienia.

(5) Zgłoszony sprzeciw rozstrzyga trybunał arbitrażowy, chyba że w instytucji administrującej postępowaniem obowiązują odpowiednie reguły postępowania w tej sprawie.

(6) Trybunał arbitrażowy może podjąć ostateczną decyzję dotyczącą powołania sekretarza trybunału, w przypadku gdy nie został zgłoszony sprzeciw lub trybunał oddalił zgłoszony sprzeciw.

(7) Strony przyznają sekretarzowi trybunału taki sam immunitet, jaki przysługuje trybunałowi.

(8) Sekretarza trybunału dotyczą takie same obowiązki odnoszące się zachowania poufności i tajności postępowania, jak trybunał arbitrażowy.

Komentarz do artykułu 2

Artykuł 2(1)

Trybunał arbitrażowy jest najlepiej umocowany, aby (i) ustalić, czy dana sprawa wymaga powołania sekretarza trybunału, oraz (ii) rozważyć poszczególne kandydatury i wskazać kandydata na sekretarza. Biorąc pod uwagę szeroki zakres spraw rozstrzyganych w arbitrażu międzynarodowym, fakty i okoliczności danej sprawy mogą wymagać powołania sekretarza trybunału z odpowiednim zestawem umiejętności i doświadczeniem praktycznym. Przy wyborze kandydata trybunał powinien oceniać jego doświadczenie zawodowe i referencje pod kątem zawiłości danej sprawy i problemów z niej wynikających.

W badaniu z 2012 roku aż 89,8% respondentów uznało, że najlepszymi kandydatami na stanowisko sekretarza byliby młodsi prawnicy, 26,5% wskazało doświadczonych prawników, natomiast 25,5% młodych arbitrów.

Większość uczestników badania uznała, że nie powinno się ustalać żadnego pułapu (linii granicznej) doświadczenia zawodowego sekretarzy trybunału. Wyniki badania z 2013 roku pokazały, że osoby dopuszczone do wykonywania zawodu w co najmniej jednej jurysdykcji są najbardziej pożądanymi kandydatami na sekretarzy trybunału (75,8%). Uczestnicy badania odrzucili propozycję, aby ustalać minimalną lub maksymalną liczbę lat doświadczenia zawodowego (odpowiednio 57,1% i 93,4%). Można więc uznać, że społeczność praktyków arbitrażu międzynarodowego nie uznaje ograniczenia do grona młodych prawników grupy potencjalnych kandydatów, jednakże przy wyborze danego kandydata uwzględnione będą przede wszystkim okoliczności danej sprawy.

Podczas gdy aplikanci co do zasady idealnie nadają się do podjęcia obowiązków sekretarza, trybunał musi rozważyć doświadczenie każdego kandydata, a także rolę, jaką będzie odgrywał w konkretnym postępowaniu. W praktyce trzeba brać pod uwagę długość aplikacji, co może utrudnić korzystanie ze wsparcia aplikantów jako sekretarzy trybunałów. W takiej sytuacji, podobnie jak ma to miejsce w Stanach Zjednoczonych w przypadku rotacji asystentów sądowych, możliwe jest zastąpienie sekretarza trybunału przez innego, wykwalifikowanego kandydata. W takim przypadku niezbędne jest zorganizowanie sprawnego przekazania spraw następcy; nie może to prowadzić do powstania żadnych dodatkowych kosztów.

Wykorzystanie w roli sekretarza studentów prawa, asystentów prawnych czy asystentów osobistych może powodować powstawanie dodatkowych problemów. Trybunał arbitrażowy musi zadbać, aby zadania powierzane sekretarzowi trybunału były współmierne do poziomu indywidualnego doświadczenia danej osoby. W badaniu z 2012 roku 81,1% respondentów uznało, że sekretarka i asystent osobisty nie są odpowiednimi kandydatami na sekretarzy trybunałów. Podobnego zdania co do asystentów prawnych oraz studentów prawa była znaczna liczba osób biorących udział w badaniu (odpowiednio 48,9% i 43,3%).

Artykuł 2(2)

Strony postępowania muszą otrzymywać wszelkie informacje niezbędne do podjęcia świadomej decyzji, czy dana osoba jest najlepszym kandydatem do pełnienia funkcji sekretarza trybunału. Od trybunału arbitrażowego należy wymagać przekazania stronom CV kandydata, co powinno zapobiec obawom stron o możliwość powstania konfliktu interesów. Przekazanie CV każdego z kandydatów stronom spotkało się z aprobatą wśród respondentów badania z 2013 roku (73,4%). W badaniu z 2012 roku większość respondentów stwierdziła, że sekretarz trybunału powinien być zobowiązany do przedstawienia stronom tych samych informacji, jakie przekazują arbitrzy (52,6%). Dlatego też jeżeli obowiązujące przepisy lub organ administrujący postępowaniem wymagają ujawnienia przez arbitrów szczególnych lub dodatkowych informacji, te same wymogi obowiązują również sekretarza trybunału.

Artykuł 2(3)

Chociaż nie została wypracowana praktyka, zgodnie z którą trybunał arbitrażowy byłby zobowiązany do potwierdzenia, że sekretarz trybunału jest niezależny, bezstronny i wolny od wszelkich konfliktów interesów, ze względu na zakres obowiązków sekretarza trybunału we współczesnym arbitrażu międzynarodowym konieczne jest zapewnienie niezależności i bezstronności sekretarza w całym postępowaniu. W interesie wszystkich zaangażowanych w arbitraż międzynarodowy leży usunięcie wszelkich źródeł jakichkolwiek napięć między stronami i trybunałami i ustanowienie standardów postępowania w razie zgłoszenia przez strony zastrzeżeń co do powołania sekretarzy trybunałów. Mimo że tylko 55,1% respondentów w badaniu z 2012 roku poparło wymóg złożenia przez sekretarza trybunału oświadczenia o niezależności i bezstronności, w badaniu z 2013 roku liczba ta wynosiła już 83,5%. Grupa robocza stoi na stanowisku, że zapewnienie niezależności i bezstronności sekretarza trybunału powinno należeć do trybunału arbitrażowego. Dlatego grupa robocza proponuje, aby to trybunał arbitrażowy potwierdzał, że sekretarz jest niezależny, bezstronny i wolny od wszelkich konfliktów interesów.

Ponadto sekretarz trybunału powinien być związany takimi samymi zasadami w zakresie konfliktu interesów jak trybunał arbitrażowy. Jako powszechnie stosowane i akceptowane normy dotyczące ujawnienia i podnoszenia zarzutów co do niezależności i bezstronności arbitrów największe znaczenie będą miały najprawdopodobniej *Wytyczne IBA dotyczące konfliktu interesów w arbitrażu międzynarodowym*. Istotnie większość respondentów badania z 2012 roku (54,2%) uznała, że te wytyczne powinny mieć zastosowanie również do sekretarzy trybunałów.

Artykuł 2(4)

Po otrzymaniu informacji dotyczących danego kandydata oraz jego oświadczenia o niezależności i bezstronności każda ze stron powinna mieć możliwość zgłoszenia sprzeciwu co do powołania zaproponowanego kandydata na stanowisko sekretarza trybunału. Takie podejście uzyskało przeważające poparcie wśród respondentów badania z 2013 roku (91,2%). Sprzeciw powinien zostać zgłoszony w dobrej wierze i dotyczyć konkretnej osoby i określonych okoliczności (np. braku niezależności lub profilu kandydata) albo dotyczyć powołania sekretarza w ogóle (np. z uwagi na generowane koszty).

Artykuł 2(5)

Zważywszy, że w większości przypadków, poza ICSID, PCA i NAI (patrz komentarz do art. 1(6) powyżej), to trybunał arbitrażowy wskazuje kandydata, kierując się okolicznościami danej sprawy, grupa robocza stoi na stanowisku, że co do zasady to właśnie trybunał arbitrażowy jest najwłaściwszym organem, który może rozstrzygać o zasadności zarzutów zgłaszanych przez strony (zwłaszcza biorąc pod uwagę, że instytucje arbitrażowe nie są zaangażowane we wszystkie postępowania arbitrażowe).

Podejmując decyzję, trybunał powinien brać pod uwagę obowiązujące zasady dotyczące konfliktu interesów. W przypadku gdy sprzeciw strony wynika z zaistnienia konfliktu interesów, trybunał arbitrażowy powinien kontynuować postępowanie bez korzystania ze wsparcia sekretarza trybunału albo wskazać innego kandydata. Jeżeli strony zgłaszają sprzeciw wobec powołania sekretarza trybunału co do zasady (tzn. z przyczyn ogólnych, np. z uwagi na generowane koszty), trybunał musi wziąć pod rozwagę wszelkie okoliczności sprawy (np. złożoność stanu faktycznego i prawnego) i ocenić, czy powołanie sekretarza trybunału jest rzeczywiście niezbędne dla efektywnego i skutecznego rozstrzygnięcia sporu pomimo zgłoszenia przez stronę lub strony sprzeciwu tej treści.

Artykuł 2(6)

Trybunał arbitrażowy może powołać sekretarza, jeżeli sprzeciw zgłoszony przez strony lub stronę nie został uwzględniony. Jeżeli żadna ze stron nie zgłosiła sprzeciwu wobec konkretnego kandydata lub co do powołania sekretarza trybunału w ogóle, trybunał arbitrażowy przystąpi do powołania kandydata.

Artykuł 2(7)

W badaniu z 2012 roku 65,6% respondentów uznało, że sekretarz trybunału nie może ponosić odpowiedzialności za nienależyte wykonywanie powierzonych mu zadań, ponieważ to trybunał arbitrażowy odpowiada za nadzorowanie i kierowanie jego pracą. W tej grupie 55,4% osób uznało, że odpowiedzialność powinien ponosić trybunał arbitrażowy jako całość. Jednak w opinii grupy roboczej wyłączenie odpowiedzialności niekoniecznie powinno obejmować przypadki umyślnego nienależytego wykonania obowiązków przez sekretarza trybunału. Mimo że nie było to przedmiotem ani w ramach badania z 2012 roku, ani z 2013 roku, kwestia ta znajduje odzwierciedlenie w Regulaminie Arbitrażowym UNCITRAL. Zgodnie z art. 16 Regulaminu wyłączenie odpowiedzialności obejmuje „wszel-

kie osoby powołane przez trybunał arbitrażowy". Niewątpliwie sekretarz trybunału zalicza się do kategorii osób „powołanych przez trybunał arbitrażowy".

Artykuł 2(8)

Pomimo że rozciągnięcie ciążącego na trybunale arbitrażowym obowiązku zachowania poufności na sekretarza nie było przedmiotem żadnego z dwóch badań, grupa robocza uznaje to za bardzo istotne. Międzynarodowe badanie z 2010 r. dotyczące wyborów dokonywanych w ramach arbitrażu międzynarodowego (*Queen Mary & White & Case 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*) pokazało, że w opinii 62% respondentów poufność jest „bardzo istotna", a 50% respondentów podkreśliło, że klienci korporacyjni „uważają, że postępowanie arbitrażowe jest poufne, nawet jeżeli w przyjętym regulaminie arbitrażowym lub w klauzuli arbitrażowej nie ma szczególnych postanowień w tym przedmiocie".

Opierając się na znaczeniu zasady poufności dla klientów/użytkowników arbitrażu, grupa robocza uznała, że strony międzynarodowego postępowania arbitrażowego powinny uzyskać zapewnienie, że sekretarz trybunału będzie związany tymi samymi regułami poufności i prywatności, jakie obowiązują arbitrów.

Artykuł 3. Rola sekretarza trybunału

(1) Z zastrzeżeniem udzielania przez trybunał arbitrażowy niezbędnych wskazówek i sprawowania nadzoru nad pracą sekretarza trybunału zakres wykonywanych przez niego zadań może wychodzić poza zadania o charakterze czysto administracyjnym.

(2) Z uwzględnieniem powyższych zastrzeżeń zadania sekretarza trybunału mogą obejmować następujące czynności:

(a) w przypadku braku instytucji arbitrażowej zajmowanie się kwestiami administracyjnymi;

(b) komunikowanie się z instytucją arbitrażową oraz stronami;

(c) organizowanie spotkań oraz rozpraw z udziałem stron;

(d) obsługiwanie korespondencji, postępowanie z pismami oraz dowodami w imieniu trybunału arbitrażowego;

(e) analizowanie zagadnień prawnych;

(f) analizowanie wybranych zagadnień związanych z dowodami i zeznaniami świadków;

(g) przygotowywanie projektów zarządzeń proceduralnych oraz podobnych dokumentów;

(h) analizowanie pism procesowych i dowodów złożonych przez strony, przygotowywanie projektów chronologii zdarzeń i notatek podsumowujących pisma oraz dowody przedłożone przez strony;

(i) udział w obradach trybunału arbitrażowego;

(j) sporządzanie projektu odpowiednich części wyroku.

Komentarz do artykułu 3

Artykuł 3(1)

W praktyce z pomocy sekretarza w pełnym wymiarze i nie tylko w zakresie zadań czysto administracyjnych korzysta znaczne grono arbitrów. Nie ulega wątpliwości, że skorzystanie ze wsparcia sekretarza trybunału w maksymalnym stopniu łączy się z powierzeniem mu obowiązków, które m u s z ą wyjść poza zakres zadań czysto administracyjnych. Ograniczenie roli sekretarza trybunału do zadań wyłącznie administracyjnych doprowadziłoby do znacznego wyeliminowania korzyści, jakie przynosi powołanie sekretarza. Jednakże w celu zminimalizowania ryzyka osłabienia realnego wykonywania mandatu arbitrów trybunały arbitrażowe muszą sprawować ścisłą kontrolę i nadzór nad pracą wykonywaną przez sekretarza trybunału. Decyzja w sprawie określenia zakresu obowiązków i odpowiedzialności sekretarzy trybunału powinna pozostać w gestii trybunału, który może prawidłowo to ocenić, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, stopień doświadczenia sekretarza trybunału oraz jego umiejętności. Dokonanie przez arbitra nieprawidłowej oceny co do zakresu obowiązków sekretarza ma negatywny wpływ na samą instytucję sekretarza trybunału.

Artykuł 3(2)

Artykuł wymienia zadania, jakie może wykonywać sekretarz trybunału (z zastrzeżeniami określonymi w odniesieniu do art. 3(1) powyżej). Nie jest to lista wyczerpująca, a raczej wykaz zadań, który zawsze może podlegać zmianom w zależności od konkretnych preferencji stron. Jeżeli zażądają tego strony, to zakres zadań i obowiązków sekretarza trybunału może być przedmiotem ustaleń z arbitrami przed lub w chwili jego powołania.

Co ciekawe, wyniki badań z 2012 i 2013 roku różniły się w odniesieniu do zakresu zadań sekretarza trybunału. Uczestnicy drugiego (bardziej kompleksowego) badania wykazali ogólnie większe poparcie dla każdej kategorii obowiązków niż uczestnicy pierwszego. Wyniki obu badań zostały omówione poniżej.

Artykuł 3(2)(a)

Powierzenie sekretarzowi trybunału wielu obowiązków administracyjnych związanych z prowadzeniem postępowania arbitrażowego nie wydaje się budzić kontrowersji, szczególnie w przypadku, gdy postępowanie nie jest administrowane przez żadną instytucję. W zakres tych obowiązków mogą wchodzić takie zadania, jak zarządzanie finansami, przygotowywanie sprawozdań trybunału dotyczących wynagrodzenia i wydatków, obsługa kwestii podatkowych (np. VAT) związanych z wynagrodzeniem trybunału, jak również rozsyłanie do stron pism procesowych, zarządzeń i wyroków.

Artykuł 3(2)(b)

Większość uczestników badań zgodziła się, że do zakresu zadań sekretarza trybunału powinna należeć komunikacja z instytucją arbitrażową. W badaniu z 2012 roku 54,8% respondentów potwierdziło, że sekretarz trybunału może komunikować się i współpracować z instytucją arbitrażową, a podczas badania z 2013 roku z takim stanowiskiem zgodziło się 73,6% respondentów. Dodatkowo w badaniu z 2012 roku 57,0% respondentów stanęło na stanowisku, że sekretarz trybunału powinien mieć możliwość utrzymywania kontaktów ze stronami (58,2% głosów w badaniu z 2013 roku).

Ponadto dzięki pozostawaniu w stałym kontakcie ze stronami sekretarz trybunału może przyczynić się do przyspieszenia rozstrzygania kwestii czysto proceduralnych lub administracyjnych. Może to się odbywać bez konieczności angażowania w te sprawy członków trybunału arbitrażowego, z którymi kontakt może być utrudniony z uwagi na ich zobowią-

zania zawodowe lub napięty kalendarz podróży służbowych. Jednak zgodnie z dobrymi praktykami i dla usunięcia obaw stron sekretarz trybunału powinien informować trybunał arbitrażowy oraz stronę przeciwną o wszelkiej korespondencji, w której nie brali oni udziału, i o treści takiej korespondencji.

Konieczne jest również, aby wszelkie notyfikacje wystosowywane przez sekretarza trybunału, a dokonywane w imieniu trybunału arbitrażowego, wyraźnie wskazywały, że są dokonywane przez sekretarza w imieniu trybunału. Taka korespondencja powinna również spełniać wszelkie wymogi formalne przewidziane dla korespondencji między stronami a trybunałem, w szczególności dla korespondencji *ex parte*.

Artykuł 3(2)(c)

Największą liczbę pozytywnych odpowiedzi (88,2% głosów respondentów w 2012 roku, 95,6% w badaniu z 2013 roku) uzyskało przekazanie sekretarzom trybunału odpowiedzialności za koordynację i organizację spotkań oraz rozpraw.

Artykuł 3(2)(d)

Z uwagi na to, że we współczesnym międzynarodowym postępowaniu arbitrażowym strony składają obszerne pisma procesowe oraz wiele dowodów, sekretarz trybunału może w znacznym stopniu wspomóc pracę trybunału, prowadząc obsługę i organizację korespondencji, przekazanych pism procesowych oraz dowodów czy to w formie elektronicznej, czy papierowej. Sekretarz trybunału musi zadbać o to, aby trybunał arbitrażowy miał dostęp do wszelkich dokumentów potrzebnych w danym momencie i pozostawał w pełni poinformowany o istotnych kwestiach, w chwili gdy się one pojawią, bez względu na to, czy będzie to miało miejsce przed rozprawą, w jej trakcie czy podczas obrad trybunału. Uczestnicy badania z 2013 roku (80,2% głosów) wskazali, że jest to zakres obowiązków, jaki powinien zostać powierzony sekretarzom trybunału.

Artykuł 3(2)(e)

Trybunał arbitrażowy powinien mieć możliwość skorzystania z pomocy sekretarza trybunału przy sprawdzaniu orzecznictwa i doktryny powołanych przez strony na poparcie swoich stanowisk oraz zlecania sekretarzowi analizy zagadnień prawnych istotnych dla rozważań trybunału. W badaniu z 2012 roku 68,8% respondentów oraz 85,7% respondentów w badaniu z 2013 roku poparło możliwość korzystania ze wsparcia sekretarzy trybunału w zakresie badania zagadnień prawnych oraz sprawdzania powołanego przez strony orzecznictwa i piśmiennictwa. Grupa robocza stoi na stanowisku, że oszczędność kosztów, jaka może płynąć ze zlecania przeprowadzenia czasochłonnej kwerendy sekretarzom trybunału, jest elementem pożądanym przez wszystkie strony zaangażowane w postępowania arbitrażowe.

Artykuł 3(2)(f)

Oczywiste jest, że arbitrzy powinni zaznajomić się z wszystkimi kluczowymi dokumentami, na których opierają swoje twierdzenia strony. Niemniej jednak pomoc sekretarza trybunału w ocenie całego materiału dowodowego w celu przeprowadzenia analizy wybranych zagadnień wskazanych przez trybunał arbitrażowy, a dotyczących dowodów faktycznych lub zeznań świadków, może stanowić wartość dodaną oraz przyczynić się do efektywności postępowania arbitrażowego.

Chociaż w badaniu z 2013 roku jedynie połowa respondentów (47,3%) poparła propozycję, aby powierzać sekretarzowi trybunału identyfikowanie kluczowych dokumentów i dowodów, grupa robocza uważa, że realia postępowania arbitrażowego i znaczna liczba dokumentów przedkładanych przez strony przemawiają za korzystaniem ze wsparcia sekretarza w tych sprawach.

Grupa robocza w żadnym wypadku nie sugeruje, aby arbiter polegał wyłącznie na pracy sekretarza trybunału.

Artykuł 3(2)(g)

Przygotowywanie projektów zarządzeń proceduralnych lub podobnych dokumentów, takich jak akt misji w ramach postępowania toczącego się zgodnie z regulaminem ICC (*terms of reference*), może okazać się bardzo czasochłonnym zajęciem. Trybunał arbitrażowy może przy tym skorzystać z asysty sekretarza trybunału.

Zarządzenia proceduralne są zwykle krótkimi dokumentami zawierającymi podsumowanie zagadnień proceduralnych dotyczących sporu, a polecenie przygotowania projektów tych dokumentów sekretarzom trybunału jest jak najbardziej uprawnione i wskazane, pod warunkiem że projekt zostanie sprawdzony i zatwierdzony przez trybunał arbitrażowy. W badaniu z 2012 roku 60,2% respondentów poparło powyższą propozycję (71,4% respondentów w badaniu z 2013 roku).

Artykuł 3(2)(h)

Do zwiększenia efektywności procesu arbitrażowego przyczynić się może korzystanie ze wsparcia sekretarza trybunału przy przygotowaniu podsumowania okoliczności faktycznych sporu i analizy prezentowanych przez strony stanowisk prawnych oraz dowodów, pod warunkiem że te zadania wykonywane są w odpowiedni sposób: 38,7% respondentów w badaniu z 2012 roku poparło korzystanie z pomocy sekretarza w powyższym zakresie, natomiast w badaniu z 2013 roku poziom poparcia wyniósł 49,5%.

Biorąc pod uwagę złożoność stanów faktycznych i argumentacji prawnej, znaczną objętość pism procesowych i materiału dowodowego we współczesnych postępowaniach w arbitrażu międzynarodowym, sekretarz trybunału może odegrać pożyteczną rolę, dopomagając trybunałowi arbitrażowemu w dobrym zapoznaniu się z istotą sprawy dzięki temu, że pomoże zorganizować sposób przedstawienia przez strony argumentów i dowodów. W wielu jurysdykcjach asystenci prawni i urzędnicy sądowi w podobnym zakresie wspierają pracę sędziów i korzystanie z takiego wsparcia nie jest uważane za zrzeczenie się sędziowskiej władzy decyzyjnej.

Przeciwnicy korzystania ze wsparcia sekretarza trybunału podnoszą, że analiza pism stron i dowodów jest dla arbitra istotnym etapem w procesie analizowania sprawy i oceny mocnych i słabych stron prezentowanych przez strony stanowisk. Grupa robocza nie proponuje, aby trybunał arbitrażowy nie miał samodzielnie analizować stanowisk stron oraz przedstawianych przez nie dowodów. Jednak grupa robocza uważa, podobnie jak prawie 50% respondentów w badaniu z 2013 roku, że niektórym arbitrom bardzo pomaga przy zapoznawaniu się z aktami sprawy korzystanie z przygotowanych przez sekretarza chronologicznych zestawień faktów, analiz czy memorandów.

Artykuł 3(2)(i)

Skorzystanie ze wsparcia sekretarza w toku obrad trybunału arbitrażowego przy utrwalaniu prowadzonych przez arbitrów rozważań i podejmowanych przez nich decyzji zwolni arbitrów z tych obowiązków.

Dodatkowo, co jest ściśle związane z obowiązkami określonymi w art. 3(2)(d) do 3(2)(h), udział sekretarza trybunału w obradach powinien ułatwić ich przebieg ze względu na dobrą znajomość akt sprawy po stronie sekretarza. Arbitrzy powinni móc skorzystać z pomocy sekretarza, kiedy rozpatrują konkretne fakty sprawy, co zawsze dzieje się podczas narad arbitrów. Jednak mimo że sekretarz trybunału może być obecny podczas obrad, trybunał arbitrażowy musi zapewnić, że nie będzie brał w nich c z y n n e g o udziału. Takie rozróżnienie znajduje poparcie w wynikach badania z 2013 roku: o ile 72,5% respondentów poparło udział sekretarza w obradach trybunału arbitrażowego, to 83,5% respondentów sprzeciwiło się, aby sekretarz trybunału brał w nich czynny udział.

Artykuł 3(2)(j)

Przygotowanie wyroku może być bardzo czasochłonne dla arbitra z napiętym grafikiem zobowiązań zawodowych. Aby wspomóc pracę arbitrów, sekretarz trybunału z całą pewnością może przygotować pierwszy projekt niektórych części wyroku.

Chociaż bezsprzecznie scedowanie na sekretarza trybunału przygotowania projektu całego wyroku znalazło niewielkie poparcie (67,0% respondentów w badaniu z 2013 roku było temu przeciwnych), to przekazanie sekretarzowi przygotowania projektu jego pewnych części spotkało się ze zdecydowanym poparciem (63,5% respondentów w badaniu z 2013 roku). W szczególności, zgodnie z wynikami badania z 2013 roku, respondenci, którzy uważali, że sekretarz trybunału powinien sporządzić jakąś część lub części wyroku, wskazali następujące fragmenty: przebieg postępowania (84,9%); stan faktyczny (69,4%); stanowiska stron (65,3%). Więcej kontrowersji budzi powierzenie sekretarzowi opracowania części wyroku dotyczących kwestii prawnych (31,9%) oraz konkluzji i sentencji wyroku.

Artykuł 4. Koszty

(1) Co do zasady korzystanie ze wsparcia i pomocy sekretarza trybunału powinno prowadzić raczej do obniżenia niż do podwyższenia całości kosztów postępowania arbitrażowego.

(2) Wynagrodzenie sekretarza trybunału powinno być ustalone na rozsądnym poziomie i być proporcjonalne do okoliczności sprawy. Wynagrodzenie sekretarza trybunału powinno być również jawne od momentu wszczęcia postępowania arbitrażowego.

(3) Wynagrodzenie oraz rozsądne wydatki sekretarza trybunału powinny być wypłacane (i) z wynagrodzenia trybunału arbitrażowego, w przypadku gdy podstawą ustalenia wynagrodzenia jest wartość przedmiotu sporu, lub (ii) przez strony, w przypadku gdy podstawą wynagrodzenia trybunału jest stawka godzinowa, chyba że reguły instytucji arbitrażowej stanowią inaczej lub strony postanowiły inaczej.

Komentarz do artykułu 4

Artykuł 4(1)

Zgodnie z wynikami badania z 2012 roku bezsprzecznie jednym z kluczowych powodów, dla których podjęta zostaje decyzja o skorzystaniu ze wsparcia sekretarza trybunału, są potencjalne oszczędności, jakie jego praca może przynieść stronom: 58,8% badanych podkreśliło, że to właśnie oszczędność kosztów jest jednym z głównych powodów, dla których powołuje się sekretarza trybunału; natomiast 57,7% respondentów wymieniało jako główny powód oszczędność czasu. Oszczędność czasu bezpośrednio wiąże się z kosztami postępowania, w przypadku gdy arbitrzy wynagradzani są na podstawie stawek godzinowych. W związku z tym grupa robocza uznała, że jeżeli chodzi o koszty, zasadą korzystania z pomocy sekretarza powinno być doprowadzenie do zmniejszenia całkowitych kosztów arbitrażu, a nie do ich wzrostu.

Artykuł 4(2)

Skoro praca sekretarza trybunału polega na pomaganiu trybunałowi arbitrażowemu w wykonywaniu jego mandatu, to sami arbitrzy, którzy z tej pracy korzystają, najlepiej potrafią ocenić jej wartość. W związku z tym trybunał powinien zaproponować godzinowe albo ryczałtowe wynagrodzenie sekretarza. Propozycja trybunału powinna uwzględniać kwalifikacje konkretnego sekretarza, okoliczności sprawy w odniesieniu do wartości przedmiotu sporu i przewidywanego czasu trwania postępowania oraz złożoność sprawy.

Przejrzystość i transparentność pracy i zadań wykonywanych przez sekretarza można zapewnić poprzez regularne informowanie stron o czynnościach przez niego wykonanych i wynikających z tego oszczędnościach. Grupa robocza uważa, że takie podejście znajduje poparcie w danych zebranych w badaniu z 2013 roku. W ramach tego badania 54,7% respondentów wskazało, że strony powinny ponosić koszty pracy sekretarza trybunału, w przypadku gdy trybunał arbitrażowy otrzymuje wynagrodzenie w oparciu o stawki godzinowe (z uwagi na to, że zaangażowanie samego trybunału powinno być niższe w takim wypadku i powinno się uzyskać oszczędności). Jednakże w związku z wystawianiem przez arbitrów faktur trybunał arbitrażowy powinien zadbać o to, aby opis pracy sekretarza trybunału nie doprowadził przez przypadek do ujawnienia procesu decyzyjnego samego trybunału.

W ramach badania z 2013 roku większość respondentów wykazała preferencje co do wynagrodzenia sekretarza trybunału na zasadzie stawek godzinowych (64,0%), w przeciwieństwie do ryczałtu (36,0%). W praktyce wybór ten zależeć będzie od regulaminu, przepisów i polityki danej instytucji arbitrażowej zaangażowanej w spór (jeżeli taka jest) oraz preferencji trybunału arbitrażowego i stron.

W każdym razie w celu umożliwienia stronom podjęcia świadomej decyzji w sprawie powołania sekretarza trybunału oraz powierzenia tej funkcji konkretnej osobie na etapie przedstawiania kandydatury strony powinny otrzymać również propozycje dotyczące wynagrodzenia sekretarza.

Artykuł 4(3)

W przypadku gdy wynagrodzenie trybunału arbitrażowego uwzględnia wartość przedmiotu sporu, to trybunał arbitrażowy, a nie strony, powinien ponosić koszty i wydatki związane z funkcją sekretarza trybunału. Takie podejście uzyskało poparcie 65,1% respondentów w ramach badania z 2013 roku. Ponadto gdy trybunał arbitrażowy ponosi koszty pracy i wydatki sekretarza, powinny one być raczej ponoszone przez cały trybunał, a nie jedynie przez przewodniczącego. W ramach badania z 2013 roku wszelkie propozycje, aby to przewodniczący był wyłącznie odpowiedzialny za opłacenie kosztów pracy i wydatków sekretarza trybunału, zostały przez przytłaczającą większość odrzucone (74,4%).

Jeżeli członkowie trybunału są wynagradzani według stawek godzinowych, wszelkie koszty i wydatki wynikające z zatrudnienia sekretarza powinny ponosić strony, co jest uzasadnione osiąganymi dzięki temu oszczędnościami. W przeciwieństwie do sytuacji powiązania wynagrodzenia trybunału z wartością przedmiotu sporu, tam, gdzie strony wynagradzają arbitrów za czas poświęcony sprawie, powierzenie sekretarzowi trybunału wielu rutynowych czynności do wykonania za niższym wynagrodzeniem doprowadzi do oszczędności. W badaniu z 2013 roku 54,7% respondentów poparło to rozwiązanie, natomiast 45,3% wolało, aby w razie ustalenia wynagrodzenia według stawek godzinowych to trybunał arbitrażowy ponosił koszty pracy sekretarza trybunału.

Badanie z 2013 roku wykazało, że w ramach scenariusza wynagrodzenia opartego na stawkach godzinowych godziwe wynagrodzenie sekretarza trybunału powinno wahać się od 125 do 225 USD za godzinę (50,1%). Grupa robocza stoi na stanowisku, że wysokość stawki godzinowej powinna wynikać z kwalifikacji danego sekretarza oraz stopnia skom-

plikowania konkretnej sprawy (pełna lista zakresów wynagrodzeń i wyników badań znajduje się w aneksie C).

Grupa robocza podkreśla, że w ramach badania z 2013 roku większość (53,5%) respondentów stwierdziła, że w przypadku gdy sekretarz trybunału ma otrzymywać wynagrodzenie ryczałtowe, wysokość wynagrodzenia powinna być powiązana z wartością przedmiotu sporu. Podczas gdy tylko 36% respondentów uznało za właściwe, aby wynagrodzenie sekretarza trybunału było ryczałtowe, a nie godzinowe, instytucje arbitrażowe, w których wynagrodzenie arbitrów jest powiązane z wartością przedmiotu sporu, mogą rozważyć zastosowanie tego rozwiązania.

3. Zapis wzorcowy w sprawie powoływania i korzystania ze wsparcia sekretarzy trybunałów

Poniższy zapis wzorcowy w sprawie powoływania i korzystania ze wsparcia z sekretarzy trybunałów może być umieszczany w zarządzeniach proceduralnych, aktach misji oraz innych podobnych zarządzeniach wydawanych przez trybunał arbitrażowy, dotyczących powoływania sekretarza trybunału. Grupa robocza podkreśla, że poniższy zapis wzorcowy może zostać wykorzystany w sytuacji, gdy wynagrodzenie sekretarza trybunału kalkulowane będzie według stawek godzinowych, a nie ryczałtu.

> *Trybunał arbitrażowy poinformował strony o zamiarze powołania* [imię i nazwisko] *na stanowisko sekretarza trybunału.* [Imię i nazwisko] *jest* [współpracownikiem (nazwa kancelarii arbitra przewodniczącego)] *i złożył trybunałowi arbitrażowemu oświadczenie o swej niezależności i bezstronności w niniejszej sprawie. Szczegółowy życiorys* [imię i nazwisko] *zawiera załącznik* [załącznik z CV kandydata]*, który został uprzednio przesłany stronom. W braku sprzeciwu stron trybunał arbitrażowy niniejszym powołuje* [imię i nazwisko] *na stanowisko sekretarza trybunału*.
>
> *Sekretarz trybunału będzie działał na rzecz usprawnienia postępowania arbitrażowego i będzie wykonywał zadania mu powierzone lub wyraźnie wskazane przez trybunał arbitrażowy lub przewodniczącego trybunału arbitrażowego.*
>
> *Sekretarz będzie wynagradzany za pracę wykonywaną w związku z toczącym się postępowaniem arbitrażowym przez* [strony / instytucję arbitrażową / trybunał arbitrażowy] *według stawki godzinowej w wysokości* [kwota] *EUR/USD. W zakresie wynikającym z* [zasad, regulaminu lub polityki (nazwa instytucji arbitrażowej)] *sekretarzowi trybunału będą zwracane wydatki poniesione na podróż oraz inne uzasadnione wydatki.*
>
> *Sekretarz trybunału będzie związany tymi samymi zobowiązaniami dotyczącymi poufności i prywatności, jakimi związany jest trybunał arbitrażowy, i będą mu przysługiwać takie same immunitety, jakie przysługują trybunałowi arbitrażowemu.*

4. Bibliografia

Książki

N. BLACKABY, C. PARTASIDES et al., "The Establishment and Organization of an Arbitral Tribunal" in *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford University Press 2009)

S. R. BOND, M. PARALIKA et al., "ICC Rules of Arbitration, Awards, Article 31 [Decision as to the Costs of the Arbitration]" in L.A. MISTELIS, ed., *Concise International Arbitration* (Kluwer Law International 2010)

G. B. BORN, Chapter 12: "Rights and Duties of International Arbitrators – Role of the Presiding Arbitrator" in *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2009)

M. W. BUHLER and T. H. WEBSTER, *Handbook of ICC Arbitration*, 2nd edition (Sweet & Maxwell 2009) pp. 371, 450-451

R. ENOCK and A. MELIA, "Ad Hoc Arbitrations" in J. D. M. LEW, H. BOR et al., eds., *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland* (Kluwer Law International 2013)

J. C. FERNANDEZ ROZAS, "Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators" in M. A. FERNANDEZ-BALLESTEROS and D. ARIAS, eds., *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (La Ley 2010)

J. GRIERSON and A. VAN HOOFT, Part I: "Preliminary Matters", Chapter 5: "The Different Actors in an ICC Arbitration" in *Arbitrating under the 2012 ICC Rules* (Kluwer Law International 2012)

L. HEUMAN, *Arbitration Law of Sweden* (Juris Publishing 2003) pp. 486, 493

M. MCILWRATH and J. SAVAGE, "The Conduct of the Arbitration" in *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide* (Kluwer Law International 2010)

C. PARTASIDES, N. BASSIRI et al., "Arbitral Secretaries" in *International Arbitration: The Coming of a New Age?* ICCA Congress Series no. 17, pp. 327-368 (Kluwer Law International 2013)

P. PETERS, "The Arbitrator and the Arbitration Procedure – Presiding Arbitrator, Deciding Arbitrator: Decision-Making in Arbitral Tribunals" in C. KLAUSEGGER, P. KLEIN et al., eds., *Austrian Yearbook on International Arbitration 2011* (Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2011)

N. RAWDING, G. FULLELOVE et al., "International Arbitration in England: A Procedural Overview" in J. D. M. LEW, H. BOR et al., eds., *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland* (Kluwer Law International 2013)

A. ROVINE, "Cost Concerns in the Drafting of Arbitral Awards – An Issue of Ethics" in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2009* (Martinus Nijhoff Publishers 2010)

P. SCHOLDSTROM, "The Arbitrators" in U. FRANKE, A. MAGNUSSON et al. eds., *International Arbitration in Sweden: A Practitioner's Guide* (Kluwer Law International 2013)

F. T. SCHWARZ and C. W. KONRAD, "Article 7: The Arbitrators" in *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria* (Kluwer Law International 2009)

I. M. SMEUREANU, Chapter 4: "Actors Bound by the Duty to Maintain Confidentiality" in *Confidentiality in International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2011)

B. VAN DER BEND, M. LEIJTEN et al., Part II: "A Commentary to the NAI Rules", Section 4: "Procedure (Articles 20-42)" in eds., *A Guide to the NAI Arbitration Rules: Including a Commentary on Dutch Arbitration Law* (Kluwer Law International 2009)

J. WAINCYMER, Part I: "Policy and Principles", Chapter 2: "Powers, Rights and Duties of Arbitrators" in *Procedure and Evidence in International Arbitration* (Kluwer Law International 2012)

J. WAINCYMER, Part II: "The Process of an Arbitration", Chapter 6: "Establishing the Procedural Framework" in *Procedure and Evidence in International Arbitration* (Kluwer Law International 2012)

T. ZUBERBUHLER, K. MULLER et al., "Arbitral Proceedings: General Provisions (Art. 15)" in *Swiss Rules of International Arbitration: Commentary* (Kluwer Law International 2005)

Artykuły instytucjonalne

ICC, "Note on the Appointment, Duties and Remuneration of Administrative Secretaries" (2012) (available at <www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-andADR/Flash-news/Introduction-of-revised-Note-on-the-Appointment,-Duties-andRemuneration-of-Administrative-Secretaries/>)

ICC Commission on Arbitration, "Techniques for Controlling Time and Cost in Arbitration" (ICC Publication 843, 2007) (available at <www.iccdeutschland.de/fileadmin/ICC_Dokumente/ICC_arbitration_TimeCost_E.pdf>)

JAMS International, "Guidelines for Use of Clerks and Tribunal Secretaries in Arbitrations" (2012) (available at <www.jamsinternational.com/rulesprocedures/guidelines-for-use-of-clerks>)

Joint Report of the International Commercial Disputes Committee and the Committee on Arbitration of the New York City Bar Association, "Secretaries to International Arbitral Tribunals" 17 American Review of International Arbitration (2006) p. 575

Secretariat of the ICC Court, "Note Concerning the Appointment of Administrative Secretaries by Arbitral Tribunals", 6 ICC Int'l Ct. Arb Bull (1995) p. 77

UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, (1996) (published in F. T. SCHWARZ and C. W. KONRAD, "Article 7: The Arbitrators" in *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria*) (Kluwer Law International 2009)

Artykuły autorskie

B. BERGER, "Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations", 31 ASA Bull (2013) p. 244

D. JONES, "Ethical Implications of Using Paralegals and Tribunal Secretaries", AMINZ – IAMA Dispute Resolution Conference 2013, Auckland, 25-27 July 2013 (available at <www.aminz.org.nz/Attachment?Action=View&Attachment_id=290>)

P. LALIVE, "*Secrétaire de tribunaux arbitraux : le bon sens l'emporte*", 1 ASA Bull (1989) p. 1

P. LALIVE, "*Inquiétantes dérives de l'arbitrage CCI*", 13 ASA Bull (1995) p. 634

P. LALIVE, "*Un post-scriptum et quelques citations*", 14 ASA Bull (1996) p. 35

E. LEIMBACHER, "Efficiency under the New ICC Rules of Arbitration of 2012: First glimpse at the new practice", 31 ASA Bull (2013) p. 298

A. MARTINEZ, "The International Chamber of Commerce's Note on the Appointment, Duties and Remuneration of Administrative Secretaries dated 1 August 2012", 6 International Arbitration Law Review (2012) p. 50

S. MENON, "Some Cautionary Notes for an Age of Opportunity", 79 Arbitration (2013, no. 4) pp. 393-406

L. W. NEWMAN and D. ZASLOWSKY, "The Fourth Arbitrator: Contrasting Guidelines on Use of Law Secretaries", New York Law Journal, Volume 248 no. 104 (29 November 2012)

E. ONYEMA, "The Role of the International Arbitral Tribunal Secretary", 9 Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration (2005, no. 1) p. 99

C. PARTASIDES, "The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration", 18 Arbitration International (2002) p. 147

T. SCHULTZ and R. KOVACS, "The Rise of a Third Generation of Arbitrators? – Fifteen Years after Dezalay and Garth", 28 Arbitration International (2012, no. 2) p. 161

E. A. SCHWARTZ, "On the Subject of 'Administrative Secretaries': A Reply by Mr. Eric Schwartz, Secretary General of the ICC Court", 14 ASA Bull (1996) p. 32

C. THOMAS, "*Le secrétaire arbitral*", 4 Comité Français de l'Arbitrage (2005) p. 931

Aneks B*

Badanie z 2012 roku

1. Posiadam doświadczenie jako:

	1–5 lat	6–10 lat	11–15 lat	16–20 lat	20+ lat	Liczba ocen
Arbiter	**33,9% (21)**	25,8% (16)	21,0% (13)	6,5% (4)	16,1% (10)	**62**
Sekretarz	**57,1% (28)**	24,5% (12)	16,3% (8)	0,0% (0)	2,0% (1)	49
Instytucja	27,8% (5)	**33,3% (6)**	11,1% (2)	5,6% (1)	22,2% (4)	18
Pełnomocnik	**30,6% (22)**	25,0% (18)	22,2% (16)	11,1% (8)	16,7% (12)	72
Strona	**42,9% (3)**	14,3% (1)	28,6% (2)	14,3% (1)	0% (0)	7
					liczba udzielonych odpowiedzi	**103**
					liczba pominiętych pytań	**3**

2. Czy popierasz korzystanie ze wsparcia powoływania sekretarzy trybunału?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**95,0%**	**96**
Nie	5,0%	5
	Dlaczego? (proszę wyjaśnić)	64
	liczba udzielonych odpowiedzi	**101**
	liczba pominiętych pytań	**5**

3. Jeżeli odpowiedź na poprzednie pytanie jest twierdząca, jaki Twoim zdaniem jest główny powód, dla którego powołuje się sekretarza trybunału?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Wsparcie przewodniczącego/trybunału	**94,8%**	**92**
Nauczenie sekretarza, jak stać się arbitrem	21,6%	21
Umożliwienie młodemu prawnikowi uzyskania bezpośredniego doświadczenia arbitrażowego	21,6%	21
Oszczędność czasu	57,7%	56
Oszczędność kosztów	58,8%	57
Inne powody (proszę wskazać)	4,1%	4
	liczba udzielonych odpowiedzi	**97**
	liczba pominiętych pytań	**9**

* Niniejsza publikacja nie zawiera tłumaczenia aneksu A ani D.

4. W przypadku negatywnej odpowiedzi – jakie są podstawowe powody unikania powoływania sekretarza?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Przeniesienie odpowiedzialności arbitra na sekretarza	**80,0%**	**12**
Koszty	20,0%	3
Inne powody (proszę wskazać)		3
liczba udzielonych odpowiedzi		**15**
liczba pominiętych pytań		**91**

5. Gdzie należy szukać potencjalnego kandydata na sekretarza?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Wśród pracowników kancelarii, w której pracuje przewodniczący/jedyny arbiter	**69,4%**	**68**
Na liście prowadzonej przez instytucję	14,3%	14
Gdziekolwiek	29,6%	29
liczba udzielonych odpowiedzi		**98**
liczba pominiętych pytań		**8**

6. Kto powinien zostać sekretarzem (w tym pytaniu pomijamy umiejętności językowe)?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
pracownik biurowy, asystent osobisty	1,0%	1
asystent prawny	6,1%	6
student prawa	9,2%	9
aplikant	26,5%	26
młody prawnik	**89,8%**	**88**
doświadczony prawnik	26,5%	26
młody arbiter	25,2%	25
liczba udzielonych odpowiedzi		**98**
liczba pominiętych pytań		**8**

7. Kto nie powinien zostać sekretarzem?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
pracownik biurowy, asystent osobisty	**81,1%**	**73**
asystent prawny	48,9%	44
student prawa/aplikant	43,3%	39
młody prawnik	4,4%	4
doświadczony prawnik	33,3%	30
młody arbiter	21,1%	19
inna osoba (proszę wskazać)	7,8%	7
liczba udzielonych odpowiedzi		**90**
liczba pominiętych pytań		**16**

8. Czy na powołanie sekretarza muszą wyrazić zgodę strony?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak, zawsze	**72,4%**	**71**
Nie	3,1%	3
Tylko w przypadku, gdy taka osoba będzie się kontaktować ze stronami	2,0%	2
Tylko w przypadku, gdy taka osoba będzie brać udział w rozprawie	6,1%	6
Tylko w przypadku, gdy wymagają tego zasady postępowania mające zastosowanie	13,3%	13
W innych przypadkach (proszę wskazać)	3,1%	3
liczba udzielonych odpowiedzi		**98**
liczba pominiętych pytań		**8**

9. Jakie informacje dotyczące sekretarza powinny być ujawnione?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Imię i nazwisko	**95,9%**	**93**
Narodowość	77,3%	75
Stanowisko	91,8%	89
Doświadczenie zawodowe	70,1%	68
Inne (proszę wskazać)	24,7%	24
liczba udzielonych odpowiedzi		**97**
liczba pominiętych pytań		**9**

10. Jakie kwestie powinny zostać ustalone ze stronami?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Wybór kandydata	28,9%	28
Przesłanki wyboru	13,4%	13
Warunki powołania	48,5%	47
Zadania i obowiązki sekretarza	61,9%	60
Wynagrodzenie i wydatki	**79,4%**	**77**
Odpowiedzialność	12,4%	12
Inne (proszę wskazać)	9,3%	9
	liczba udzielonych odpowiedzi	**97**
	liczba pominiętych pytań	**9**

11. Czy należy ujawniać stronom fakt korzystania z pomocy prawnika/asystenta prawnego, który nie został formalnie powołany na sekretarza?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak, w każdym wypadku	**37,2%**	**35**
Nie, nigdy	3,2%	3
Jeżeli wybrana osoba nie pracuje w kancelarii arbitra	17,0%	16
Jeżeli taka osoba bezpośrednio kontaktuje się ze stronami	14,9%	14
Jeżeli taka osoba uczestniczy w rozprawach	9,6%	9
Jeżeli praca takiej osoby wiąże się ze sprawami organizacyjnymi lub administracyjnymi	1,1%	1
To jest decyzja arbitra	17,0%	16
	liczba udzielonych odpowiedzi	**94**
	liczba pominiętych pytań	**12**

12. Czy sekretarz, podobnie jak arbiter, powinien złożyć oświadczenie o bezstronności?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**55,1%**	**54**
Nie	44,9%	44
	liczba udzielonych odpowiedzi	**98**
	liczba pominiętych pytań	**8**

13. Czy *Wytyczne IBA dotyczące konfliktu interesów w arbitrażu międzynarodowym* powinny mieć zastosowanie również do sekretarzy?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**54,2%**	**52**
Nie	45,8%	44
	liczba udzielonych odpowiedzi	**96**
	liczba pominiętych pytań	**10**

14. Czy sekretarze powinni ujawniać te same informacje, co arbitrzy?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**52,6%**	**50**
Nie	47,4%	45
	liczba udzielonych odpowiedzi	**95**
	liczba pominiętych pytań	**11**

15. Jeżeli tak, kto powinien rozstrzygać tę kwestię?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Przewodniczący	15,6%	10
Trybunał arbitrażowy	**46,9%**	**30**
Instytucja	35,9%	23
Sąd krajowy siedziby arbitrażu	1,6%	1
	liczba udzielonych odpowiedzi	**64**
	liczba pominiętych pytań	**42**

16. Jakie zadania są w praktyce powierzane sekretarzowi?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
zajmowanie się korespondencją i dowodami	86,0%	80
organizowanie posiedzeń i rozpraw z udziałem stron	**90,3%**	**84**
przypominanie stronom o posiedzeniach i terminach	74,2%	69
przygotowywanie analizy prawnej	80,6%	75
sporządzanie projektów zarządzeń	77,4%	72
analizowanie pism procesowych stron	62,4%	58
sporządzanie projektu części wyroku	69,9%	65
sporządzanie projektu całego wyroku	26,9%	25
kontakt ze stronami w imieniu trybunału arbitrażowego	69,9%	65
kontakt z instytucją arbitrażową	71,0%	66
przekazywanie swojej opinii w sprawie trybunałowi arbitrażowemu	25,8%	24
uczestniczenie w naradach jako pomoc dla przewodniczącego	16,1%	15
branie udziału w procesie decyzyjnym trybunału arbitrażowego	17,2%	16
inne (proszę wskazać)	10,8%	10
	liczba udzielonych odpowiedzi	**93**
	liczba pominiętych pytań	**13**

17. Jakie zadania powinny być powierzane sekretarzowi?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
zajmowanie się korespondencją i dowodami	79,6%	74
organizowanie posiedzeń i rozpraw z udziałem stron	**88,2%**	**82**
przypominanie stronom o posiedzeniach i terminach	74,2%	69
przygotowywanie analizy prawnej	68,8%	64
sporządzanie projektów zarządzeń	60,2%	56
analizowanie pism procesowych stron	38,7%	36
sporządzanie projektu części wyroku	45,2%	42
sporządzanie projektu całego wyroku	7,5%	7
kontakt ze stronami w imieniu trybunału arbitrażowego	57,0%	53
kontakt z instytucją arbitrażową	54,8%	51
przekazywanie swojej opinii w sprawie trybunałowi arbitrażowemu	17,2%	16
uczestniczenie w naradach jako pomoc dla przewodniczącego	14,0%	13
branie udziału w procesie decyzyjnym trybunału arbitrażowego	5,4%	5
inne (proszę wskazać)	10,8%	10
	liczba udzielonych odpowiedzi	**93**
	liczba pominiętych pytań	**13**

18. Kto kontroluje pracę sekretarza?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Przewodniczący/jedyny arbiter	**55,2%**	**53**
Trybunał	44,8%	43
Instytucja	0,0%	0
Nikt	0,0%	0
	liczba udzielonych odpowiedzi	**96**
	liczba pominiętych pytań	**10**

19. Czy sekretarz powinien ponosić odpowiedzialność za wyrządzoną przez siebie szkodę?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	34,4%	32
Nie	**65,6%**	**61**
	liczba udzielonych odpowiedzi	**93**
	liczba pominiętych pytań	**13**

20. Jeżeli odpowiedź na powyższe pytanie była negatywna, kto powinien ponosić taką odpowiedzialność?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Arbiter, który powołał sekretarza	23,1%	15
Przewodniczący/jedyny arbiter	21,5%	14
Cały trybunał arbitrażowy	**55,4%**	**36**
	liczba udzielonych odpowiedzi	**65**
	liczba pominiętych pytań	**41**

21. Jakie powinny być konsekwencje przekroczenia przez sekretarza zakresu jego uprawnień?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Arbiter, który powołał sekretarza, może być wyłączony	22,5%	18
Podstawa do uchylenia wyroku	**50,0%**	**40**
Inne (proszę wskazać)	27,5%	22
	liczba udzielonych odpowiedzi	**80**
	liczba pominiętych pytań	**26**

22. Czy Twoim zdaniem powołanie sekretarza może prowadzić do obniżenia kosztów postępowania arbitrażowego?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**70,5%**	**67**
Tylko w przypadku postępowania z udziałem jedynego arbitra	2,1%	2
Tylko w przypadku postępowania z udziałem trzech arbitrów	1,1%	1
Tylko w przypadku postępowania z udziałem instytucji	1,1%	1
Tylko w przypadku postępowania *ad hoc*	3,2%	3
Tylko w przypadku niedużych postępowań	0,0%	0
Tylko w przypadku dużych postępowań	13,7%	13
Nie	8,4%	8
	liczba udzielonych odpowiedzi	**95**
	liczba pominiętych pytań	**11**

23. Kto powinien ponosić koszty związane z pracą sekretarza?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Przewodniczący/jedyny arbiter	22,1%	21
Trybunał arbitrażowy	30,5%	29
Strony	**62,1%**	**59**
	liczba udzielonych odpowiedzi	**95**
	liczba pominiętych pytań	**11**

24. Kto powinien ustalać poziom kosztów pracy sekretarza?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Arbiter	16,1%	15
Trybunał arbitrażowy	**54,8%**	**51**
Strony	41,9%	39
Instytucja, jeżeli jest zaangażowana	23,7%	22
	liczba udzielonych odpowiedzi	**93**
	liczba pominiętych pytań	**13**

25. Za pomocą jakiej metody powinno być ustalane wynagrodzenie sekretarza?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Stawka godzinowa	17,9%	14
Ryczałt	10,3%	8
Stawka godzinowa plus wydatki	**55,1%**	**43**
Ryczałt plus wydatki	16,7%	13
	Inne (proszę wskazać)	14
	liczba udzielonych odpowiedzi	**78**
	liczba pominiętych pytań	**28**

26. Czy obecna praktyka postępowania w stosunku do sekretarzy powinna ulec zmianie?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**58,9%**	**53**
Nie	41,1%	37
	Jeżeli tak, proszę wytłumaczyć	47
	liczba udzielonych odpowiedzi	**90**
	liczba pominiętych pytań	**16**

27. Czy dla postępowania arbitrażowego wynikną jakieś korzyści z uregulowania roli i zasad pełnienia funkcji przez sekretarza?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**57,4%**	**54**
Nie	42,6%	40
liczba udzielonych odpowiedzi		**94**
liczba pominiętych pytań		**12**

28. Jeżeli tak, to jaką formę powinna przybrać taka regulacja?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Wiążący załącznik do reguł instytucjonalnych	13,8%	9
Wytyczne dotyczące dobrych praktyk	**78,5%**	**51**
Inne (proszę wskazać)	7,7%	5
liczba udzielonych odpowiedzi		**65**
liczba pominiętych pytań		**41**

29. Jeżeli odpowiedź na powyższe pytanie jest twierdząca, co powiny zawierać takie wytyczne?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Obowiązki i zadania sekretarza	**64,5%**	**40**
Minimum kwalifikacji	3,2%	2
Zakazy	0,0%	0
Niezależność	6,5%	4
Koszty	6,5%	4
Inne (proszę wskazać)	19,4%	12
liczba udzielonych odpowiedzi		**62**
liczba pominiętych pytań		**44**

30. Dodatkowe uwagi

	Liczba odpowiedzi
	13
liczba udzielonych odpowiedzi	**13**
liczba pominiętych pytań	**93**

Aneks C

Badanie z 2013 roku

1. Pełniona funkcja

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Arbiter	**80,8%**	**80**
Pełnomocnik	69,7%	69
Instytucja	3,0%	3
Strona (korzystający z arbitrażu międzynarodowego)	2,0%	2
Proszę podać wszelkie dodatkowe uwagi		4
liczba udzielonych odpowiedzi		**99**
liczba pominiętych pytań		**1**

2. Czy sekretarz trybunału powinien posiadać uprawnienia do wykonywania zawodu prawnika w co najmniej jednej jurysdykcji?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**75,8%**	**69**
Nie	24,2%	22
Proszę o uwagi		19
liczba udzielonych odpowiedzi		**91**
liczba pominiętych pytań		**9**

3. Czy sekretarz powinien posiadać minimalny poziom doświadczenia zawodowego po zdobyciu uprawnień zawodowych?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	42,9%	39
Nie	**57,1%**	**52**
Proszę o uwagi		18
liczba udzielonych odpowiedzi		**91**
liczba pominiętych pytań		**9**

4. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie nr 3 proszę podać oczekiwaną liczbę lat.

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
1	26,2%	11
2	**38,1%**	**16**
3	21,4%	9
Inna (proszę wskazać)	14,3%	6
	liczba udzielonych odpowiedzi	**42**
	liczba pominiętych pytań	**58**

5. Czy sekretarz powinien posiadać maksymalny poziom doświadczenia zawodowego po zdobyciu uprawnień zawodowych?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	6,6%	6
Nie	**93,4%**	**85**
	Proszę o uwagi	15
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

6. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie nr 5 proszę podać liczbę lat.

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
4	14,3%	1
5	**28,6%**	**2**
6	0,0%	0
7	**28,6%**	**2**
Inna (proszę wskazać)	**28,6%**	**2**
	liczba udzielonych odpowiedzi	**7**
	liczba pominiętych pytań	**93**

7. Kto powinien zaproponować powołanie sekretarza trybunału?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Trybunał arbitrażowy	**94,5%**	**86**
Instytucja arbitrażowa	13,2%	12
Strony	15,4%	14
	Proszę o uwagi	13
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

8. Kto powinien powołać sekretarza trybunału?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Trybunał arbitrażowy	**81,3%**	**74**
Instytucja arbitrażowa	15,4%	14
Strony	3,3%	3
	Proszę o uwagi	17
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

9. Jeżeli strony nie proponują ani nie powołują sekretarza trybunału, to czy powinny mieć możliwość wniesienia sprzeciwu wobec konkretnej kandydatury?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**91,2%**	**83**
Nie	8,8%	8
	Proszę o uwagi	12
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

10. Czy co do zasady strony powinny wyrażać zgodę na powołanie sekretarza trybunału?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**76,9%**	**70**
Nie	23,1%	21
	Proszę o uwagi	11
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

11. Czy strony powinny wyrażać zgodę na powołanie konkretnej osoby na sekretarza trybunału?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**75,8%**	**69**
Nie	24,2%	22
	Proszę o uwagi	14
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

12. Jeżeli strony nie zgodziły się na powołanie sekretarza trybunału z uwagi na poufność, czy trybunał arbitrażowy może mimo to powołać sekretarza trybunału, jeżeli uzna to za właściwe?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	26,4%	24
Nie	**73,6%**	**67**
	Proszę o uwagi	20
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

13. Jeżeli strony nie zgodziły się na powołanie sekretarza trybunału z uwagi na konflikt interesów, czy trybunał arbitrażowy może mimo to powołać sekretarza trybunału, jeżeli uzna to za właściwe?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	18,7%	17
Nie	**81,3%**	**74**
	Proszę o uwagi	12
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

14. Czy sekretarz trybunału powinien złożyć swój życiorys?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**73,6%**	**67**
Nie	26,4%	24
	Proszę o uwagi	9
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

15. Czy sekretarz trybunału powinien złożyć oświadczenie o niezależności i bezstronności?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**83,5%**	**76**
Nie	16,5%	15
	Proszę o uwagi	7
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

16. Czy trybunał arbitrażowy powinien mieć możliwość korzystania ze wsparcia sekretarza trybunału bez oficjalnego powoływania sekretarza i bez informowania o tym stron?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	25,3%	23
Nie	**74,7%**	**68**
	Proszę o uwagi	22
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

17. Czy sekretarz trybunału powinien organizować posiedzenia i rozprawy?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**95,6%**	**87**
Nie	4,4%	4
	Proszę o uwagi	9
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

18. Czy sekretarz trybunału powinien zajmować się korespondencją i dowodami?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**80,2%**	**73**
Nie	19,8%	18
	Proszę o uwagi	14
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

19. Czy sekretarz trybunału powinien przygotowywać analizy prawne?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**85,7%**	**78**
Nie	14,3%	13
	Proszę o uwagi	19
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

20. Czy sekretarz trybunału powinien analizować pisma procesowe stron i opracowywać z nich notatki dla trybunału arbitrażowego?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	49,5%	45
Nie	**50,5%**	**46**
Proszę o uwagi		23
liczba udzielonych odpowiedzi		**91**
liczba pominiętych pytań		**9**

21. Czy sekretarz trybunału powinien określać, które dokumenty/dowody są kluczowe?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	47,3%	43
Nie	**52,7%**	**48**
Proszę o uwagi		16
liczba udzielonych odpowiedzi		**91**
liczba pominiętych pytań		**9**

22. Czy sekretarz trybunału powinien przygotowywać projekty zarządzeń proceduralnych lub podobnych dokumentów?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**71,4%**	**65**
Nie	28,6%	26
Proszę o uwagi		23
liczba udzielonych odpowiedzi		**91**
liczba pominiętych pytań		**9**

23. Czy sekretarz trybunału powinien być odpowiedzialny za współpracę z instytucją arbitrażową?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**73,6%**	**67**
Nie	26,4%	24
Proszę o uwagi		15
liczba udzielonych odpowiedzi		**91**
liczba pominiętych pytań		**9**

24. Czy sekretarz trybunału powinien być odpowiedzialny za współpracę ze stronami?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**58,2%**	**53**
Nie	41,8%	38
	Proszę o uwagi	26
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

25. Czy sekretarz trybunału powinien być obecny podczas narad trybunału arbitrażowego?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**72,5%**	**66**
Nie	27,5%	25
	Proszę o uwagi	18
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

26. Czy sekretarz trybunału powinien uczestniczyć w naradach trybunału arbitrażowego?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	16,5%	15
Nie	**83,5%**	**76**
	Proszę o uwagi	19
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

27. Czy sekretarz trybunału powinien przygotowywać pierwszy projekt wyroku arbitrażowego?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	33,0%	30
Nie	**67,0%**	**61**
	Proszę o uwagi	18
	liczba udzielonych odpowiedzi	**91**
	liczba pominiętych pytań	**9**

28. Jeżeli odpowiedź na pytanie nr 27 jest negatywna, czy sekretarz trybunału powinien sporządzać projekt jakiejkowiek części wyroku arbitrażowego?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**63,5%**	**40**
Nie	36,5%	23
	Proszę o uwagi	29
	liczba udzielonych odpowiedzi	**63**
	liczba pominiętych pytań	**37**

29. Jeżeli odpowiedź na pytanie nr 27 jest twierdząca, czy sekretarz trybunału powinien sporządzać projekt części wyroku arbitrażowego dotyczącej przebiegu postępowania?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**84,9%**	**62**
Nie	15,1%	11
	Proszę o uwagi	11
	liczba udzielonych odpowiedzi	**73**
	liczba pominiętych pytań	**27**

30. Jeżeli odpowiedź na pytanie nr 27 jest twierdząca, czy sekretarz trybunału powinien sporządzać projekt części wyroku arbitrażowego dotyczącej stanu faktycznego?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**69,4%**	**50**
Nie	30,6%	22
	Proszę o uwagi	15
	liczba udzielonych odpowiedzi	**72**
	liczba pominiętych pytań	**28**

31. Jeżeli odpowiedź na pytanie nr 27 jest twierdząca, czy sekretarz trybunału powinien sporządzać projekt części wyroku arbitrażowego dotyczącej stanowiska stron?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**65,3%**	**47**
Nie	34,7%	25
	Proszę o uwagi	10
	liczba udzielonych odpowiedzi	**72**
	liczba pominiętych pytań	**28**

32. Jeżeli odpowiedź na pytanie nr 27 jest twierdząca, czy czy sekretarz trybunału powinien sporządzać projekt części wyroku arbitrażowego dotyczącej kwestii prawnych?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	31,9%	22
Nie	**68,1%**	**47**
	Proszę o uwagi	14
	liczba udzielonych odpowiedzi	**69**
	liczba pominiętych pytań	**31**

33. Kto powinien ponosić koszty pracy sekretarza trybunału?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Strony	39,5%	34
Trybunał arbitrażowy	**60,5%**	**52**
	Proszę o uwagi	22
	liczba udzielonych odpowiedzi	**86**
	liczba pominiętych pytań	**14**

34. Kto powinien ponosić koszty pracy sekretarza trybunału, jeżeli wynagrodzenie trybunału arbitrażowego kalkulowane jest według stawki godzinowej?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Strony	**54,7%**	**47**
Trybunał arbitrażowy	45,3%	39
	Proszę o uwagi	13
	liczba udzielonych odpowiedzi	**86**
	liczba pominiętych pytań	**14**

35. Kto powinien ponosić koszty pracy sekretarza trybunału, jeżeli wynagrodzenie trybunału arbitrażowego jest ryczałtowe?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Strony	34,9%	30
Trybunał arbitrażowy	**65,1%**	**56**
	Proszę o uwagi	10
	liczba udzielonych odpowiedzi	**86**
	liczba pominiętych pytań	**14**

36. Jeżeli trybunał arbitrażowy ponosi koszty pracy sekretarza trybunału, czy koszty te powinny być pokryte z honorarium arbitrów?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**86,0%**	**74**
Nie	14,0%	12
Proszę o uwagi		11
liczba udzielonych odpowiedzi		**86**
liczba pominiętych pytań		**14**

37. Jeżeli koszty pracy sekretarza trybunału powinny być pokryte z wynagrodzenia arbitrów, czy powinno to być jedynie honorarium przewodniczącego?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	25,6%	22
Nie	**74,4%**	**64**
Proszę o uwagi		13
liczba udzielonych odpowiedzi		**86**
liczba pominiętych pytań		**14**

38. Czy sekretarz trybunału powinien być wynagradzany na zasadzie ryczałtu czy stawki godzinowej?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Stawka godzinowa	**64,0%**	**55**
Ryczałt	36,0%	31
Proszę o uwagi		19
liczba udzielonych odpowiedzi		**86**
liczba pominiętych pytań		**14**

39. Jeżeli na zasadzie stawki godzinowej, kto powinien ustalić stawkę za godzinę pracy sekretarza trybunału?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Trybunał arbitrażowy	**59,2%**	**42**
Sekretarz trybunału	2,8%	2
Instytucja arbitrażowa	18,3%	13
Strony	19,7%	14
Proszę o uwagi		24
liczba udzielonych odpowiedzi		**71**
liczba pominiętych pytań		**29**

40. Jeżeli wybrano stawkę godzinową, jaka jest jej właściwa wysokość (w dolarach amerykańskich)?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Mniej niż $100	11,6%	10
$100–125	8,1%	7
$126–150	14,0%	12
$151–175	7,0%	6
$176–200	14,0%	12
$201–225	**15,1%**	**13**
$226–250	11,6%	10
$251–275	0,0%	0
$276–300	8,1%	7
Więcej niż $300	10,5%	9
Inne (proszę wskazać)		25
liczba udzielonych odpowiedzi		**86**
liczba pominiętych pytań		**14**

41. Jeżeli wybrano stawkę godzinową, to czy powinien zostać wyznaczony limit liczby godzin, za którą sekretarz trybunału otrzymuje wynagrodzenie?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**52,3%**	**45**
Nie	47,7%	41
Proszę o uwagi		9
liczba udzielonych odpowiedzi		**86**
liczba pominiętych pytań		**14**

42. Jeżeli wybrano ryczałt, to czy powinien być on związany z wartością przedmiotu sporu?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**53,5%**	**46**
Nie	46,5%	40
Proszę o uwagi		9
liczba udzielonych odpowiedzi		**86**
liczba pominiętych pytań		**14**

43. Jeżeli wybrano ryczałt, kto powinien określić kwotę ryczałtu dla sekretarza trybunału?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Strony	17,4%	15
Trybunał arbitrażowy	**57,0%**	**49**
Instytucja arbitrażowa	25,6%	22
Sekretarz trybunału	0,0%	0
	Proszę o uwagi	20
	liczba udzielonych odpowiedzi	**86**
	liczba pominiętych pytań	**14**

44. Jeżeli strony nie zgodziły się na powołanie sekretarza trybunału ze względu na koszty, czy mimo to trybunał arbitrażowy może powołać sekretarza, jeżeli gotowy jest ponosić koszty jego pracy?

	Udzielone odpowiedzi (%)	Liczba odpowiedzi
Tak	**76,7%**	**66**
Nie	23,3%	20
	Proszę o uwagi	13
	liczba udzielonych odpowiedzi	**86**
	liczba pominiętych pytań	**14**

CZĘŚĆ DRUGA

Sekretarz trybunału arbitrażowego – obowiązki i sposób powoływania

Alicja Zielińska*

Współczesne stosunki gospodarcze bywają nadzwyczaj złożone. Daje się to zaobserwować zarówno w ich sferze przedmiotowej, jak i podmiotowej. W konsekwencji także spory wynikające lub pozostające w związku ze stosunkami gospodarczymi charakteryzują się znacznym stopniem skomplikowania. Z jednej strony dotyczy to zagadnień prawnych podlegających ocenie, z drugiej zaś stanu faktycznego spraw i materiału dowodowego zaproponowanego przez strony. Nad sprawami gospodarczymi, które ostatecznie trafiają do arbitrażu, często pracują wieloosobowe zespoły prawników wspieranych m.in. przez prywatnych biegłych do spraw wyliczenia szkody, ekspertów z dziedziny mającej znaczenie dla rozstrzygnięcia konkretnego sporu, tłumaczy i pracowników biurowych. Zgodnie z oczekiwaniami użytkowników arbitrażu tak przygotowana sprawa powinna zostać rozstrzygnięta sprawnie, możliwie niskim kosztem i przede wszystkim szybko przez trybunał (sąd) arbitrażowy w składzie – co najczęściej spotykane – trzech arbitrów lub nawet arbitra jedynego.

Regulaminy arbitrażowe, jak również ustawodawstwo krajowe i umowy międzynarodowe – w zakresie, w jakim znajdują one odniesienie do postępowania arbitrażowego i orzeczeń w nim zapadłych – przewidują szereg mechanizmów, które mają na celu zwiększenie atrakcyjności arbitrażu poprzez m.in. określenie procedur i terminów dotyczących nominacji arbitrów, wprowadzenie instrumentów usprawniających postępowanie takich jak harmonogramy czy elastycznych taryf opłat, a w końcu efektywną procedurę stwierdzania wykonalności lub uznawania orzeczeń arbitrażowych. W praktyce międzynarodowego arbitrażu handlowego za sprzyjające realizacji wymienionych wyżej postulatów użytkowników arbitrażu uważa się także powołanie sekretarza trybunału arbitrażowego[1].

---

* Adwokat w Linklaters C. Wiśniewski i Wspólnicy Sp.k.

[1] Zob. m.in.: C. Partasides, N. Bassiri, U. Gantenberg, L. Bruton, A. Riccio, *Arbitral Secretaries*, w: *International Commercial Arbitration – The coming of a New Age?*, ICCA Congress Series, Kluwer Law International 2013, nr 17, s. 327–368, za: załącznik A do *Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries*, s. 26 i 27, http://www.arbitration-icca.org/media/0/14054083023530/aa_arbitral_sec_guide_composite_12_march_2014.pdf (dostęp: 18 listopada 2014 r.); E. Leimbacher, *Efficiency under the New ICC Rules of Arbitration of 2012: first glimpse at the new practice*, ASA Bulletin, vol. 31, nr 2 z 2013 r., s. 302–303; D. Jones, *Ethical implications of using paralegals and tribunal secretaries*, AMINZ-IAMA Dispute Resolution Conference 2013, 25–27 lipca 2013 r., Auckland, Australia, s. 251–262, http://www.victoria.ac.nz/law/nzacl/PDFS/SPECIAL%20ISSUES/HORS%20SERIE%20VOL%20XVII/19%20Jones.pdf (dostęp: 18 listopada 2014 r.); *Secretaries to international arbitral tribunals*, Joint Report of the International Commercial Disputes Committee and the Committee on Arbitration of the New York City Bar Association, w: „The American Review of International Arbitration", vol. 17, nr 4 z 2006 r., s. 575–592.

Kim zatem jest sekretarz trybunału arbitrażowego? Co jest wymagane dla jego powołania? Jak powinien zostać określony zakres jego obowiązków? Powyższe kwestie stanowią przedmiot niniejszego artykułu.

Kim jest sekretarz trybunału arbitrażowego?

Jako punkt wyjścia dla dalszych rozważań konieczne jest rozróżnienie dwóch bliskich językowo pojęć: sekretarza generalnego i sekretarza trybunału arbitrażowego. Tym pierwszym posłużono się w regulaminach wielu stałych sądów arbitrażowych dla oznaczenia jednego z organów sądu lub jego jednostki organizacyjnej, dla której odpowiedni akt erekcyjny instytucji arbitrażowej (statut) lub regulamin postępowania arbitrażowego zastrzega określone kompetencje. Przykładowo pojęcie „sekretarz generalny (sądu)" funkcjonuje na gruncie Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie[2] z 2007 roku, jak i nowego regulaminu KIG wchodzącego w życie 1 stycznia 2015 r.; podobnie pojęcie to jest używane w treści innych regulaminów arbitrażowych, w tym w Regulaminie Sądu Polubownego (Arbitrażowego) przy Związku Banków Polskich z 2012 roku („sekretarz sądu"), Regulaminie Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan z 2012 roku („sekretarz generalny"), Regulaminie Arbitrażowym Międzynarodowej Izby Handlowej z 2012 roku[3] („*secretary general*") czy Regulaminie Arbitrażowym Niemieckiego Instytutu Arbitrażowego (DIS) z 1998 roku[4] („*Generalsekretär*", „*secretary general*").

Pojęcie „sekretarz trybunału arbitrażowego" („*arbitral secretary*"[5], „*secretary of the arbitral tribunal*"[6]) w znaczeniu przyjętym na potrzeby niniejszej analizy – osoby przybranej do pomocy trybunałowi (sądowi) arbitrażowemu lub arbitrowi przewodniczącemu – nie zostało zdefiniowane w żadnym z wymienionych powyżej regulaminów arbitrażowych. Co więcej, w regulaminach tych nie odnajdziemy uregulowań dotyczących zasad powoływania i zakresu uprawnień sekretarza trybunału arbitrażowego, wymogów, jakim sprostać powinien kandydat na to stanowisko czy postanowień dotyczących wynagrodzenia za wykonywanie czynności sekretarza. Wyjątek w tym zakresie dotyczy Szwajcarskiego Regulaminu Międzynarodowego Arbitrażu z 2012 roku[7], który w art. 15 ust. 5 przewiduje, że „[p]o przeprowadzeniu konsultacji ze stronami zespół orzekający może powołać sekretarza. Do osoby pełniącej tę funkcję stosuje się artykuły 9 do 11"[8] (dotyczące niezależności i bezstronności arbitrów oraz ich wyłączenia). Także Regulamin Holenderskiego Instytutu Arbitrażowego z 2010 roku[9] reguluje kwestię powołania sekretarza trybunału arbitrażowego i odpowiedniego stosowania postanowień dotyczących niezależności i bezstronności arbitrów wobec sekretarza (art. 39)[10].

---

[2] Dalej także: „regulamin KIG".

[3] *Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce*; dalej także: „regulamin ICC".

[4] *Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.* (DIS).

[5] Cyt. za: *Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries*, którego tłumaczenie na język polski zostało opublikowane w tym numerze „Biuletynu Arbitrażowego"; terminem „sekretarz trybunału arbitrażowego" przyjętym w tymże tłumaczeniu posłużono się na potrzeby niniejszej publikacji.

[6] Cyt. za: *UNCITRAL Notes on organizing arbitral proceedings* z 1996 r., pkt 4, nb. 26; dalej także: „*Uwagi UNCITRAL dotyczące organizacji postępowania arbitrażowego*" lub „uwagi UNCITRAL".

[7] *Swiss Rules of International Arbitration*; dalej także: „SRIA".

[8] Cyt. za: oficjalne tłumaczenie SRIA przygotowane przez zespół arbitrażowy kancelarii GESSEL, J. Kuśmierz, P. Kwiatkowski, D. Staniszewska, I. Bukowińska, s. 54, https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_polish_2012.pdf (dostęp: 18 listopada 2014 r.).

[9] *Netherlands Arbitration Institute Arbitration Rules*, dalej także: „regulamin NAI".

[10] W oryginale: „*Article 39 – Tribunal Secretary; Technical Assistance; 1. At the request of the arbitral tribunal, the Administrator shall arrange for the presence of a lawyer who acts as the secretary to the arbitral tribunal. The provisions of Articles 10 and 11 shall apply accordingly to the secretary. 2. The arbitral tribunal may request the Administrator to arrange for technical assistance in the arbitral proceedings*".

W doktrynie wskazuje się, że sekretarzem trybunału arbitrażowego jest osoba, której funkcja polega na „pomocy trybunałowi w administracyjnych i podobnych zadaniach"[11]. Takie wsparcie, nawet w przypadku postępowań administrowanych przez instytucję arbitrażową, w komentarzu autorstwa profesorów A. Redferna i J.M. Huntera określone zostało jako „niezwykle cenne"[12]. Równocześnie podkreślić należy, że sekretarz nie jest członkiem zespołu orzekającego i nie może wykonywać – zastrzeżonych do wyłącznej kompetencji arbitrów – czynności związanych z rozstrzyganiem sporu. Jak wskazano w komentarzu do cytowanego powyżej art. 15 ust. 5 SRIA, obowiązki sekretarza są ograniczone do zadań o charakterze administracyjnym i pomimo tego, że sekretarz ma możliwość uczestniczyć w posiedzeniach oraz wspierać trybunał arbitrażowy w przygotowaniu wyroku, to nie może wywierać wpływu na proces decyzyjny prowadzący do rozstrzygnięcia sporu[13].

W *Uwagach UNCITRAL dotyczących organizacji postępowania arbitrażowego* z 1996 roku wyjaśniono natomiast, że:

> „[u]sługi administracyjne można zapewnić poprzez zatrudnienie sekretarza administracyjnego zespołu orzekającego [w oryginale: *„a secretary of the arbitral tribunal"* – przyp. autora] (zwanego także rejestratorem, sekretarzem [*„clerk"*], administratorem lub sprawozdawcą), który wykonuje zadania pod kierownictwem zespołu orzekającego. Niektóre instytucje arbitrażowe rutynowo wyznaczają takie osoby do administrowanych przez nie spraw. W arbitrażach nieadministrowanych przez instytucję arbitrażową lub w przypadku, gdy instytucja arbitrażowa nie wyznacza sekretarza, niektórzy arbitrzy często zatrudniają takie osoby, przynajmniej w niektórych sprawach, podczas gdy wielu innych po prostu prowadzi postępowanie bez nich"[14].

W samym zaś Regulaminie Arbitrażowym UNCITRAL z 2010 roku odnajdujemy regulacje, które można odnieść m.in. do sekretarzy. Artykuł 16 „Wyłączenie odpowiedzialności" stanowi, że „[z] zastrzeżeniem winy umyślnej, strony zrzekają się [...] wszelkich roszczeń wobec arbitrów, zespołu orzekającego oraz wszelkich osób powołanych przez zespół orzekający powstałych na skutek jakiegokolwiek działania lub zaniechania w związku z arbitrażem"[15], gdzie pod pojęciem „wszelkie osoby powołane przez zespół arbitrażowy" rozumie się m.in. sekretarza trybunału arbitrażowego[16]. Podobnie odwołać się można do art. 40 „Definicja kosztów", który w ust. 2 c wskazuje, że „[t]ermin „koszty" obejmuje wyłącznie [...] uzasadnione koszty doradztwa biegłych i wszelkiej innej pomocy wymaganej przez zespół orzekający"[17], czyli właśnie koszty obsługi administracyjnej, w tym pomocy sekretarza, wymaganej przez sąd arbitrażowy[18]. Niektórzy autorzy powołują się również na art. 5 Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL „Zastępstwo i pomoc" dla wykazania, że skoro każda strona może być wspomagana przez

---

[11] G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2014, s. 2042; w oryginale: *„The secretary is usually a junior lawyer whose mandate is to assist the tribunal with administrative and similar tasks"*.

[12] A. Redfern, J.M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press 2009, s. 301; w oryginale: *„Even in an administered arbitration, many detailed arrangements still fall to be made by the arbitral tribunal itself and the assistance of a secretary is extremely valuable"*.

[13] M. Lazopoulos, w: *Arbitration in Switzerland. The Practitioner's Guide*, red. M. Arroyo, Kluwer Law International 2013, s. 452, nb. 34.

[14] *Uwagi UNCITRAL*, pkt 4, nb. 26; tłumaczenie za: P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska, *Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL. Komentarz*, C.H. Beck 2011, załącznik nr 7, s. 669–670.

[15] Tłumaczenie za: P. Nowaczyk, A. Szumański *et al*., *op.cit*., s. 240.

[16] *Ibidem*, komentarz do art. 16 Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL, s. 243; tak też: C. Partasides, N. Bassiri *et al*., *op.cit*., za: załącznik A do *Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries*, s. 24.

[17] Tłumaczenie za: P. Nowaczyk, A. Szumański *et al*., *op.cit*., s. 509.

[18] *Ibidem*, komentarz do art. 40 Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL, s. 513, tak też: C. Partasides, N. Bassiri *et al*., *op.cit.*, za: załącznik A do *Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries*, s. 24.

wybrane przez nią osoby, to także zespół orzekający może przybrać do pomocy sekretarza[19].

Pewne wytyczne co do możliwości i zasad powołania sekretarza przewidują także inne akty o niewiążącym charakterze (*soft law*) lub wyjaśnienia przygotowane przez instytucje arbitrażowe. *Uwagi Międzynarodowej Izby Handlowej dotyczące powołania, obowiązków i wynagrodzenia sekretarzy administracyjnych* z 2012 roku[20], które zastąpiły wcześniejszą wersję *Uwag* z 1995 roku, wskazują wprost, że chociaż regulamin ICC nie reguluje kwestii związanych z powołaniem i sprawowaniem funkcji sekretarza, jego zaangażowanie „może dostarczyć użytecznej obsługi [w oryginale: *„useful service*" – przyp. autora] dla stron i Trybunału Arbitrażowego w arbitrażu ICC"[21]. W uwagach ICC dotyczących sekretarzy wskazano przy tym, że zaangażowanie sekretarza może mieć miejsce w przypadku trybunału arbitrażowego składającego się zarówno z trzech arbitrów, jak i z jednego arbitra. Dodatkowo wyjaśniono, że sekretarz może być powołany na każdym etapie postępowania, przy czym jego zaangażowanie nie może skutkować zwiększeniem obciążenia finansowego stron (wynagrodzenie sekretarza, poza zwrotem uzasadnionych kosztów, powinno być wypłacane z puli środków na wynagrodzenie arbitrów)[22]. W najnowszej publikacji dotyczącej tematyki sekretarzy trybunałów arbitrażowych, mającej charakter niewiążących wytycznych, *Wytyczne Young ICCA w sprawie sekretarzy trybunałów arbitrażowych*[23], wskazano, że sekretarz może zostać powołany dla wsparcia trybunału arbitrażowego, jeżeli przyczyni się to do „bardziej sprawnego rozstrzygnięcia sporu"[24].

Brak wyraźnej regulacji odnośnie do statusu sekretarza trybunału arbitrażowego w przeważającej większości regulaminów postępowania arbitrażowego nie stoi jednak na przeszkodzie praktyce międzynarodowego arbitrażu (handlowego), w której sekretarze trybunału arbitrażowego spotykani są stosunkowo często. Jak bowiem wynika z badania przeprowadzonego przez Queen Mary School of International Arbitration oraz White&Case w 2012 roku, z pomocy sekretarzy korzystano aż w 35% postępowań arbitrażowych. Ich powoływanie było bardziej popularne w przypadku trybunałów arbitrażowych składających się z arbitrów wywodzących się z systemów prawa cywilnego (kontynentalnego) – w takiej sytuacji w 46% postępowań arbitrażowych angażowani byli sekretarze. Natomiast w postępowaniach, w których dominujący był udział arbitrów z jurysdykcji *common law*, odsetek postępowań z udziałem sekretarzy sięgał 24%[25].

Zakres obowiązków sekretarza trybunału arbitrażowego

Jak wskazano powyżej, sama możliwość i celowość powołania sekretarza trybunału arbitrażowego nie budzą z punktu widzenia realizacji interesów użytkowników arbitrażu

[19] Tak: C. Partasides, N. Bassiri *et al*., *op.cit.*, za: załącznik A do *Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries*, s. 24.

[20] *ICC Note on the appointment, the duties and the remuneration of administrative secretaries* z 2012 r., dalej także: „uwagi ICC dotyczące sekretarzy".

[21] Uwagi ICC dotyczące sekretarzy, pkt 1; w oryginale: *„Administrative Secretaries can provide a useful service to the parties and Arbitral Tribunals in ICC arbitration*".

[22] Zob. E. Leimbacher, *op.cit.*, s. 302–303.

[23] *Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries*; dalej także: „wytyczne ICCA", http://www.arbitration-icca.org/media/0/14054083023530/aa_arbitral_sec_guide_composite_12_march_2014.pdf (dostęp: 18 listopada 2014 r.).

[24] Art. 1(1) wytycznych ICCA; w oryginale: *„An arbitral secretary should be appointed to support an arbitral tribunal where it considers that such appointment will assist it in resolving the dispute effectively and efficiently*".

[25] Dane za: *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*, Queen Mary Univestity of London – School of International Arbitration, White&Case, s. 11, http://www.whitecase.com/files/Uploads/Documents/Arbitration/Queen-Mary-University-London-International-Arbitration-Survey-2012.pdf (dostęp: 18 listopada 2014 r.).

obecnie większych kontrowersji. Za wciąż otwartą należy jednak uznać debatę dotyczącą zakresu kompetencji sekretarza, w której padają tak istotne pytania[26], jak:

- Czy sekretarzowi trybunału arbitrażowego może zostać powierzone przygotowanie wstępnego projektu zarządzeń i postanowień proceduralnych lub części wyroku?
- Czy zespół orzekający lub też poszczególni jego członkowie-arbitrzy mogą dyskutować o zagadnieniach merytorycznych stanowiących przedmiot sprawy z sekretarzem trybunału arbitrażowego?
- Czy sekretarz trybunału arbitrażowego może być obecny podczas narad zespołu orzekającego?
- Czy instytucje arbitrażowe powinny wprowadzić zamknięte katalogi zadań, jakie mogą zostać delegowane sekretarzowi trybunału arbitrażowego?

Problemy te dostrzeżono już w *Uwagach UNCITRAL dotyczących organizacji postępowania arbitrażowego* przygotowanych w 1996 roku, gdzie wskazano:

> „[j]eżeli zadania sekretarza mają charakter czysto organizacyjny (np. polegają na pozyskaniu sal konferencyjnych oraz świadczeniu lub koordynowaniu usług sekretarskich), nie budzą one kontrowersji. Niemniej jednak mogą wystąpić różnice poglądów w przypadku, gdy zadania te obejmują analizy prawne [*„legal research*"] lub inną profesjonalną pomoc na rzecz zespołu orzekającego (np. gromadzenie orzecznictwa lub opublikowanych poglądów doktryny w przedmiocie kwestii prawnych określonych przez zespół orzekający, sporządzenie streszczeń z orzecznictwa i publikacji, a czasem także sporządzanie projektów postanowień dotyczących trybu postępowania lub projektów pewnych części wyroku, w szczególności dotyczących stanu faktycznego sprawy). Poglądy lub oczekiwania mogą być różne, zwłaszcza w przypadku, gdy zadanie sekretarza jest podobne do profesjonalnych funkcji arbitrów. Taka rola sekretarza jest, zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny, niewłaściwa lub też jest właściwa wyłącznie pod pewnymi warunkami uzgodnionymi przez strony. Niemniej jednak zazwyczaj uznaje się za istotne zapewnienie niewykonywania przez sekretarza żadnej funkcji decyzyjnej zespołu orzekającego"[27].

Ta zamykająca cytowany fragment uwag UNCITRAL konkluzja jest szczególnie ważka. Brak możliwości delegowania przez arbitrów sekretarzowi trybunału arbitrażowego, nawet w części, kompetencji rozstrzygania sporu nie może bowiem budzić jakichkolwiek wątpliwości[28]. Niezależnie zatem od istniejących w doktrynie i praktyce międzynarodowego arbitrażu rozbieżności co do precyzyjnego zakresu uprawnień sekretarza trybunału arbitrażowego należy przyjąć, że jego mandat kończy się tam, gdzie rozpoczynają się funkcje decyzyjne sądu arbitrażowego powołanego do rozstrzygnięcia oznaczonego sporu. Jak już bowiem wskazano, sekretarz nie jest członkiem zespołu orzekającego i nie może zastępować arbitrów przy prowadzeniu postępowania dowodowego, analizie oraz ocenie stanowisk merytorycznych stron czy wreszcie przy wydawaniu rozstrzygnięcia w sprawie[29]. Wynika to z samego charakteru umocowania arbitra, które – będąc oparte na konstrukcji szczególnego zaufania stron do prywatnego sędziego – jest *intuitu personae*.

---

[26] Zob. D. Jones, *op.cit.*, s. 251–252 i powołana tam literatura (s. 261–262).

[27] Uwagi UNCITRAL, pkt 4, nb. 27; tłumaczenie za: P. Nowaczyk, A. Szumański *et al*., *op.cit.*, załącznik nr 7 tamże, s. 670.

[28] Zob. m.in.: G.B. Born, *op.cit.*, s. 2043–2044; A. Redfern, J.M. Hunter *et al*., *op.cit*., s. 300–302; A. Szumański, w: *System prawa handlowego. Arbitraż Handlowy*, tom 8, A. Szumański (red.), C.H. Beck 2010, s. 405, nb. 124–125; E. Onyema, *The role of the international arbitral tribunal secretary*", w: „The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration", vol. 9, nr 1 z 2005 r., s. 106–107; C. Partasides, *The fourth arbitrator? The roles of secretaries to tribunals in international arbitration*", w: „Arbitration International" z 2002 r., vol. 18, nr 2, s. 147–164 i powołana tam literatura.

[29] G.B. Born, *op.cit.*, s. 2043–2044.

Znajduje to swoje bezpośrednie odzwierciedlenie m.in. w uwagach ICC dotyczących sekretarzy, w których wskazano, że trybunał arbitrażowy w żadnym wypadku nie może delegować funkcji decyzyjnych sekretarzowi ani nawet nie powinien polegać na pracy sekretarza przy wykonywaniu jakichkolwiek istotnych obowiązków arbitrów[30]. Do problematyki tej odniesiono się także w wytycznych ICCA. W art. 1(4) tych ostatnich przewidziano, że każdy z arbitrów ponosi odpowiedzialność za niepowierzenie żadnej osobie trzeciej, w tym sekretarzowi, obowiązków znajdujących się w zakresie jego mandatu („*personal mandate*"). W tym kontekście przywołać należy także postanowienie art. 1 ust. 2 Kodeksu etyki arbitra Sądu Arbitrażowego przy KIG, który nakłada na arbitra obowiązek osobistego wykonywania swoich funkcji.

W ocenie autora można jednak – pod pewnymi warunkami – zaakceptować dopuszczenie sekretarza trybunału arbitrażowego nie tylko do niekontrowersyjnych, typowo administracyjnych zadań, ale również do innych zadań, w tym do udziału w posiedzeniach, sporządzania podsumowań z materiałów sprawy i przebiegu rozpraw, w tym z przesłuchania świadków, biegłych czy stron, korespondencji ze stronami, opracowania analiz prawnych czy nawet uczestniczenia w przygotowaniu fragmentów uzasadnienia wyroku. Za przyznaniem sekretarzowi uprawnień wykraczających poza *stricte* administracyjne zadania opowiedziano się także w wytycznych ICCA (art. 3).

Część z tych zadań, jako mieszczących się w katalogu uprawnień sekretarza trybunału arbitrażowego, wyraźnie wymieniono również w uwagach ICC dotyczących sekretarzy. Dotyczy to: przesyłania dokumentów i komunikacji w imieniu trybunału arbitrażowego, organizacji akt postępowania i odnajdywania dokumentów, organizacji rozpraw czy posiedzeń, jak i udziału w nich, obecności przy naradach („*attending* [...] *deliberations*"), przygotowaniu notatek, protokołów i pilnowaniu czasu np. ustnych wystąpień, przeprowadzaniu analiz prawnych i podobnych opracowań, weryfikacji cytatów, dat i odesłań w zarządzeniach proceduralnych i wyrokach oraz korekty pomyłek gramatycznych i w pisowni, jak również błędów w wyliczeniach[31]. Podkreślono przy tym, że powierzenie sekretarzowi przygotowania pisemnych dokumentów nie może zwalniać arbitrów z obowiązku osobistego zapoznania się z aktami i „sporządzenia każdej decyzji" („*to draft any decision*") trybunału arbitrażowego. W tym kontekście podnoszone są głosy, że zakres powyższych „organizacyjnych i administracyjnych zadań", przy których mogą asystować sekretarze, został sformułowany przez ICC zbyt restrykcyjnie[32]. Pamiętać jednak należy, że nie stanowi on części regulaminu ICC, a przy tym – w samym założeniu – nie jest to katalog zamknięty. W przypadku zaś wątpliwości co do zadań, jakie może wykonywać sekretarz, on sam lub też arbitrzy powinni zwrócić się do sekretariatu ICC[33].

Podsumowując tę część analizy, należy stwierdzić, że obowiązki sekretarza trybunału arbitrażowego można podzielić zasadniczo na trzy grupy[34]. Pierwsza obejmuje zadania o charakterze administracyjnym, takie jak przekazywanie i wyszukiwanie dokumentów z akt sprawy, koordynacja i aktualizacja terminarza arbitrów, zajmowanie się sprawami księgowymi i finansowymi związanymi z postępowaniem arbitrażowym, organizowanie sal

[30] Uwagi ICC dotyczące sekretarzy, pkt 2; w oryginale: „*Under no circumstances may the Arbitral Tribunal delegate decision-making functions to an Administrative Secretary. Nor should the Arbitral Tribunal rely on the Administrative Secretary to perform any essential duties of an arbitrator*". Zob. także: A. Redfern, J.M. Hunter *et al*., *op.cit*., s. 300–302.

[31] Uwagi ICC dotyczące sekretarzy, pkt 2.

[32] Tak: E. Leimbacher, *op.cit.*, s. 303; na marginesie odnotować należy wręcz emocjonalną polemikę, w jaką na tle poprzednio wydanych uwag ICC dotyczących sekretarzy z 1995 r. podjęli profesor Pierre Lalive, który poddał krytyce uwagi oraz ówczesny Sekretarz Generalny ICC – Eric Schwartz (zob. E.A. Schwartz, *On the subject of „Administrative Secretaries": A reply by Mr Eric Schwartz, Secretary General of the ICC Court*, „ASA Bulletin", vol. 14, nr 1 z 1996 r., s. 32–34 i wskazana tam publikacja autorstwa P. Lalive'a).

[33] Uwagi ICC dotyczące sekretarzy, pkt 2.

[34] Zob. *Checklist of issues prospective appointment of a secretary*, załącznik do *Secretaries to international arbitral tribunals*, Joint Report..., s. 593–594.

na potrzeby posiedzeń, a także rezerwacja lotów lub innych środków transportu, zakwaterowanie, tłumaczenia, transkrypcje. Ta grupa zadań w zasadzie nie budzi wątpliwości, przy czym podkreślenia wymaga, że w przypadku arbitraży instytucjonalnych obowiązki sekretarza trybunału arbitrażowego nie powinny się pokrywać z obsługą administracyjną postępowania zapewnianą już przez instytucję arbitrażową. Do drugiej grupy obowiązków (zadań) związanych z przebiegiem postępowania zaliczyć należy m.in. udział w posiedzeniach organizacyjnych, proceduralnych i merytorycznych, przygotowywanie projektów korespondencji dotyczącej spraw organizacyjnych oraz projektów zarządzeń proceduralnych. Również ta grupa obowiązków nie budzi obecnie sporów, poza – w pewnych przypadkach – ostatnią z wymienionych czynności. Trzecia grupa obowiązków sekretarzy związana jest natomiast z kwestiami merytorycznymi istotnymi dla rozstrzygnięcia sprawy i przygotowaniem wyroku. Zaliczyć do niej należy: przygotowywanie podsumowań stanowisk stron, analizę tłumaczeń i asystowanie przy kwestiach interpretacyjnych, dokonywanie analiz prawnych i badanie stanowisk orzecznictwa czy doktryny, udział w naradach arbitrów, przygotowywanie projektu fragmentów uzasadnienia wyroku. Co oczywiste, to właśnie ta ostatnia grupa obowiązków budzi wciąż najwięcej kontrowersji[35].

Podkreślenia wymaga jednak, że w otwartym katalogu zadań dla sekretarzy zaproponowanym w wytycznych ICCA (art. 3) wymieniono m.in. dokonywanie analiz prawnych, przygotowywanie projektów zarządzeń proceduralnych i przygotowanie projektu „odpowiednich części wyroku" (*„drafting appropriate parts of the award"*), a także udział w naradach arbitrów. Wytyczne ICCA z 2014 roku należy zatem uznać za zdecydowanie bardziej liberalne niż uwagi ICC dotyczące sekretarzy z 2012 roku. Co więcej, w trakcie badania przeprowadzonego przez Queen Mary School of International Arbitration i White&Case w 2012 roku co prawda jedynie 10% ankietowanych arbitrów wskazało, że powierzyło sekretarzowi trybunału arbitrażowego przygotowanie projektu części merytorycznej uzasadnienia wyroku, to jednak aż 70% arbitrów podało, że sekretarz trybunału arbitrażowego opracowywał projekty zarządzeń proceduralnych i niemerytorycznych części uzasadnienia wyroku. Powierzenie tych ostatnich zadań sekretarzom uznać należy za zyskujące coraz bardziej pozytywny odbiór środowiska arbitrażowego – aż 72% ankietowanych wskazało bowiem, że przygotowanie projektów zarządzeń proceduralnych i historycznych części wyroku powinno mieścić się w kompetencjach sekretarzy[36].

Powołanie sekretarza trybunału arbitrażowego

Przed podjęciem dalszej analizy rozróżnienia wymagają dwie sytuacje: pierwsza, w której w międzynarodowym arbitrażu sąd polubowny, mając na uwadze okoliczności sprawy, uznaje za celowe zaangażowanie do pomocy sekretarza, i druga, w której sekretarza do danej sprawy wyznacza instytucja arbitrażowa. Ta ostatnia sytuacja ma miejsce np. w przypadku arbitraży ICSID, na potrzeby których to sekretarz generalny wskazuje sekretarza i jest on uważany za pracownika Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych. Dalsze rozważania w tym zakresie znajdują się jednak poza przyjętymi ramami niniejszego opracowania, które koncentruje się na pierwszej z opisanych sytuacji.

W praktyce nie są odosobnione przypadki, w których arbitrzy, zwłaszcza prawnicy funkcjonujący w strukturach dużych kancelarii, korzystają z pomocy młodszych prawników przy szeregu czynności związanych z postępowaniem arbitrażowym, zaczynając od powierzenia im organizacji akt sprawy i koordynacji napływających pism, korespondencji i załączników, poprzez przygotowanie analiz prawnych, kończąc na opracowaniu fragmentów projektu uzasadnienia wyroku. Obowiązki te wykraczają zatem w wielu przypadkach poza zadania o charakterze czysto administracyjnym. Taka osoba, wykonu-

[35] Zob. C. Partasides, N. Bassiri *et al.*, *op.cit.*, za: załącznik A do *Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries*, s. 27–29, 44–45; *Survey Results*, załącznik B 2012, s. 62–63, wykresy 16–17 i *Survey Results*, załącznik C 2013, s. 76–80, wykresy 18–32.

[36] Dane za: *2012 International Arbitration Survey...*, s. 12.

jąc – zgodnie z instrukcjami i pod nadzorem arbitra – zadania pozostające w związku z postępowaniem arbitrażowym w konkretnej sprawie, pozostaje jednak anonimowa dla stron postępowania, a niejednokrotnie także dla pozostałych arbitrów. *De facto* pełni ona funkcję nieformalnego sekretarza wspierającego zespół orzekający lub arbitra przewodniczącego.

Wydaje się, iż dla zapewnienia transparentności postępowania arbitrażowego, jak również możliwie pełnej realizacji istotnych dla arbitrażu zasad – w tym poufności postępowania czy osobistego wykonywania obowiązków przez arbitrów – postulować należy, aby sądy arbitrażowe z większym entuzjazmem korzystały z możliwości formalnego zaangażowania sekretarza trybunału arbitrażowego. Jak to jednak uczynić?

Przepisy prawa dotyczące postępowania arbitrażowego i zapadłych w nich orzeczeń, a także regulaminy arbitrażowe zazwyczaj przyznają zespołowi orzekającemu szerokie uprawnienia do ukształtowania procedury w ramach dyskrecjonalnego uznania arbitrów. Jest to oczywiście rozwiązanie systemowo celowe, gdyż pozwala na zachowanie elastyczności postępowania arbitrażowego przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy i potrzeb sprawiedliwego, sprawnego i nie nadmiernie kosztownego rozstrzygnięcia sporu. Dla przykładu na gruncie nowego regulaminu KIG w § 4 ust. 1 wskazano, że „[w] zakresie nieuregulowanym w Regulaminie i w braku odmiennego uzgodnienia stron Zespół Orzekający prowadzi postępowania w sposób, jaki uzna za właściwy". Dalej zastrzeżono jednak, iż „[s]trony mogą w każdym czasie i w sposób wiążący dla Zespołu Orzekającego uzgodnić reguły postępowania odmienne niż te, które wynikają z Regulaminu, jeżeli nie narusza to bezwzględnie wiążących norm prawnych" (§ 4 ust. 2 nowego regulaminu KIG).

W konsekwencji w przypadku braku postanowień regulaminu arbitrażowego (lub umowy stron) w przedmiocie możliwości i sposobu powołania sekretarza trybunału arbitrażowego można – z pewną dozą ostrożności – przyjąć, że trybunał arbitrażowy jest uprawniony do powołania sekretarza w przypadku braku wyraźnej zgody stron, a nawet – co jednak budzi poważniejsze obiekcje – przy sprzeciwie jednej ze stron[37].

W tym kontekście należy także poddać analizie międzynarodowe standardy i dobre praktyki dotyczące powoływania sekretarzy.

SRIA, który w art. 15 ust. 5 wprost przewiduje możliwość powołania sekretarza, wprowadza konieczność konsultacji ze stronami przed jego powołaniem. Na tle tej regulacji w szwajcarskiej literaturze przedmiotu podaje się w wątpliwość możliwość powołania sekretarza, w przypadku gdy obie strony postępowania nie wyraziły zgody na propozycję zespołu orzekającego[38]. W świetle fundamentalnej dla arbitrażu zasady autonomii woli stron kierunkowo należy przyjąć, że w przypadku sprzeciwu obu stron postępowania co do powołania sekretarza sąd arbitrażowy powinien odstąpić od podjęcia tego kroku, nawet jeżeli teoretycznie ma taką możliwość w ramach szerokich dyskrecjonalnych uprawnień do kształtowania postępowania.

Opisane w uwagach ICC rozwiązania dotyczące sekretarzy idą dalej niż wymagania SRIA. Wskazują one, że pomimo braku procedury powołania sekretarza trybunału arbitrażowego w regulaminie ICC trybunał arbitrażowy powinien poinformować strony o swojej propozycji w tym przedmiocie i wyjaśnić, że strony mogą się nie zgodzić na powołanie sekretarza. Co więcej, w dokumencie tym zastrzeżono, że „sekretarz nie może być powołany w przypadku podniesienia sprzeciwu przez stronę"[39]. Natomiast

[37] Zob. G.B. Born, *op.cit.*, s. 2044; w oryginale: *„Absent such a provision or other contrary agreement by the parties, it is very likely that an arbitral tribunal would have the inherent power to appoint a secretary over one party's objection, although such a step would obviously need to be taken only exceptionally and with great care"*.

[38] M. Lazopoulos, *op.cit.*, s. 452, nb. 33 i powołana tam literatura.

[39] Uwagi ICC dotyczące sekretarzy, pkt 1; w oryginale: *„The Arbitral Tribunal shall make clear to the parties that they may object to such proposal and an Administrative secretary shall not be appointed if a party has raised an objection"*.

w raporcie przygotowanym przez International Commercial Disputes Committee i Committee on Arbitration of the New York City Bar Association[40] jako konieczne warunki skorzystania przez arbitrów z pomocy sekretarza trybunału arbitrażowego wskazano wymóg (i) ujawnienia tej okoliczności stronom postępowania i (ii) zgody stron w przedmiocie tak samego powołania sekretarza, jak i powierzonego mu zakresu obowiązków[41]. Zgody stron na powołanie sekretarza wymagają także wytyczne ICCA, które przewidują, że „[p]owołanie sekretarza trybunału następuje za wiedzą i zgodą stron" (art. 1(2)) (podobnie na gruncie wytycznych JAMS International – *Guidelines for use of clerks and tribunal secretaries in arbitrations*[42]).

Jak wynika z badania przeprowadzonego na potrzeby przywołanego powyżej raportu wśród arbitrów z międzynarodowym doświadczeniem, inicjatywa powołania sekretarza wychodzi najczęściej od arbitra przewodniczącego i – w szczególnie kompleksowych sprawach – zazwyczaj poprzedza wyznaczenie posiedzenia organizacyjnego. Z reguły arbitrzy zwracają się do stron o zgodę na powołanie sekretarza. Badanie ujawniło jednak sytuacje, w których sekretarze byli powoływani bez zgody stron, a w jednym przypadku nawet pomimo ich sprzeciwu[43]. W przeważającej liczbie spraw arbitrzy podawali do wiadomości stron tożsamość kandydata na sekretarza, a czasami nawet jego życiorys. Jak wskazano w raporcie, część arbitrów woli jednak dokonać wyboru sekretarza jednostronnie[44].

Analiza wskazanych powyżej rozwiązań w sposób jednoznaczny wskazuje, że podstawą umocowania sekretarza trybunału arbitrażowego jest jego wybór przez zespół orzekający w konkretnej sprawie[45]. To bowiem decyzja arbitrów o celowości powołania sekretarza uruchamia szereg dalszych czynności, w tym (i) co do zasady konsultacje ze stronami i poszukiwanie ich zgody na powołanie sekretarza[46]; (ii) wybór oznaczonej osoby na sekretarza[47]; (iii) dopełnienie przez kandydata na sekretarza wymogów stawianych przez arbitrów, strony czy też instytucję arbitrażową, w tym w szczególności złożenie stosownych oświadczeń o bezstronności i niezależności[48] oraz finalnie (iv) poinformowanie stron o powołaniu konkretnego sekretarza. Jak się wydaje, z uwagi na rolę i zakres obowiązków sekretarza trybunału arbitrażowego, w tym podejmowanie przez niego działań na podstawie instrukcji arbitrów i pod ich nadzorem, inicjatywa w zakresie powołania sekretarza powinna należeć do arbitrów, nie zaś do stron, choć w zagranicznej literaturze odnotowano w tym przedmiocie wyjątek[49].

Powyższa praktyka ma doniosłe konsekwencje. Może bowiem prowadzić do wniosku, że pomiędzy stronami postępowania a sekretarzem trybunału arbitrażowego nie powstaje odrębny stosunek prawny. Z punktu widzenia pozycji prawnej stron sekretarz trybunału arbitrażowego działałby zatem jako „podwykonawca" arbitrów. Umowny stosunek ist-

---

[40] *Secretaries to international arbitral tribunals*, Joint Report..., s. 575–592.

[41] *Ibidem*, s. 576.

[42] *Guidelines for use of clerks and tribunal secretaries in arbitrations*, http://www.jamsinternational.com/wp-content/uploads/JAMS-International-Clerks-Secretaries-in-Arbitrations.pdf (dostęp: 18 listopada 2014 r.).

[43] *Secretaries to international arbitral tribunals*, Joint Report..., s. 584.

[44] *Ibidem*, s. 584. Wspomnieć przy tym należy, że załącznik do tego raportu zawiera pomocną listę kwestii do rozważenia przed powołaniem sekretarza, *Checklist of issues prospective appointment of a secretary*, s. 593–594.

[45] Zob. także uwagi do art. 39 regulaminu NAI w: B. van der Bend, M. Leijten, M. Ynzonides, *A guide to the NAI Arbitration Rules: Including a Commentary on Dutch Arbitration Law*, Kluwer Law International 2009, s. 173.

[46] Zob. wytyczne ICCA, art. 1(2) i 1(3).

[47] Zob. *ibidem*, art. 2(1) i 2(2).

[48] Zob. *ibidem*, art. 2(3).

[49] E. Onyema, *op.cit*., s. 100 i 101, gdzie autorka wyjaśnia, że zgodnie z art. 749 księgi VI argentyńskiego krajowego kodeksu procedury cywilnej i gospodarczej z 1981 r. istnieje możliwość powołania sekretarza przez strony.

niałby natomiast pomiędzy sekretarzem trybunału arbitrażowego a zespołem orzekającym lub jednym z jego członków[50] i byłby ukształtowany w ramach np. umowy o pracę (tak stanie się najczęściej w przypadku skorzystania z pomocy pracownika kancelarii, z którą współpracuje arbiter) lub umowy świadczenia usług[51].

Podsumowując powyższe rozważania, stwierdzić należy, że pierwszym krokiem w kierunku uregulowania statusu sekretarza trybunału arbitrażowego – w braku odmiennych postanowień zawartych w regulaminie postępowania arbitrażowego, porozumieniu stron lub *lex loci arbitri* – powinno być potraktowanie możliwości powołania sekretarza trybunału arbitrażowego jako kwestii do konsultacji ze stronami podczas posiedzenia organizacyjnego[52] albo w ramach innych, z zasady pierwszych, czynności z udziałem stron. Za dobrą praktykę należy przy tym uznać utrwalenie wyniku konsultacji i faktu powołania sekretarza trybunału arbitrażowego w zarządzeniu proceduralnym lub regułach dotyczących przebiegu postępowania.

W ramach ustaleń poza zakresem zadań powierzonych sekretarzowi trybunału arbitrażowego rozważeniu powinny podlegać takie kwestie jak[53]:

- rozciągnięcie wymogów niezależności i bezstronności (dotyczących nie tylko arbitrów, ale zwykle także organów stałego sądu polubownego) na sekretarza trybunału arbitrażowego, a w konsekwencji także odpowiednie stosowanie procedury wyłączenia arbitra w odniesieniu do sekretarza. Co warte podkreślenia, wymogi w tym zakresie zostały wyraźnie sformułowane m.in. w SRIA (art. 15 ust. 5), regulaminie NAI (art. 39 ust. 1), uwagach ICC dotyczących sekretarzy (pkt 1) i wytycznych ICCA (art. 2(3));
- wymagane kompetencje i doświadczenie kandydata na sekretarza trybunału arbitrażowego. W badaniu przeprowadzonym przez C. Partasidesa, N. Bassiriego, U. Gantenberga, L. Brutona i A. Riccia najwięcej zwolenników zdobyło powołanie na sekretarza młodszego prawnika, w dalszej kolejności – na zbliżonym poziomie – uplasowali się aplikanci do zawodów prawniczych („*trainee lawyer*"), doświadczeni prawnicy i młodzi arbitrzy, w dalszej kolejności – jednakże przy zdecydowanym spadku liczby zwolenników tej opcji – studenci prawa i praktykanci („*paralegal*"), a w ostatniej kolejności – asystenci i sekretarki[54];
- wynagrodzenie za realizację zadań sekretarza trybunału arbitrażowego;
- wyłączenie (czy też ograniczenie) odpowiedzialności sekretarza trybunału arbitrażowego w stosunku do stron postępowania.

Na zakończenie należy rozważyć, czy regulacje dotyczące sposobu powoływania, zakresu obowiązków czy też wynagrodzenia sekretarza trybunału arbitrażowego powinny zostać szerzej uregulowane i jeżeli tak, to w jakiej formie. W tym zakresie z pomocą przychodzi badanie omówione w opracowaniu Partasidesa i in.[55], z którego wynika, że większość ankietowanych (57,4%) opowiedziała się za wprowadzeniem dodatkowej regulacji dotyczącej sekretarza trybunału arbitrażowego, jednakże zdecydowana większość była za wprowadzeniem takich regulacji w ramach niewiążących wytycznych czy przewodnika dobrych praktyk (78,5% ankietowanych), zamiast zmian na poziomie regulaminów arbi-

[50] Zob. E. Onyema, *op.cit*., s. 107–108.

[51] Kwestia odpowiedzialności sekretarza trybunału arbitrażowego leży poza zakresem niniejszego opracowania.

[52] Wytyczne ICCA w art. 1(3) przewidują, że trybunał arbitrażowy powinien możliwie wcześnie powiadomić strony o intencji powołania sekretarza.

[53] Zob. E. Onyema, *op.cit*., s. 100–104.

[54] C. Partasides, N. Bassiri *et al*., *op.cit*., za: załącznik A do *Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries*, s. 47 i *Survey Results*, załącznik B 2012, s. 57, wykres 6.

[55] C. Partasides, N. Bassiri *et al*., *op.cit.*, za: załącznik A do *Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries*, s. 34 i *Survey Results*, załącznik B 2012, s. 67, wykresy 26–28.

trażowych (tak odpowiedziało jedynie 13,8% ankietowanych). W opinii autora to pierwsze większościowe stanowisko uznać należy za uzasadnione.

*

Wiele argumentów przemawia nie tylko za możliwością korzystania przez zespoły orzekające lub arbitrów przewodniczących z pomocy sekretarza trybunału arbitrażowego, ale przede wszystkim potwierdza korzyści związane z jego powołaniem. Ustanowienie sekretarza będzie szczególnie celowe w dużych sporach, zwłaszcza o charakterze międzynarodowym, w których np. po jednej stronie postępowania występuje wiele podmiotów, stan faktyczny leżący u podstaw sprawy jest szczególnie skomplikowany lub po prostu niezwykle obszerny czy też gdy występują złożone kwestie prawne powiązane z różnymi porządkami prawnymi. W takich sytuacjach nawet w przypadku postępowań arbitrażowych administrowanych przez instytucje arbitrażowe pomoc prawidłowo nadzorowanego przez arbitrów sekretarza trybunału arbitrażowego może w znaczący sposób przyczynić się do dalszego usprawnienia postępowania, a w konsekwencji do jego przyśpieszenia lub obniżenia całkowitych kosztów. Uzasadnienie powołania sekretarza powinno być jednak każdorazowo poszukiwane z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy, w tym, co należy uznać za rekomendowaną praktykę, stanowiska stron.

Możliwość powołania sekretarza trybunału arbitrażowego należy uznać za rozwiązanie korzystne zarówno z perspektywy arbitrów, którzy w takim przypadku mogą skupić się na badaniu istotnych (merytorycznych) kwestii i rozstrzyganiu sporu bez konieczności angażowania dodatkowych sił i środków np. w intensywną korespondencję ze stronami przed rozprawą (dotyczącą najczęściej kwestii organizacyjno-technicznych)[56], jak i użytkowników arbitrażu, którzy zyskują dodatkową osobę, która czuwa nad zapewnieniem prawidłowego przebiegu postępowania. Formalne powołanie sekretarza trybunału arbitrażowego przyczynia się także do zwiększenia przejrzystości postępowania arbitrażowego w odróżnieniu od sytuacji, w których arbitrzy bez informowania stron, a niejednokrotnie także bez wiedzy pozostałych członków zespołu orzekającego, powierzają zadania o charakterze nie tylko *stricte* administracyjnym, ale także merytorycznym, innym osobom[57]. Obawy, jakoby powołanie sekretarza trybunału arbitrażowego – „*quasi*-czwartego arbitra"[58] – miało doprowadzić do rozmycia mandatu arbitra, należy oczywiście mieć na względzie. Nie powinny one jednak przeważać nad korzyściami dla zespołu orzekającego i stron postępowania, jakie przy spełnieniu pewnych warunków, przede wszystkim właściwie przeprowadzonym procesie selekcji kandydata na sekretarza oraz nadzorze nad wykonywanymi przez niego zadaniami, niesie zaangażowanie sekretarza.

Dodatkowym aspektem wymagającym uwzględnienia po stronie plusów praktyki powoływania sekretarzy trybunałów arbitrażowych jest walor edukacyjny tego instrumentu[59]. W cytowanym powyżej badaniu 21,6%[60] ankietowanych wskazało, że celem powołania sekretarza jest przygotowanie młodego prawnika do pełnienia funkcji arbitra i otwarcie sposobności zdobycia doświadczenia w arbitrażu z pierwszej ręki. Należy podzielić wnioski płynące z powyższego badania i w tym duchu życzyć młodym prawnikom, adeptom arbitrażu, rosnącej liczby powołań do roli sekretarza trybunału arbitrażowego.

---

[56] Zob. A. Redfern, J.M. Hunter *et al*., *op.cit*., s. 302.

[57] Zob. C. Partasides, N. Bassiri *et al*., *op.cit*., za: załącznik A do *Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries*, s. 26–29.

[58] Zob. C. Partasides, *The fourth arbitrator...*, s. 147–164.

[59] Zob. m.in.: A. Redfern, J.M. Hunter *et al*., *op.cit*., s. 263; E. Onyema, *op.cit*., s. 109.

[60] C. Partasides, N. Bassiri *et al*., *op.cit*., za: załącznik A do *Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries*, za: *Survey Results*, załącznik B 2012, s. 56, wykres nr 3.

Dopuszczalność przygotowania świadków w postępowaniu arbitrażowym

Piotr Bytnerowicz*
Emanuel Wanat*

1. Wstęp

Badania wskazują, że styl, w jakim świadek zeznaje, wpływa na ocenę jego zeznań niezależnie od tego, jaka jest ich treść. Przykładowo na wiarygodność świadków wpływają ton ich głosu, postawa, utrzymywanie kontaktu wzrokowego czy zwięzłość i precyzyjność wypowiedzi[1]. Świadkowie, którzy wiedzą, jak wygląda przebieg przesłuchania oraz jakie kwestie są dla sprawy istotne, wypadają w swoich zeznaniach bardziej przekonująco[2].

Nie ma więc wątpliwości, że odpowiednie przygotowanie świadka może pozytywnie wpłynąć na siłę oddziaływania jego zeznania. Dlatego przygotowywanie świadków w postępowaniach arbitrażowych stało się dość powszechne. Brak jest jednak jednoznacznych zasad. Jest to powodem wątpliwości, w jakim zakresie przygotowanie świadków w postępowaniu arbitrażowym jest dopuszczalne i czy istnieją jednolite reguły, wiążące we wszystkich postępowaniach arbitrażowych i dla wszystkich pełnomocników. Poglądy na ten temat różnią się w poszczególnych jurysdykcjach. W Polsce natomiast problematyka przygotowania świadków w postępowaniu arbitrażowym nie doczekała się jeszcze szerszego opracowania.

Niniejszy artykuł stanowi próbę podsumowania dominujących poglądów oraz spojrzenia na problematykę przygotowania świadków w postępowaniu arbitrażowym od strony praktycznej, przy uwzględnieniu polskich uwarunkowań.

2. Perspektywa międzynarodowa

Przygotowanie świadków stało się swoistym standardem w międzynarodowej praktyce arbitrażowej, w dużej mierze na skutek wpływów systemów *common law*. Powszechne stało się spotykanie ze świadkami celem opracowania pisemnych zeznań czy przygoto-

---

* Piotr Bytnerowicz jest adwokatem, a Emanuel Wanat – aplikantem adwokackim w dziale rozwiązywania sporów warszawskiego biura kancelarii White & Case P. Pietkiewicz, M. Studniarek i Wspólnicy sp.k. Piotr Bytnerowicz specjalizuje się m.in. w sporach budowlanych i arbitrażu.
Poglądy wyrażone w niniejszym artykule są osobistymi poglądami jego autorów i nie powinny być odczytywane jako stanowisko White & Case.

[1] Por. np. T.M.S. Neal, *Expert Witness Preparation: What does the Literature Tell Us?*, „The Jury Expert", marzec 2009.

[2] M.T. Boccaccini, T. Gordon, S.L. Brodsky, *Effects of witness preparation on witness confidence and nervousness*, „Journal of Forensic Psychology Practice" 2004, nr 3, s. 39–51, za: T.M.S. Neal, *op.cit.*, s. 44 i n.

wania ich do przesłuchania (często ograniczonego do *cross-examination*)[3]. Tymczasem standardy przygotowania świadków stosowane przez prawników z różnych stron świata były zróżnicowane. Było to prawdopodobnie jedną z głównych przyczyn, dla których kwestia ta została uregulowana w Regulaminie postępowania dowodowego IBA[4]. Zgodnie z art. 4.3 Regulaminu:

> „Dopuszczalne jest, aby Strona, członkowie jej władz, pracownicy, doradcy prawni lub inni przedstawiciele przesłuchiwali świadków lub potencjalnych świadków i omawiali z nimi ich przyszłe zeznanie".

Również *Wytyczne IBA dotyczące zastępstwa procesowego w międzynarodowym arbitrażu*[5] uznają przygotowanie świadków za dopuszczalne. Wytyczna 20 wskazuje, że pełnomocnik może pomagać świadkowi w przygotowaniu jego pisemnego zeznania. Zgodnie natomiast z wytyczną 24 pełnomocnik strony może się spotykać i komunikować ze świadkami w celu omówienia i przygotowania ich przyszłych zeznań, z tym zastrzeżeniem, że dowód z zeznań świadka ma odzwierciedlać własną wiedzę świadka na temat okoliczności sprawy. Regułę tę uzupełnia wytyczna 23, stanowiąca, że pełnomocnik nie może namawiać ani zachęcać świadka do składania fałszywych zeznań.

Komentarz do *Wytycznych IBA* wskazuje, że pełnomocnik strony może pomóc świadkowi w przygotowaniu zeznań, które będą składane podczas przesłuchania, w tym także przećwiczyć z nim pytania i odpowiedzi[6]. Przygotowanie świadka może także „[…] obejmować analizę procedury, w ramach której dojdzie do odebrania zeznań, jak również przygotowanie do udzielania odpowiedzi na pytania każdej ze Stron"[7]. W każdym wypadku podkreśla się jednak, że przygotowanie świadka nie może wpływać na autentyczność złożonych przezeń zeznań[8]. Podsumowując, zgodnie z podejściem przyjętym w *Wytycznych IBA* pełnomocnicy mogą zarówno poruszać ze świadkami kwestie techniki składania zeznań (np. ton i tempo wypowiedzi, kontakt wzrokowy), jak również zadawać im pytania, a nawet omawiać odpowiedzi. Pełnomocnikom nie wolno zaś zmierzać do zmiany zeznania świadka w warstwie merytorycznej (zeznanie świadka ma stanowić odzwierciedlenie jego własnej wiedzy, a nie informacji czy sugestii podanych mu przez pełnomocnika).

Przygotowanie świadka uznano również za dopuszczalne wprost w postanowieniach reguł arbitrażowych niektórych instytucji. Na przykład art. 20.5 Regulaminu Arbitrażowego LCIA stanowi:

> *„Subject to the mandatory provisions of any applicable law, rules of law and any order of the Arbitral Tribunal otherwise, it shall not be improper for any party or its legal representatives to interview any potential witness for the purpose of presenting his or her testimony in written form to the Arbitral Tribunal or producing such person as an oral witness at any hearing"*[9].

---

[3] Przykładowo J. Jenkins wskazuje, że stałą praktyką jest przeprowadzanie tzw. próbnych przesłuchań (*„mock cross-examination"*) – J. Jenkins, *International Construction Arbitration Law, Arbitration in Context Series*, tom 3, 2 edycja, rozdz. 12, *The Conduct of the Hearing*, KluwerArbitration, §12.04[B]; podobnie D.P. Roney zauważa: „[…] *it is clear that few, if any arbitral tribunals would consider proper witness preparation to be objectionable*", D.P. Roney, *Effective Witness Preparation for International Commercial Arbitration: A Practical Guide for Counsel*, „J. Intl. Arb." 20, 429, 430 (2003); por. też odnośnie do pisemnych zeznań świadków G. Von Segesser, *Witness Preparation in International Commercial Arbitration*, „20 ASA Bulletin" 2002, nr 2, s. 222–223.

[4] *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* z 29 maja 2010 r. (oficjalne tłumaczenie polskie: *Regulamin Postępowania Dowodowego IBA*, http://www.sadarbitrazowy.org.pl/upload/IBA_Rules_on_the_Taking_of_Evidence_in_International_Arbitration_-_wersja_polska.pdf).

[5] *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration* z 25 maja 2013 r. (oficjalne tłumaczenie polskie: *Wytyczne IBA dotyczące zastępstwa procesowego w międzynarodowym arbitrażu*, http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx).

[6] *Wytyczne IBA dotyczące zastępstwa procesowego w międzynarodowym arbitrażu* z 25 maja 2013 r., s. 23.

[7] *Ibidem.*

[8] *Ibidem.*

[9] *LCIA Arbitration Rules* z 1 października 2014 r.

Jednocześnie Regulamin Arbitrażowy LCIA zwraca uwagę na potrzebę uwzględnienia bezwzględnie obowiązujących przepisów właściwego prawa krajowego („*Subject to the mandatory provisions of any applicable law*"). Uwagę na tę kwestię zwracają również: art. 1.1 Regulaminu postępowania dowodowego IBA oraz *Wytyczne IBA*, które „[…] nie mają na celu uchylenia zastosowania przepisów imperatywnych, reguł wykonywania zawodu ani postanowień wybranego regulaminu arbitrażowego […]"[10].

Tymczasem wspomniane przepisy imperatywne i reguły wykonywania zawodu w różnych porządkach prawnych przyjmują niekiedy skrajnie odmienne podejście do kwestii przygotowania świadków. Różnice te mogą wpływać na sposób przygotowania świadków w postępowaniach arbitrażowych przez pełnomocników z różnych jurysdykcji. Można tu wyróżnić trzy główne nurty w podejściu do przygotowania świadków. Zgodnie z podejściem amerykańskim przygotowanie świadka jest dopuszczalne w szerokim zakresie, ograniczonym w zasadzie jedynie zakazem namawiania do składania fałszywych zeznań. Bardziej umiarkowane podejście prezentuje system angielski, który pozwala na ogólne przygotowanie świadka do procedury składania zeznań, ale nie dopuszcza „trenowania" świadka w składaniu zeznań w konkretnej sprawie. Niektóre zaś systemy kontynentalne (np. szwajcarski czy francuski) są z zasady przeciwne przygotowywaniu świadków, lecz dopuszczają je w postępowaniu arbitrażowym.

2.1. Podejście amerykańskie

Amerykańskie podejście dobrze ilustruje opinia Izby Dystryktu Kolumbii:

> *„A lawyer may not prepare, or assist in preparing, testimony that he or she knows, or ought to know, is false or misleading. So long as this prohibition is not transgressed, a lawyer may properly suggest language as well as the substance of testimony, and may – indeed, should – do whatever is feasible to prepare his or her witnesses for examination"*[11].

Zatem w praktyce amerykańskiej pełnomocnik może, a nawet powinien, podjąć wszelakie czynności zmierzające do należytego przygotowania świadka do przesłuchania. Nie może jedynie nakłaniać go do składania fałszywych zeznań. W konsekwencji stałą praktyką w USA jest szeroka współpraca pełnomocników stron ze świadkami. Doszło nawet do wykształcenia się osobnej branży konsultantów procesowych, czerpiących z wiedzy psychologicznej i socjologicznej, specjalizujących się w przygotowywaniu świadków do przesłuchań[12]. Wskazuje się, że branża ta wzięła swój początek z sukcesu socjologów wspierających prawników oskarżonych podczas wyboru ławy przysięgłych w procesie tzw. harrysburskiej siódemki (*Harrisburg Seven*). W procesie tym sądzono grupę aktywistów antywojennych sprzeciwiających się zaangażowaniu w wojnę w Wietnamie, oskarżonych m.in. o planowanie porwania ówczesnego doradcy ds. bezpieczeństwa narodowego USA, Henry'ego Kissingera. Miejscem procesu był Harrysburg w Pensylwanii, znany jako miasto politycznie konserwatywne[13]. Obrońcy zaangażowali zespół socjologów, którzy stworzyli demograficzną analizę Harrysburga. Na podstawie zebranych danych i sporządzonych przez socjologów profili obrońcy dokonali wyboru przysięgłych. Ostatecznie

[10] *Wytyczne IBA dotyczące zastępstwa procesowego w międzynarodowym arbitrażu* z 25 maja 2013 r. *Zakres zastosowania*, wytyczna 3.

[11] D.C. Bar Opinion 79 (1979), za: G. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, rozdz. 14, *Legal Representatives and Professional Responsibility in International Arbitration*, Kluwer Law International 2012, s. 265–266.

[12] N. LeGrande, K.E. Mierau, *Witness preparation and the trial consulting industry*, „Georgetown Journal of Legal Ethics" 2004, nr 17, s. 947–960. Autorki wskazują, że już w 2005 r. w USA było około 700 konsultantów procesowych i 600–800 firm specjalizujących się w konsultingu procesowym. Konsultanci procesowi są stowarzyszeni w American Society of Trial Consultants (ASTC), które m.in. przyjęło kodeks etyczny, organizuje konferencje i seminaria.

[13] F. Strier, D. Shestowsky, *Profiling the profilers: A study of the trial consulting profession, its impact on trial justice and what if anything, to do about it*, „Wisconsin Law Review" 1999, s. 444.

proces zakończył się uniewinnieniem oskarżonych, co przypisuje się m.in. wysiłkom socjologów[14].

Obecnie zakres zaangażowania amerykańskich konsultantów procesowych jest istotnie szerszy niż tylko pomoc w wyborze przysięgłych. Ich usługi obejmują m.in. doradztwo dotyczące choćby takich aspektów jak sposób mówienia świadka czy jego ubiór[15]. Konsultanci procesowi przygotowują również potencjalne pytania i odpowiedzi, zaznajamiają świadków z przebiegiem postępowania czy organizują próbne przesłuchania (*mock trials*)[16].

W USA spotyka się poglądy, że takie metody przygotowywania świadków (niezależnie od tego, czy stosowane przez konsultantów czy prawników) nie tylko nie utrudniają wymierzania sprawiedliwości, lecz wręcz je wspomagają. Jak wskazał Sąd Najwyższy Północnej Karoliny w wyroku w sprawie *State v. McCormick*:

> *„It is not improper for an attorney to prepare his witness for trial, to explain the applicable law in any given situation and to go over before trial the attorney's questions and the witness' answers so that the witness will be ready for his appearance in court, will be more at ease because he knows what to expect, and will give his testimony in the most effective manner that he can. Such preparation is the mark of a good trial lawyer* […] *and is to be commended because it promotes a more efficient administration of justice and saves court time."*[17].

Poza kwestiami wskazanymi w wyroku w sprawie *State v. McCormick* istotne są też inne korzyści płynące ze współpracy pełnomocnika ze świadkiem. Przede wszystkim przepytanie świadka pozwala pełnomocnikowi na zweryfikowanie jego wiedzy na temat istotnych okoliczności i – co się z tym bezpośrednio wiąże – przydatności danego świadka. W konsekwencji daje to pełnomocnikowi możliwość dokonania świadomego i rzetelnego wyboru świadków, jakich zamierza w sprawie powołać. Mając powyższe na uwadze, zgodnie z podejściem prezentowanym w USA to nieprzygotowanie świadka (a nie jego przygotowanie) może być uznane za niezgodne z zasadami wykonywania zawodu:

> „[…] *lawyers who fail to conduct jury research or engage in other trial preparation techniques could leave themselves open to malpractice claims*"[18].

2.2. Podejście angielskie

Odmienne podejście zaprezentował angielski Sąd Apelacyjny w sprawie *R v. Momodou*[19]. Sąd ten dokonał rozróżnienia pomiędzy trenowaniem świadka (*witness coaching*), uznając je za niedopuszczalne, a dozwolonym zaznajamianiem świadka ze specyfiką składania zeznań (*witness familiarization*).

Sąd uznał w tej sprawie, że zakaz trenowania świadków jest logiczną konsekwencją zasady procesowej, zgodnie z którą świadek nie może znać zeznań innego świadka[20]. Celem tej zasady jest, aby zeznanie świadka nie uległo zniekształceniu na skutek rozmów z innymi osobami („*The witness should give his or her own evidence, so far as practicable*

[14] *Ibidem.* Por. też opracowanie socjologa J. Schulmana, który nadzorował grupę specjalistów harrysburskich: J. Schulman et al., *Recipe for a Jury*, „Psychology Today" 1973, s. 37–44, 77–84.

[15] *Ibidem,* s. 445.

[16] N. LeGrande, K.E. Mierau, *op.cit.*, s. 947–960.

[17] Wyrok Sądu Najwyższego Północnej Karoliny z 4 grudnia 1979 r., *State v. McCormick*, 259 S.E.2d 880, 882 (N.C. 1979).

[18] M. Neil, *Practice Makes Perfect: Mock Trials Gain Ground as a Way to Get Inside Track in Real Trial*, 89 A.B.A.J. 34 (2003), za: N. LeGrande & K.E. Mierau, *op.cit.*, s. 948.

[19] Wyrok Court of Appeal (Criminal Division) w sprawie *R v. Momodou* z 2 lutego 2005 r., [2005] EWCA Crim 177.

[20] *R v. Momodou*, § 61.

uninfluenced by what anyone else has said, whether in formal discussions or informal conversations"[21]). W ocenie sądu ryzyko zniekształcenia zeznania jest zaś inherentne z przygotowaniem świadka:

> *„An honest witness may alter the emphasis of his evidence to accommodate what he thinks may be a different, more accurate, or simply better remembered perception of events. A dishonest witness will very rapidly calculate how his testimony may be "improved"* […] *Recollections change. Memories are contaminated*"[22].

Sąd wskazał, że na skutek treningu świadkowie, świadomie lub nie, mogą zmieniać swe zeznania, tak że *de facto* przestają one być ich zeznaniami. Dlatego trenowanie świadków może w ocenie sądu mieć negatywny wpływ na wartość dowodową zeznania. Z tych względów sąd uznał, że trenowanie świadków w związku z konkretną sprawą jest w sprawach karnych zabronione (*„So we repeat, witness training for criminal trials is prohibited"*)[23].

Sąd dopuścił natomiast przygotowanie świadków polegające na ich zaznajomieniu z procedurą przesłuchania. Sąd uznał takie przygotowania za przydatne, wskazując, że mogą pomóc świadkom ograniczyć stres związany z przesłuchaniem czy uniknąć zaskoczenia związanego z przebiegiem przesłuchania[24]. Zgodnie ze wskazówkami wyrażonymi w wyroku dozwolone zaznajamianie świadka może obejmować m.in. takie czynności, jak zapoznawanie z rozkładem sali sądowej, porządkiem czynności przesłuchania czy wyjaśnieniem roli poszczególnych uczestników postępowania. Dopuszczalne jest także m.in. omawianie techniki składania zeznań, w tym tonu głosu, zwięzłości wypowiedzi, właściwej postawy czy ubioru. Chodzi tu więc o takie przygotowania, które pomagają świadkowi odnaleźć się w czasie przesłuchania oraz pozytywnie wpływają na styl jego wypowiedzi, lecz nie mają wpływu na treść zeznań. Sąd podkreślił, że przygotowanie świadków nie może odbywać się w kontekście toczącego się lub potencjalnego przyszłego postępowania sądowego:

> *„The critical feature of training of this kind is that it should not be arranged in the context of nor related to any forthcoming trial, and it can therefore have no impact whatever on it*"[25].

Wytyczne określone w wyroku w sprawie *R v. Momodou* znalazły odzwierciedlenie w angielskich zasadach etyki zawodowej. W art. 705a kodeksu etycznego angielskich barristerów przyjęto zakaz trenowania świadka w kontekście postępowania dowodowego w konkretnej sprawie[26]. W wytycznych dotyczących przygotowywania świadków z 2005 roku wskazano natomiast, że próbne przesłuchania (*mock trials*) czy przećwiczenie poszczególnych linii przesłuchania są niedopuszczalne:

> *„Mock cross-examination or rehearsals of particular lines of questioning that counsel proposes to follow are not permitted…* [A Barrister's] *duty is to extract the facts from the witness, not to pour into them; to learn what the witness does know, not to teach him what he ought to know*"[27].

Wyrok w sprawie *R v. Momodou* zapadł na gruncie postępowania karnego. Co więcej, w uzasadnieniu wyroku sąd dwukrotnie wyraźnie zastrzegł, że trenowanie świadków (*training or coaching for witnesses*) jest niedozwolone w postępowaniu karnym

[21] *Ibidem*.
[22] *Ibidem*.
[23] *Ibidem*.
[24] *Ibidem*, § 62.
[25] *Ibidem*.
[26] Code of conduct of the Bar Council of England and Wales, t. II, art. 705a: *„A Barrister must not rehearse, practice or coach a witness in relation to his evidence".*
[27] *Guidance on Preparation of Witness Statements – Preparing Witness Statements for Use in Civil Proceedings – Dealings with Witnesses*, październik 2005 – English Bar, za: E. Lewis, Witness preparation: What is ethical, and what is not, Litigation t. 36, nr 2, 2010, s. 41.

(por. § 61 wyroku). Pomimo tego z uwagi na brak orzeczeń na ten temat na gruncie postępowania cywilnego w punkcie 11 wytycznych angielskiej komisji standardów zawodowych[28] wskazano, iż ogólnymi zasadami określonymi w tym wyroku należy się kierować również w sprawach cywilnych. Potencjalnie daleko idące skutki wyroku w sprawie *R v. Momodou* także dla postępowań o charakterze cywilnym wskazywano też w literaturze[29]. Zatem mimo że nic w treści wyroku w sprawie *R v. Momodou* nie świadczy o tym, że określone w nim reguły miałyby znajdować zastosowanie również poza postępowaniem karnym (jest raczej wręcz przeciwnie), stanowi on wskazówkę dla pełnomocników angielskich, zarówno w postępowaniach karnych, jak i cywilnych (w tym i arbitrażowych).

2.3. Podejście kontynentalne

W praktyce niektórych państw Europy kontynentalnej przygotowanie świadków było przez długi czas albo zakazane przez obowiązujące przepisy prawa (za niedopuszczalne uznawano np. kontaktowanie się ze świadkami[30]), albo uznane za niezgodne z zasadami etyki zawodowej[31].

We Francji zakaz przygotowywania świadka wywodzi się z tradycji prawnej, w której sędzia pełnił rolę inkwizycyjną, samodzielnie poszukując prawdy, w tym m.in. poprzez przesłuchiwanie świadków[32]. W takim modelu przygotowanie świadka było niepożądane. W Szwajcarii natomiast w art. 12(a) prawa federalnego o swobodnym przepływie prawników[33] zawarto klauzulę generalną, zgodnie z którą pełnomocnik powinien wykonywać swoje obowiązki sumiennie i rzetelnie. Z klauzuli tej w orzecznictwie wywiedziono postulat, iż spotykanie się pełnomocnika ze świadkiem jest dopuszczalne jedynie w najbardziej wyjątkowych sytuacjach, gdy pełnomocnik nie może w inny sposób uzyskać informacji na temat sprawy czy ocenić ryzyka powoływania danego świadka[34]. Podobnie w art. 7 szwajcarskich *Zasad etyki zawodowej* przygotowanie świadka uznano za niedopuszczalne[35].

Jednakże z uwagi na to, że przygotowywanie świadków stawało się coraz powszechniejszą praktyką w arbitrażu międzynarodowym, podejście kontynentalne ulegało zmianom i zaczęto dopuszczać przygotowanie świadków w arbitrażu[36]. I tak w uchwale z 26 lutego

[28] *Guidance on Witness Preparation of the Professional Standards Committee of the Bar Council*.

[29] C. Lightfoot, C. Benson, *Wanted: An Ethical Compass*, t. 1, nr 3, „Global Arbitration Review" 2006.

[30] B. Hanotiau, *The conduct of the hearings*, w: L.W. Newman, R.D. Hill, *The leading Arbitrator's Guide to International Arbitration*, 2d, Huntington Juris Publishing 2008, s. 359–365.

[31] Zob. np. art. 13 Kodeksu Etyki Zawodowej Izby Genewskiej, art. 8 Zasad Wykonywania Zawodu, Nadzoru nad Obowiązkami Prawników i Szkoleniu Aplikantów Prawniczych Izby Austriackiej, za: D.P. Roney, *Effective Witness Preparation for International Commercial Arbiration*, KluwerArbitration; w prawie francuskim zakaz wywodzony jest z orzecznictwa – zob. J. Paulsson, *Standards of Conduct for Counsel in International Arbitration*, „3 American Review International Arbitration", 214, 216, 1992, za: D.P. Roney, op.cit.

[32] F. von Schlabrendorff, *Interviewing and Preparing Witnesses for Testimony in International Arbitration proceedings: The quest for Developing Transnational Standards of Lawyers' Conduct*, KluwerArbitration, pkt 2.3; zob. również Van Houtte, *Counsel–Witness Relations and Professional Misconduct in Civil Law Systems*, „Arbitration International" 19 (2003), 457, 458.

[33] *Federal Act on the Freedom of Movement for Lawyers* z 23 czerwca 2000, 935.61 (wersja angielska: http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/en_switzerland_feder1_1188890158.pdf).

[34] F. von Schlabrendorff, *op.cit.*, pkt 2.6, powołane orzeczenie ZR95/1 996 Nr. 43, 131–132 E.1 i orzeczenia tam powoływane.

[35] *Swiss Rules on Professional Ethics*, za: C. Oetiker, *Witness before the International Arbitral Tribunal*, KluwerArbitration; autor wskazuje, że zakaz ten nie znajduje zastosowania w międzynarodowym arbitrażu.

[36] P. Bienvenu, M.J. Valasek, w: D. Bishop, E.G. Kehoe (red.), *The art of advocacy in international arbitration*, edycja 2, Juris Net (cytując:) B. Hanotiau, *The conduct of the hearings*, w: L.W. Newman, R.D. Hill, *The leading Arbitrator's Guide to International Arbitration*, 2d, Huntington Juris Publishing 2008, s. 359–365.

2008 r. Izba paryska wprost dopuściła przygotowanie świadka przez francuskich pełnomocników w postępowaniu arbitrażowym:

> *„Within the scope of international arbitration proceedings before tribunals situated in France or in other countries, a lawyer shall evaluate the appropriateness and trustworthiness of the testimony given in order to support his client's action by observing all applicable rules of procedure.*
>
> *In the same context, the manner in which a lawyer prepares a witness for a hearing shall not be contrary to the code of conduct of the legal profession and shall be in line with established and accepted practice in proceedings in which a lawyer acts in this capacity as a defence counsel"*[37].

Także podejście w praktyce szwajcarskiej uległo złagodzeniu. Wskazuje się, że ograniczenia dotyczące kontaktów ze świadkiem przewidziane przez szwajcarskie prawo znajdują zastosowanie jedynie o tyle, o ile nie kolidują z właściwymi regułami arbitrażowymi[38]. Regułę tę wywodzi się m.in. z art. 182(2) szwajcarskiego prawa prywatnego międzynarodowego, które przewiduje swobodę trybunału arbitrażowego w określaniu reguł postępowania, a także z art. 7 kodeksu etyki zawodowej, na mocy którego do przygotowania świadków zastosowanie znajdują stosowne reguły arbitrażowe. Przykładem takich reguł są *Szwajcarskie reguły międzynarodowego postępowania arbitrażowego*, gdzie w art. 25.2 podkreślono wyraźnie: *„It is not improper for a party, its officers, employees, legal advisors, or counsel to interview witnesses, potential witnesses, or expert witnesses"*[39].

Kwestia nie została natomiast uregulowana w niemieckim porządku prawnym (wcześniejsze uregulowania[40], które odnosiły się do tej kwestii, zostały uchylone). Obecnie ani prawo federalne dotyczące zawodów prawniczych (*Bundesrechtsanwaltsordnung*), ani też zbiór zasad etyki zawodowej (*Berufsordnung der Rechtsanwälte*), nie zawierają szczególnych przepisów na ten temat[41]. Zagadnienie to nie jest też szerzej omawiane w niemieckiej doktrynie. Nieliczni komentatorzy podnoszą, że wobec braku jakichkolwiek ograniczeń w przepisach prawa i zasadach etyki kontaktowanie się ze świadkami jest dopuszczalne[42]. Podobnie sytuacja wygląda w Austrii, gdzie do 2005 roku obowiązywały restrykcyjne zasady dotyczące kontaktów ze świadkami, które zostały następnie istotnie zmienione. Zgodnie ze znowelizowanym w 2005 roku art. 8 austriackiego kodeksu etyki zawodowej (*Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs*) austriaccy pełnomocnicy mogą kontaktować się ze świadkami zarówno przed procesem, jak i w jego trakcie, z tym zastrzeżeniem, że nie wolno im na nich wywierać niewłaściwego wpływu[43].

3. Perspektywa polska

3.1. Uwagi wprowadzające

W Polsce brak jest jakichkolwiek szczegółowych uregulowań dotyczących przygotowania świadków w postępowaniu arbitrażowym. Można więc powiedzieć, że sytuacja w Polsce jest zbliżona do panującej obecnie w Niemczech[44].

---

[37] Za: F. von Schlabrendorff, *op.cit.*, pkt II.2.3.
[38] *Ibidem*, pkt II.2.6.
[39] *Swiss Rules of International Arbitration* z 2012 r.
[40] *Grundstätze des anwaltlichen Standesrechts* 1973.
[41] F. von Schlabrendorff, *op.cit.*, pkt II.2.4.
[42] *Ibidem.*
[43] *Ibidem*, pkt II.2.5.
[44] Por. ostatni akapit rozdz. 2 powyżej.

Ani kodeks etyki adwokackiej[45], ani kodeks etyki radcy prawnego[46] nie zawierają przepisów dotyczących wprost kwestii przygotowania świadków. Cześć piąta kodeksu postępowania cywilnego, dotycząca arbitrażu, jak i ogólne przepisy kodeksu postępowania cywilnego także milczą na ten temat. To samo dotyczy regulaminów stałych sądów polubownych, takich jak Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej, Sąd Arbitrażowy przy Konfederacji Lewiatan czy Sąd Polubowny Adwokatury Polskiej i Sąd Polubowny przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie.

Orzecznictwo dotyczące kontaktów adwokatów ze świadkami, które, jak się wydaje, ukształtowało panujące wśród niektórych przeświadczenie o niedopuszczalności spotkań ze świadkami, liczy już sobie pół wieku i dotyczy *stricte* postępowania karnego. Z tej przyczyny poglądy wyrażone w tych orzeczeniach nie przystają do specyfiki postępowania arbitrażowego (o czym poniżej). Zagadnienie przygotowania świadków nie doczekało się również głębszej analizy w doktrynie. Podejście do tego tematu wśród praktyków wydaje się natomiast niejednolite[47].

3.2. Pogląd o niedopuszczalności kontaktów adwokatów ze świadkami

3.2.1. Orzecznictwo dyscyplinarne

W latach sześćdziesiątych ubiegłego wieku zapadło kilka orzeczeń dyscyplinarnych wyrażających pogląd, że – najogólniej rzecz ujmując – kontakty adwokatów ze świadkami są niewłaściwe[48]. Tytułem przykładu w orzeczeniu z 23 listopada 1968 r. Sąd Najwyższy uznał:

> „Wdawanie się adwokata w rozmowę ze świadkami na temat sprawy przed rozprawą sądową, a przede wszystkim formułowanie wypowiedzi świadka (dyktowanie pisma) albo też udzielenie rady świadkowi, jak ma uzasadniać odwołanie lub zmianę swoich zeznań, jako utrudniające wykrycie prawdy obiektywnej, stanowi niedopuszczalną formę wykonywania obowiązku obrońcy"[49].

Z kolei w orzeczeniu dyscyplinarnym wydanym 25 stycznia 1964 r. Sąd Najwyższy wskazał, że:

> „Omawianie przez obrońcę oskarżonych ze świadkiem zgłoszonym przez stronę oskarżycielską treści oświadczenia czy podania, jakie świadek ten ma złożyć sądowi ze względu na potrzeby obrony klienta adwokata, jest poważnym przewinieniem, szczególnie jaskrawo kolidującym z zasadami godności i etyki adwokackiej"[50].

Najdalej idący pogląd Sąd Najwyższy wyraził w orzeczeniu z 24 listopada 1962 roku, w którym uznał, że już samo zaproszenie (czy – jak to ujął Sąd Najwyższy – „wezwanie") do zespołu adwokackiego osób, które mają złożyć zeznania w charakterze świadków,

---

[45] Tekst jednolity *Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu* (kodeksu etyki adwokackiej) ogłoszony obwieszczeniem Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 14 grudnia 2011 r. wydanym na podstawie uchwały NRA nr 52/2011 z 19 listopada 2011 r.

[46] Tekst jednolity Kodeksu Etyki Radcy Prawnego ogłoszony uchwałą Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych nr 8/VIII/2010 z 28 grudnia 2010 r.

[47] Por. np. *Pouczanie świadków: codzienność na bakier z zasadami etyki adwokackiej. Co zmieni nowy model procesu karnego?* „Gazeta Prawna" z 24 stycznia 2014 r., http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/772935,pouczanie-swiadkow-codziennosc-na-bakier-z-zasadami-etyki-adwokackiej-co-zmieni-nowy-model-procesu-karnego.htm.

[48] Por. orzeczenie Wyższej Komisji Dyscyplinarnej z 18 marca 1961 r., WKD 139/60, „Palestra" 1961, nr 5, s. 133; wyrok Sądu Najwyższego z 24 listopada 1962 r., R. Adw. 29/62, „Palestra" 1963, nr 3, s. 87; wyrok Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1964 r., R. Adw. 75/63, „Palestra" 1964, nr 6, s. 79; wyrok Sądu Najwyższego z 23 listopada 1968 r., RAD 15/68, „Palestra" 1969, nr 3, s. 79.

[49] Wyrok Sądu Najwyższego z 23 listopada 1968 r., RAD 15/68, „Palestra" 1969, nr 3, s. 79.

[50] Wyrok Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1964 r., R. Adw. 75/63, „Palestra" 1964, nr 6, s. 79.

w celu odbycia z nimi rozmowy „[…] stwarza pozór «urabiania świadków» przez adwokata i wywierania wpływu na kształtowanie biegu sprawy, sprzecznego z obowiązującym porządkiem prawnym"[51].

Przytoczone powyżej orzeczenia dyscyplinarne Sądu Najwyższego słusznie poddano krytyce we współczesnej literaturze, wskazując m.in., że „[…] samo formułowanie przez adwokata wypowiedzi świadka nie jest przecież czynem wypełniającym znamiona jakiegokolwiek przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości"[52]. Tym bardziej nie ma nic nieetycznego w samym kontaktowaniu się ze świadkiem przed rozprawą. Przeciwnie, jak wskazuje A. Bojańczyk:

> „Trudno zaś dopatrzyć się czynu wypełniającego znamiona deliktu dyscyplinarnego w zachowaniu polegającym na zgodnym z prawem działaniu adwokata mającym na celu ochronę interesów klienta. Trzeba podkreślić, że nie ma nic nagannego w pozaprocesowym kontakcie adwokata (radcy prawnego) ze świadkiem, i to nawet wtedy, gdy «omawia» on czy «formułuje» niektóre fragmenty depozycji świadka, dopóki tego typu «omawianie» czy «formułowanie» nie wkracza we wrażliwą materię utrudniania lub udaremniania postępowania karnego"[53].

W naszej ocenie w omawianych orzeczeniach Sądu Najwyższego, które dotyczyły przecież konkretnych szczegółowych stanów faktycznych, sformułowano zbyt ogólnikowe i daleko idące tezy, które dają pole do nadinterpretacji. Kwestia naruszenia zasad etyki musi być zaś analizowana indywidualnie, przy uwzględnieniu okoliczności każdej sprawy. Niewykluczone, że niektóre (lub wszystkie) zachowania, które legły u podstaw omawianych orzeczeń Sądu Najwyższego, i dziś mogłyby zostać uznane za naruszenie zasad etycznych (choć nie jest to przedmiotem naszej analizy), jednakże nie z tego powodu, że adwokat nawiązał kontakt ze świadkiem. Np. z uzasadnienia wyroku z 23 listopada 1968 r. wynika, że zachowanie adwokata polegało na tym, że podyktował on osobie będącej świadkiem (prawdopodobnie będącej jednocześnie pokrzywdzoną) oświadczenie o wycofaniu doniesienia o popełnieniu przestępstwa przeciwko jego klientowi, nie konsultując z nią tego. W toku postępowania dyscyplinarnego świadek zeznała: „[…] adwokat wyprosił matkę z pokoju i wówczas prawie w całości podyktował mi treść pisma […] Adwokat o nic mnie nie pytał […] Ja, pisząc pod dyktando, nie zgłaszałam żadnego sprzeciwu; w ciągu całego pisania udzieliłam adwokatowi tylko jednej informacji […]". Jeżeli więc w tym przypadku doszło do naruszenia zasad etyki, to nie przez sam fakt spotkania ze świadkiem czy sformułowania jego wypowiedzi. Naruszenie zasad etyki mogło raczej polegać na sformułowaniu oświadczenia świadka na potrzeby sprawy, nie zważając na stanowisko oraz interesy osoby zainteresowanej, oraz na udzieleniu swoistej porady prawnej osobie, której interesy były sprzeczne z interesami jego klienta.

Ponadto wspomniane orzeczenia zapadły na gruncie postępowania karnego. Z uwagi na całkowicie odmienny charakter i cel procesu karnego i postępowania arbitrażowego poglądów wyrażonych na kanwie spraw karnych nie można bezrefleksyjnie przenosić na grunt arbitrażu. Co więcej, orzeczenia te liczą już sobie pół wieku, zaś w orzeczeniach dyscyplinarnych Wyższej Komisji Dyscyplinarnej, Wyższego Sądu Dyscyplinarnego, jak i Sądu Najwyższego z późniejszych okresów, opublikowanych w Serwisie Informacyjnym Adwokatury[54], takie tezy się nie pojawiają. W naszej ocenie świadczy to o tym, że poglądy wyrażone przez Sąd Najwyższy w omówionych powyżej orzeczeniach dyscyplinarnych uległy dezaktualizacji. Konstatację tę może potwierdzać fakt, że również wśród przedstawicieli judykatury spotkać można obecnie poglądy przeciwne do tych zaprezentowanych we wspomnianych orzeczeniach Sądu Najwyższego – przykładowo w wypowiedzi dla

[51] Wyrok Sądu Najwyższego z 24 listopada 1962 r., R. Adw. 29/62, „Palestra" 1963, nr 3, s. 87.

[52] A. Bojańczyk, *Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Lex 2011, rozdz. 2, pkt 10.2.

[53] *Ibidem*.

[54] http://adwokatura.pl/?page_id=5261.

„Gazety Prawnej" SSA Teresa Mróz wskazała, że nie sądzi, „[…] by jakikolwiek profesjonalny pełnomocnik pozwolił sobie puścić świadka na żywioł"[55].

Z tych względów można postawić tezę, że z omówionego powyżej orzecznictwa dyscyplinarnego nie wynika, aby kontakty pełnomocników ze świadkami czy też pewien stopień przygotowania świadków w postępowaniu arbitrażowym naruszały zasady etyki zawodowej.

3.2.2. Artykuł 264 kodeksu postępowania cywilnego

Argumentem przeciwko dopuszczalności przygotowania świadków w postępowaniu arbitrażowym nie może być także przepis art. 264 k.p.c., który wyraża normę, w oparciu o którą angielski Sąd Apelacyjny w sprawie *R v. Momodou* wywiódł zakaz „trenowania" świadków (*witness coaching*)[56]; tj. że świadkowie, którzy nie złożyli jeszcze zeznań, nie mogą być obecni przy przesłuchaniu innych świadków. Są ku temu co najmniej dwa powody.

Po pierwsze zgodnie z art. 1184 § 2 k.p.c. trybunały arbitrażowe nie są związane przepisami o postępowaniu przed sądem (w tym więc i przepisem art. 264 k.p.c.). Zatem treść art. 264 k.p.c. nie stoi na przeszkodzie temu, by trybunał arbitrażowy ustalił np. w zarządzeniu proceduralnym zakres, w jakim strony mogą przygotowywać zgłoszonych przez siebie świadków.

Po drugie celem wprowadzenia normy wyrażonej w art. 264 k.p.c. nie było zakazanie kontaktów pełnomocników ze świadkami. Celem tej normy jest ograniczenie możliwej sugestii, która mogłaby wynikać z zeznań złożonych wcześniej przez inne osoby[57]. Spotkanie pełnomocnika ze świadkiem samo w sobie takiego niebezpieczeństwa nie niesie. Biorąc więc pod uwagę cel art. 264 k.p.c., można co najwyżej wywodzić z niego, że pełnomocnik, przygotowując świadka, nie powinien zapoznawać go z treścią zeznań złożonych wcześniej przez innych świadków, choć w postępowaniu arbitrażowym i w tym zakresie uzasadnione, a niekiedy wręcz konieczne, może być poczynienie wyjątków (niezależnie od tego, że przepis ten co do zasady nie stosuje się do postępowania arbitrażowego zgodnie z art. 1184 § 2 k.p.c.). Odstąpienia od tej reguły wymaga np. sytuacja, w której zgodnie z ustalonym kalendarzem procedury przed rozprawą mają nastąpić dwie rundy wymiany pisemnych zeznań świadków. W takim bowiem przypadku świadkowie obu stron składają zeznania na piśmie, następnie zapoznają się nawzajem ze swoimi zeznaniami, po czym składają drugie zeznania pisemne, w których ustosunkowują się do zeznań złożonych przez świadków strony przeciwnej (tzw. *reply witness statements*). Przy przyjęciu takiego trybu postępowania przedstawienie świadkom pisemnych zeznań świadków strony przeciwnej jest z oczywistych względów konieczne. Ponadto zgodnie ze wspomnianym już art. 1184 § 1 i 2 k.p.c. strony mogą uzgodnić zasady postępowania arbitrażowego, a trybunał arbitrażowy w braku odmiennego uzgodnienia stron może prowadzić postępowanie w sposób, jaki uzna za właściwy (nie będąc związany przepisami k.p.c. o postępowaniu przed sądem). Zatem nic nie stoi na przeszkodzie, aby strony lub trybunał arbitrażowy określiły, że świadkowie będą mogli zapoznawać się wzajemnie ze swoimi zeznaniami, o ile tylko uznają to za wskazane.

---

[55] *Pouczanie świadków: codzienność na bakier z zasadami etyki adwokackiej. Co zmieni nowy model procesu karnego?*, „Gazeta Prawna" z 24 stycznia 2014 r., http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/772935,pouczanie-swiadkow-codziennosc-na-bakier-z-zasadami-etyki-adwokackiej-co-zmieni-nowy-model-procesu-karnego.htm.

[56] Por. rozdz. 2.2 powyżej.

[57] B. Kaczmarek-Templin, w: Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), *Dowody w postępowaniu cywilnym*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 469. Por. też A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, komentarz do art. 264 k.p.c., wyd. 7, Warszawa 2014, nb. 2.

3.3. Kontakty ze świadkami – uwarunkowania praktyczne

W obecnych realiach rynkowych pogląd, że pełnomocnicy nie powinni się kontaktować ze świadkami, należy uznać za anachroniczny. Jego przyjęcie w wielu przypadkach praktycznie uniemożliwiałoby należyte prowadzenie sprawy. W sytuacji, gdy stronami sporów arbitrażowych są w przeważającej większości przypadków osoby prawne, zatrudniające często wielu pracowników, kontakt ze świadkami lub potencjalnymi świadkami jest w zasadzie nie do uniknięcia.

W kontekście postępowania arbitrażowego z udziałem osób prawnych pełnomocnicy często muszą utrzymywać kontakt z przyszłymi świadkami lub potencjalnymi świadkami już od pierwszych dni prowadzenia sprawy. Przygotowując treść wniosku o arbitraż, pozwu czy też odpowiedzi na te pisma, pełnomocnik musi skontaktować się z pracownikami klienta zaangażowanymi w daną sprawę, aby ustalić stan faktyczny i argumenty na poparcie stanowiska reprezentowanej strony. Taka sama sytuacja zachodzi przy dalszej wymianie pism procesowych, kiedy pełnomocnik musi ustalić z przedstawicielami klienta, jakimi kontrargumentami i przeciwdowodami dysponuje, aby odeprzeć stanowisko strony przeciwnej. Z oczywistych względów osoby, z którymi pełnomocnik współpracuje, opracowując stanowisko procesowe klienta, jako posiadające najszerszą wiedzę w sprawie, będą później częstokroć zeznawały w charakterze świadków.

Co więcej, aby wskazać w toku postępowania, jakich świadków pełnomocnik zamierza powołać, konieczne może być przeprowadzenie rozmów z osobami zaangażowanymi w sprawę, której dotyczy spór, w celu ustalenia, które z nich dysponują najszerszą wiedzą na temat okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. W przeciwnym razie zachodzi ryzyko wskazania jako świadków osób, których zeznania nie przyczynią się do wyjaśnienia sprawy. Przeprowadzenie takich rozmów jest też o tyle uzasadnione, że w przypadku, gdy na temat danej okoliczności zeznanie potencjalnie może złożyć więcej niż jedna osoba, daje możliwość wskazania tej, która posiada najszerszą wiedzę lub wypowiada się najbardziej elokwentnie, co służy też usprawnieniu postępowania.

Ponadto, jak słusznie wskazuje M. Jamka, z uwagi na brak środków przymusu w arbitrażu strona, która chce przeprowadzić dowód z zeznań świadka, musi zwrócić się doń bezpośrednio, opowiedzieć o okolicznościach zaistniałego sporu i przekonać go do stawienia się przed trybunałem arbitrażowym[58]. Również w tej sytuacji nawiązanie kontaktu ze świadkiem jest konieczne. Kontakt ze świadkami jest też praktycznie nieunikniony przy przygotowywaniu pisemnych zeznań świadków, których składanie przewiduje nowy Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG (§ 31.1), który wszedł w życie 1 stycznia 2015 roku, czy Regulamin Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan (§ 26.3 lit. c).

W realiach postępowania arbitrażowego często mają miejsce liczne kontakty pełnomocnika ze świadkiem jeszcze na długo przed wyznaczeniem terminu rozprawy. Zatem częstokroć zdarza się tak, że okoliczności, które będą przedmiotem zeznań, były już wielokrotnie omawiane na etapie opracowywania stanowiska procesowego. W tym kontekście teza, że pełnomocnik nie może skontaktować się ze świadkiem przed rozprawą i ponownie omówić z nim tych samych okoliczności, pozbawiona jest racjonalnego i logicznego uzasadnienia.

3.3.1. Przygotowanie świadków w kontekście obowiązujących zasad etyki zawodowej

Z przedstawionych powyżej względów nie może w naszej ocenie budzić wątpliwości, że pełnomocnicy w postępowaniu arbitrażowym mogą kontaktować się ze świadkami. Pozostaje jedynie pytanie, na ile pełnomocnikom wolno świadków przygotowywać do przesłu-

[58] M. Jamka, *Dowód z zeznań świadka w krajowej i międzynarodowej praktyce arbitrażowej*, *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, Warszawa 2010, s. 185.

chania. Jak już wspomniano, w obowiązujących kodeksach etyki zawodowej brak jest norm, które stałyby na przeszkodzie przygotowaniu świadków w postępowaniu arbitrażowym[59]. Zatem podobnie jak w systemie niemieckim[60], należy przyjąć, że przygotowanie świadków jest w arbitrażu dopuszczalne. Istotną kwestią pozostaje określenie dopuszczalnego zakresu takich przygotowań.

Oczywiste jest, że pełnomocnikom nie wolno nakłaniać świadków do składania fałszywych zeznań czy też do zatajania istotnych okoliczności sprawy. Wynika to z elementarnych norm etycznych, dążenia do ustalenia prawdy, które powinno być podstawowym celem postępowania dowodowego, jak i normy art. 233 k.k., penalizującej składanie fałszywych zeznań[61]. W obwiązujących przepisach i normach brak jest jednak dalszych konkretnych wskazówek dotyczących zakresu możliwych przygotowań. Należy więc kierować się normami ogólnymi, wyrażonymi np. w kodeksie etyki adwokackiej. Zgodnie z § 6 tego kodeksu celem podejmowanych przez każdego adwokata czynności musi być ochrona interesów klienta. Natomiast § 8 stanowi, że adwokat powinien wykonywać czynności zawodowe według swojej najlepszej woli i wiedzy, z należytą uczciwością, sumiennością i gorliwością. Należy przy tym baczyć, by nie przekroczyć granic prawidłowego reprezentowania interesów klienta (§ 7 kodeksu etyki adwokackiej).

W tym kontekście sumienne i gorliwe przygotowanie do rozprawy może, a wręcz powinno, obejmować takie przygotowanie świadka, które nie narusza zasad uczciwości (w tym przede wszystkim nie zmierza do utrudnienia ustalenia prawdy materialnej), a przyczynia się do podniesienia jego efektywności osobistej. Innymi słowy przygotowania mogą zmierzać do tego, by poprawić jakość zeznań, nie ich merytoryczną treść.

3.3.2. Zakres przygotowania świadka

Jak wskazano na wstępie, sposób, w jaki świadek zeznaje, ma istotny wpływ na to, jak jego zeznanie zostaje odebrane. Na wiarygodność świadków wpływają m.in. ton ich głosu, postawa, utrzymywanie kontaktu wzrokowego czy zwięzłość i precyzja wypowiedzi[62]. Wskazuje się też, że używanie takich zwrotów jak: „myślę", „sądzę", „uważam, że" powoduje, że zeznanie jest mniej przekonujące[63]. Podobnie świadkowie, którzy mówią niezdecydowanym tonem, są przesadnie grzeczni czy używają przerywników takich jak „hmmm", są uznawani za mniej kompetentnych, inteligentnych, godnych zaufania i przekonujących niż świadkowie, których ton głosu i styl narracji są stanowcze i pewne[64]. Podnoszenie głosu na zakończenie zdania uznawane jest natomiast za przejaw niepewności[65].

Ponadto badania wskazują, że świadkowie zaznajomieni z procedurą przesłuchania i wiedzący, czego sprawa dotyczy, są bardziej przekonujący od świadków, którzy pozbawieni są takich podstawowych informacji i doświadczeń[66]. Uczestnicy badań byli mniej zdener-

[59] Por. uwagi w rozdz. 3.1 powyżej.

[60] Por. ostatni akapit rozdz. 2 powyżej.

[61] Co do kontrowersji dotyczących tego, czy art. 233 k.k. penalizuje również składanie fałszywych zeznań w postępowaniu arbitrażowym por. M. Jamka, *op.cit*.

[62] T.M.S. Neal, S.L. Brodsky, *Expert witness credibility as a function of eye contact behavior and gender*, „Criminal Justice and Behavior" 2008, 35, 1515–1526. Por. też: M.T. Boccaccini, *What Do We Really Know about Witness Preparation?*, „Behavioral Science and Law", 20, 2002, s. 161–189; E.A Lind, B. Erickson, J.M. Conley, W. O'Barr, *Social attributions and conversational style in trial testimony*, „Journal of personality and social psychology", 1978, 36, 1558–1567; R.W. Frick, *Communicating emotion: the role of prosodic features*, „Psychological Bulletin" 1985, 97, 412–429; L.G. Smith, L.A. Malandro, *Courtroom Communication Strategies*, New York, Kluwer, 1985.

[63] M.T. Boccaccini, *What Do We*..., s. 161–189.

[64] E.A Lind, B. Erickson, J.M. Conley, W. O'Barr, *op.cit.*, 1558–1567.

[65] R.W. Frick, *Communicating emotion: the role of prosodic features*, „Psychological Bulletin" 1985, 97, 412–429.

[66] M.T. Boccaccini, T. Gordon, S.L. Brodsky, *Effects of witness preparation...*, s. 39–51, za: T.M.S. Neal, *Expert Witness Preparation: What does...*, s. 44 i n.

wowani podczas kolejnych przesłuchań nawet w przypadkach, gdy nie byli do nich w żaden sposób przygotowywani[67]. Innymi słowy im większe świadek ma doświadczenie w składaniu zeznań, tym bardziej przekonujące jest jego zeznanie.

Jest więc wiele czynników wpływających na to, jak może zostać odebrane zeznanie świadka, niezależnie od jego treści. Zatem bez żadnego uszczerbku dla prawdy materialnej pełnomocnik może pomóc świadkowi podnieść moc jego zeznania, zwracając mu uwagę na te właśnie czynniki. W szczególności może poinformować świadka, czego sprawa dotyczy, i poinstruować o znaczeniu utrzymywania właściwej pozycji, kontaktu wzrokowego czy też unikaniu specjalistycznego żargonu, niepotrzebnych dygresji, spekulacji itp. Wskazane jest też pouczenie świadka o zasadach panujących w czasie przesłuchania, w tym np. o tym, że odpowiedzi należy kierować do arbitrów, czy że w razie niezrozumiałych pytań lub takich pytań, które świadek może uznać za niewłaściwe, powinien zwrócić się do arbitra przewodniczącego, zamiast wdawać się w polemikę z pełnomocnikiem.

Normy deontologiczne nie stoją też na przeszkodzie, by pełnomocnik zadał świadkowi pytania (nie instruując go oczywiście, jakich oczekuje odpowiedzi). Pozwoli to pełnomocnikowi przygotować pytania na rozprawę w takiej kolejności, aby zeznanie przebiegało w sposób logiczny i dynamiczny, oraz uniknąć niepotrzebnego zadawania pytań, na które świadek nie zna odpowiedzi.

Przygotowanie do rozprawy w powyższym zakresie, przeprowadzone przez pełnomocnika w sposób rzetelny i uczciwy, nie będzie wpływać na merytoryczną treść zeznań, a może przyczynić się do sprawniejszego przebiegu postępowania i lepszego wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. Odpowiednio przygotowany świadek powinien bowiem zeznawać precyzyjnie, zwięźle, zrozumiale i jednoznacznie, nie dając pola do nadinterpretowania swojego stanowiska. W tym kontekście wskazuje się, że przygotowanie świadka może służyć lepszemu wymierzaniu sprawiedliwości, szczególnie w tych przypadkach, gdy zeznania mogłyby wydawać się niewiarygodne ze względu na szczególne cechy osobowości świadka, stres związany z zeznawaniem czy brak doświadczenia w wystąpieniach publicznych:

> *„When a witness owes a poor performance not to the content of his or her testimony or the position taken but to quirks of personality, the stress of testifying, or an inadequate stage presence, a witness preparation consultant may well be serving justice*"[68].

Niezależnie od powyższych uwag z uwagi na autonomię stron oraz kompetencje trybunału arbitrażowego w zakresie ustalania zasad postępowania wynikające z art. 1184 § 1 i 2 k.p.c. oraz w celu zapewnienia przejrzystych i jednolitych reguł dla wszystkich stron postępowania wskazane jest, aby zasady przygotowywania świadków były w każdej sprawie określane na początku postępowania (np. w drodze zarządzenia proceduralnego). W interesie stron i trybunału arbitrażowego jest, aby zasady te zostały określone możliwie najbardziej precyzyjnie. Im bardziej precyzyjnie zostaną określone reguły, tym mniejsze będzie pole do rozbieżnych interpretacji dla stron i tym większe możliwości kontroli ich przestrzegania będzie miał trybunał arbitrażowy.

Wskazane byłoby też wprowadzenie do regulaminów stałych sądów arbitrażowych działających w Polsce postanowień na wzór art. 25.2 Szwajcarskiego Regulaminu Międzynarodowego Arbitrażu[69] czy art. 20.5 Regulaminu Arbitrażowego LCIA[70], które wprost stanowią, że przygotowawcze przesłuchanie świadków nie jest niewłaściwe.

---

[67] *Ibidem*.

[68] N.J. Kressel, D.F. Kressel, *Stack and Sway*, West-view Press 2004, za: E. Lewis, *op.cit.*, s. 56.

[69] *Swiss Rules of International Arbitration* z 2012 r.

[70] *LCIA Arbitration Rules* z 1 października 2014 r.

Zasada ponoszenia kosztów postępowania przez strony przed Sądem Arbitrażowym przy KIG na tle tendencji światowych

Marek Neumann*

Użytkownicy arbitrażu coraz częściej wyrażają niezadowolenie z nieprzewidywalności oraz rosnących rozmiarów kosztów postępowania arbitrażowego. Obawa ta jest tym bardziej zasadna, że zgodnie z dominującą regułą w arbitrażu handlowym przegrany jest zobowiązany pokryć również koszty przeciwnika, a te mogą stanowić istotny składnik kwoty, na którą opiewa wyrok. Niniejszy artykuł omawia zasadę i uwarunkowania ponoszenia kosztów w arbitrażu międzynarodowym, porównując rozwiązania przyjmowane na świecie do rozwiązań przyjętych w obowiązującym oraz nowo uchwalonym Regulaminie Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej.

Rodzaje kosztów postępowania arbitrażowego

Koszty postępowania arbitrażowego można podzielić na dwie kategorie: po pierwsze koszty zespołu orzekającego oraz koszty administracyjne, będące najczęściej kosztami instytucji arbitrażowej (stałego sądu arbitrażowego), oraz po drugie koszty ponoszone przez strony.

Do tej pierwszej kategorii można zaliczyć takie koszty, jak opłaty arbitrażowe i rejestracyjne, koszty administracyjne sądu polubownego lub instytucji arbitrażowej odpowiedzialnej za administrowanie sporem, wynagrodzenie i wydatki (np. koszty podróży i noclegów, koszty doręczeń, koszty protokołowania oraz transkrypcji przebiegu rozprawy) arbitrów czy koszty ponoszone w związku z powołaniem biegłego, zaangażowaniem tłumacza, stenotypistów itp. Rodzaje kosztów mieszczących się w tej kategorii oraz ich wysokość nie budzą większych kontrowersji w polskiej czy zagranicznej doktrynie oraz w praktyce sądów polubownych: ich zakres oraz wysokość co do zasady objęta jest zgodą stron na poddanie danego sporu rozstrzygnięciu sądu polubownego działającego przy instytucji arbitrażowej oraz zgodnie z jej regulaminem albo na konkretną pozycję kosztów. Regulaminy instytucji arbitrażowych wprost regulują w odpowiednich tabelach opłat lub taryfach zakres kosztów sądu polubownego i kosztów administracyjnych. Jeśli chodzi o arbitraż *ad hoc*, Regulamin Arbitrażowy Komisji Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego z 2010 r.[1] w art. 40 wprost wymienia wszystkie kategorie kosztów postępowania arbitrażowego oraz sposób ich ustalania.

---

* Autor jest radcą prawnym współpracującym z kancelarią Allen & Overy, A. Pędzich sp.k. Niniejsza praca wyraża poglądy autora i niekoniecznie odzwierciedla stanowisko kancelarii.

[1] General Assembly resolution 65/22 UNCITRAL Arbitration Rules as revised in 2010. Dalej: „regulamin UNCITRAL".

Jeśli chodzi o koszty stron, sprawa przedstawia się mniej jednoznacznie, chociaż w arbitrażu międzynarodowym odpowiadają one za zdecydowaną większość kosztów postępowania arbitrażowego[2]. Z pewnością do tej kategorii kosztów należą koszty zastępstwa prawnego (wynagrodzenie i wydatki pełnomocników). Jeśli chodzi o inne rodzaje kosztów, regulaminy zagranicznych stałych sądów arbitrażowych najczęściej nie precyzują, o jakie koszty może chodzić[3]. Pomijając na razie zagadnienie zasadności ponoszenia określonych kosztów (tj. rozstrzygnięcie, jakie koszty lub wydatki zostaną uznane za uzasadnione lub „rozsądne"), jako koszty strony w praktyce zaliczane są m.in. koszty biegłych i doradców zaangażowanych w sprawę (tzw. prywatnych biegłych), świadków (w tym przygotowanie zeznań świadków oraz samych świadków do rozprawy), wydatki (podróż i noclegi) świadków oraz biegłych, koszty związane z wyszukiwaniem, archiwizacją i odtwarzaniem dokumentacji, koszty komunikacji związanej z prowadzeniem postępowania (telefony, listy itp.), koszty tłumaczenia dokumentów[4] czy koszty związane z postępowaniami wpadkowymi przed sądem powszechnym[5]. Kontrowersje budzą koszty ponoszone przez samą stronę w związku z postępowaniem arbitrażowym[6]. Na początku lat 90. w kilku sprawach toczących się przed Sądem Arbitrażowym przy MIH trybunały arbitrażowe odmówiły uznania za koszty postępowania czasu poświęconego sprawie przez stronę lub jej przedstawicieli i pracowników, w tym prawników wewnętrznych[7], jednak w późniejszych orzeczeniach trybunały arbitrażowe dopuściły możliwość uznania pod pewnym warunkami kosztów wewnętrznego pełnomocnika za koszt postępowania[8]. Jak podają A. Olszewski i E. Czerniawko, również w sprawie ICC nr 15282, w której stroną była Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa, trybunał arbitrażowy uznał, że:

> „Te koszty i wydatki na obsługę prawną zostały obliczone w odniesieniu do budżetu Prokuratorii Generalnej w stosownych latach i pomniejszone w sposób odzwierciedlający proporcję czasu poświęconą na pracę przy niniejszej sprawie. Zgodnie z dokumentacją dostarczoną przez pozwanego w dniu 15 marca 2010 r., Trybunał Arbitrażowy nie ma powodu, aby stwierdzić, że dana kwota jest nadmierna lub nieuzasadniona"[9].

Również regulaminy polskich instytucji arbitrażowych wprost wymieniają jedynie koszty zastępstwa prawnego, nie wymieniając lub zupełnie pomijając inne rodzaje kosztów. Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na Regulamin Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej obowiązujący od 1 stycznia 2007 r. do 31 grudnia 2014 r.[10], który

[2] Zob. w kontekście arbitrażu inwestycyjnego M. Hodgson, *Counting the costs of investment treaty arbitration*, „Journal of Global Arbitration Review" 2014, nr 2.

[3] Tytułem przykładu Regulamin Sądu Arbitrażowego przy Międzynarodowej Izbie Handlowej (dalej: „regulamin ICC") w § 37 ust. 1 odwołuje się do „uzasadnionych kosztów prawnych oraz innych kosztów poniesionych przez strony postępowania arbitrażowego" („*the reasonable legal and other costs incurred by the parties for the arbitration*"); Regulamin Arbitrażowy Instytutu Arbitrażowego przy Sztokholmskiej Izbie Handlowej (dalej: „regulamin SCC") w art. 44 odwołuje się do „kosztów poniesionych przez drugą stronę, w tym kosztów zastępstwa procesowego" („koszt[ów] stron, tj. rozsądn[ych] koszt[ów] zastępstwa prawnego stron").

[4] B. Hanotiau, *The Parties' Costs of Arbitration*, „Transnational Dispute Management" 2010, ne 1, s. 214–217; zob. też M. Bühler, *Awarding Costs in International Commercial Arbitration: an Overview*, „ASA Bulletin" 2004, nr 2, s. 272–276; w polskiej doktrynie zob. P. Pietkiewicz, Koszty postępowania przed sądem polubownym, w: A. Szumański (red.), *System prawa handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, rozdz. 11, Warszawa 2009.

[5] Tak P. Pietkiewicz, *op.cit.*, s. 548–549; odmiennie A.W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy*, Lex, pkt 3.6.

[6] Zob. B. Hanotiau, *op.cit.*, 2010, nr 1, s. 214–217; A. Olszewski, E. Czerniawko, *Zasądzanie kosztów prawników wewnętrznych w arbitrażu*, „e-Przegląd Arbitrażowy" 2012, nr 1, s. 40–44.

[7] Zob. np. ICC Case 6293 (1990), ICC Case No. 5029 (1991), ICC Case No. 5896 (1992), „ICC Bulletin" 1993, vol. IV, s. 32, 37, 43.

[8] ICC Case 6564 (1993), vol. IV, 1993, s. 46; por. też Y. Derains, E. Schwartz, *Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2nd edition, Kluwer Law International 2005, s. 365; Por. też sprawa ICC nr 15282 z udziałem Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa, którą opisują A. Olszewski, E. Czerniawko, *op.cit.*,s. 44.

[9] Podaję za: A. Olszewski, E. Czerniawko, *op.cit.*, s. 44.

[10] Dalej: „regulamin SAKIG".

w § 43 pkt 4, wymieniając rozstrzygnięcie o kosztach postępowania jako element wyroku, odwołuje się do „kosztów zastępstwa procesowego jednego pełnomocnika". Nowy regulamin SAKIG, który będzie obowiązywać od 1 stycznia 2014 r.[11], stanowi: „Rozstrzygając o kosztach postępowania, Zespół Orzekający uwzględnia uzasadnione koszty zastępstwa prawnego oraz inne uzasadnione koszty poniesione przez stronę...". Również Regulamin Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan z 1 marca 2012 r.[12] w § 47 wprowadza rozróżnienie na „rozsądne koszty zastępstwa prawnego stron oraz inne rozsądne koszty poniesione przez strony". Wydaje się, że w polskiej praktyce arbitrażowej większych kontrowersji nie budzą koszty samej strony, o ile dotyczą one kosztów zastępstwa prawnego przez prawnika wewnętrznego – radcę prawnego lub radcę Prokuratorii Generalnej. Można to tłumaczyć praktyką odwoływania się polskich arbitrów do doświadczeń związanych z postępowaniem cywilnym przed sądami powszechnymi oraz zasad zasądzania kosztów procesowych radcom prawnym pozostającym na etacie (na podstawie Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu[13])[14].

Zasada ponoszenia kosztów przez strony: płaci przegrany czy każdy za siebie?

Rozstrzygając o kosztach, trybunał arbitrażowy może pójść w dwóch kierunkach: zdecydować, że strony odpowiadają za swoje koszty (*American rule*), albo zasądzić koszty postępowania w części albo w całości od jednej strony na rzecz drugiej strony (*loser pays* albo *costs follow the event*)[15]. Drugi z kierunków w praktyce obejmuje dwa warianty: przegrany płaci wszystko albo płaci proporcjonalnie do rozmiarów porażki. W praktyce każda z omawianych zasad może przybrać szereg różnych form[16]; może się też zdarzyć, że trybunał zastosuje różne zasady w tej samej sprawie do różnych kategorii kosztów: kosztów stron oraz innych kosztów postępowania[17].

Jeśli chodzi o regułę amerykańską, zgodnie z praktyką amerykańskich sporów sądowych na poziomie federalnym i stanowym (choć z pewnymi wyjątkami[18]) każda ze stron jest odpowiedzialna za swoje koszty procesu, chyba że co innego wynika z umowy między stronami albo w razie stwierdzenia, że jedna ze stron działała w złej wierze[19]. Ta zasada jest częścią amerykańskiej tradycji procesowej, zgodnie z którą przegrany nie powinien ponosić „kary" za to, że broni swojego stanowiska przed sądami[20]. Uzasadnieniem dla

[11] Dalej: „nowy regulamin SAKIG".

[12] Dalej: „regulamin Lewiatana".

[13] Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 490.

[14] Jak podnoszą A. Olszewski, E. Czerniawko, *op.cit.*, s. 43, „[n]ie zdarzył się jeszcze ani jeden przypadek, aby takie uzasadnienie żądania kosztów zastępstwa procesowego, z powołaniem się na analogię do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości, nie zostało uwzględnione".

[15] M. Hodgson, *Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform*, „Transnational Dispute Management" 2014, nr 11, s. 2.

[16] R. Kreindler wymienia siedem wariantów tej zasady, por. R. Kreindler, *Final Rulings on Costs: Loser Pays All?*, „Transnational Dispute Management" 2010, nr 7, s. 2.

[17] Zob. M. Bühler, *op.cit*., s. 261.

[18] Zasada „loser pays" obowiązuje na Alasce, obowiązywała również w latach 1980–1985 w sprawach o szkody medyczne na Florydzie, zob. M. Gryphon, *Assessing the Effects of a "Loser Pays" Rule on the American Legal System: An Economic Analysis and Proposal for Reform*, „8 Rutgers Journal of Law & Public Policy" 2011, vol. 8:3, s. 595–602.

[19] *Alyeska Pipeline Serv. v. Wilderness Society*, 421 U.S. 240 (1975) ("A court may assess attorneys' fees ... when the losing party has acted in bad faith"), http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/963/378/243482/ (dostęp: 7 listopada 2014 r.); zob. też J.Y. Gotanda, *Attorneys' Fees Agonistes: The Implications of Inconsistency in the Awarding of Fees and Costs in International Arbitrations*, w: M.A. Fernández-Ballesteros, D. Arias (red.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Wolters Kluwer España; La Ley 2010, s. 543–545.

[20] J.F. Vargo, The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice, „American University Law Review 42" 1993, nr 4, s. 1634–1635.

reguły amerykańskiej może być też chęć usunięcia barier (w postaci ryzyka poniesienia kosztów całego postępowania sądowego) przed dochodzeniem roszczeń, które mają szanse powodzenia, ale nie są oczywiste[21]. W tym sensie można poszukiwać źródeł tej zasady w amerykańskiej filozofii egzekwowania prawa przez uczestników obrotu prywatnoprawnego (*private enforcement*)[22]. Reguła amerykańska jest również rozumiana jako element prawa do sądu, które mogłoby zostać ograniczone przez ryzyko przerzucenia kosztów procesu ponoszonych przez stronę dysponującą większymi zasobami na stronę, która przegra proces[23]. Poza tym amerykańskie sądy wychodzą z założenia, że przerzucenie kosztów postępowania na jedną ze stron mogłoby powodować jego wydłużenie i zwiększenie kosztów, jak również utrudniać dowodzenie[24].

Reguła amerykańska obowiązuje również w kilku innych krajach, m.in. w Japonii i Chinach[25], oraz w sporach międzypaństwowych[26] i jest stosunkowo popularna w arbitrażu inwestycyjnym, który stanowi domenę prawa międzynarodowego publicznego[27]. W kontekście sporów z udziałem państw regułę amerykańską tłumaczy się jako wyraz zasady wzajemnego szacunku oraz pokojowego współistnienia między państwami[28].

Jeśli chodzi o regułę, zgodnie z którą strona przegrywająca proces powinna ponieść również koszty postępowania sądowego, stanowi ona element tradycji sądowej m.in. Europy kontynentalnej oraz Anglii, chociaż – jak była mowa – w praktyce przyjmuje różne formy. W Anglii zasada *costs follow the event* tradycyjnie była rozumiana zero-jedynkowo i oznaczała, że niezależnie od stopnia wygranej (tj. od tego, w jakiej części sąd zasądził dochodzone świadczenie od pozwanego), wygranemu należy się co do zasady zwrot wszystkich kosztów procesu[29]. Obecnie rygoryzm tej zasady łagodzony jest po pierwsze przez sformalizowane zasady dotyczące ugody (tzw. *part 36 offer*), penalizujące (m.in. odwracające ciężar ponoszenia kosztów postępowania) stronę, która odmawia zawarcia ugody, aby następnie w postępowaniu sądowym uzyskać mniej, niż uzyskałaby zgodnie z warunkami ugody[30], oraz po drugie przez wprowadzenie następczej kontroli kosztów, a nawet urzędowych stawek wynagrodzenia prawników w niektórych kategoriach spraw[31]. Warto też zwrócić uwagę, że ostatnie reformy angielskiej procedury sądowej inspirowane

---

[21] R. Kreindler wymienia siedem wariantów tej zasady, por. tenże, *op.cit*., s. 4.

[22] J.C. Coffee Jr, *Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is not Working*, „Maryland Law Review" 1983, nr 42, s. 215, 217.

[23] Por. uzasadnienie wyroku U.S. Supreme Court w sprawie *Fleischmann Distilling Corp. v. Maier Brewing Co.*, 386 U.S. 714 (1967) ("*In support of the American rule, it has been argued that, since litigation is, at best, uncertain, one should not be penalized for merely defending or prosecuting a lawsuit, and that the poor might be unjustly discouraged from instituting actions to vindicate their rights if the penalty for losing included the fees of their opponents' counsel. Cf. Farmer v. Arabian American Oil Co., 379 U. S. 227, at 379 U. S. 235 (1964); id. at 379 U.S. 236–239 (concurring opinion of Mr. Justice Goldberg). Also, the time, expense, and difficulties of proof inherent in litigating the question of what constitutes reasonable attorney's fees would pose substantial burdens for judicial administration. Oelrichs v. Spain, supra, at 82 U. S. 231*"), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/386/714/case.html.

[24] J.Y. Gotanda, *op.cit*., s. 543–544.

[25] Podaję za M. Hodgson, *Costs in Investment...*, s. 2.

[26] Por. art. 64 statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, a także jego poprzednika – Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej.

[27] Jak podaje M. Hodgson, w 56% badanych przez niego wyroków arbitrażowych trybunały zastosowały regułę amerykańską, tenże, *Costs in Investment...*, s. 2.

[28] *Ibidem*, s. 3.

[29] Zob. M. Bühler, *op.cit*., s. 263.

[30] Part 36 Civil Procedure Rules; konsekwencje złożenia oferty ugodowej dla kosztów postępowania zostały uregulowane w sekcjach 36.10, 36.11 oraz CPR 36.14. A.; por. też M. Hodgson, *Costs in Investment...*, s. 3, chociaż autor zrównuje zasady zasądzania kosztów panujące w Anglii z zasadami panującymi w wielu państwach Europy kontynentalnej, które tożsame są tylko z pozoru.

[31] Lord Justice Jackson, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, Londyn 2010, http://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf (dostęp: 8 listopada 2014 r.); zob. też C. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka, *Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Study*, „Legal Research Paper Series Paper" No 55/2009, http://ssrn.com/abstract= 1511714 (dostęp: 8 listopada 2014 r.).

raportem sędziego Ruperta Jacksona (tzw. *Jackson Report*[32]) wprowadziły zachęty dla sędziów do rozdzielania kosztów nie według wyniku całego postępowania, ale w odniesieniu do poszczególnych kwestii (*issue-based costs orders*)[33].

W wielu państwach Europy kontynentalnej, w tym w Niemczech, Austrii, Szwajcarii, Szwecji[34] czy Polsce, obowiązuje inny wariant zasady „przegrany płaci", zgodnie z którym koszty procesu powinny zostać zasądzone proporcjonalnie do odniesionej wygranej w sporze (ta zasada jest najczęściej obwarowana szeregiem szczegółowych zasad, które mają promować efektywne działanie pełnomocników)[35]. W najprostszym wariancie oznacza to, że np. jeśli powód dochodził przed sądem sumy równej 10, a sąd zasądził połowę tej sumy, czyli 5, każda ze stron osiągnęła połowiczny sukces, a zatem modelowo koszty powinny zostać rozdzielone równo między strony. W ten sposób, tj. przez zastosowanie prostego równania, reguła ta stosowana jest Niemczech[36]. W mniej rygorystyczny sposób regułę tę wyraża art. 100 k.p.c.:

> „W razie częściowego tylko uwzględnienia żądań koszty będą wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone. Sąd może jednak włożyć na jedną ze stron obowiązek zwrotu wszystkich kosztów, jeżeli jej przeciwnik uległ tylko co do nieznacznej części swego żądania albo gdy określenie należnej mu sumy zależało od wzajemnego obrachunku lub oceny sądu".

Zasadę „przegrany płaci" można uzasadniać na kilka sposobów. Po pierwsze zasada ta ma służyć realizacji prawa do sądu: powód nie może być pozbawiony prawa do dochodzenia swoich praw przed sądem jedynie z powodu kosztów procesu (chodzi zatem o inny aspekt zasady prawa do sądu niż ten, który ma uzasadniać regułę amerykańską). W ten sposób reguły proceduralne zapewniają realizację uprawnień wynikających z prawa materialnego[37]. Po drugie zasadę tę można również tłumaczyć jako zapewniającą pełną indemnizację szkody, na którą miałyby się składać również koszty dochodzenia praw przed sądem: poszkodowany nie powinien być pozbawiany części odszkodowania z tego powodu, że musiał dochodzić zaspokojenia w postępowaniu sądowym (arbitrażowym)[38]. Nie tłumaczy to jednak podstawy do zasądzenia kosztów na rzecz pozwanego w razie oddalenia powództwa. Po trzecie zasada ta zachęca do wnoszenia uzasadnionych powództw i zniechęca do wnoszenia powództw o małych szansach powodzenia, służąc w ten sposób efektywnemu korzystaniu z sądów.

Zasada ponoszenia kosztów w ustawodawstwach i regulaminach arbitrażowych

Ustawodawstwa

Kwestia kosztów nie została poruszona w Ustawie Modelowej Komisji Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego z 1985 r., zmienionej w 2010 r.[39], która stanowiła wzorzec dla uchwalenia nowego prawa arbitrażowego w części piątej k.p.c. Zostawienie tej luki nie było przypadkowe: grupa robocza tworząca ustawę modelową UNCITRAL stwierdziła, że:

---

[32] Lord Justice Jackson, *op.cit*.

[33] Por. M. O'Reilly, *Provisions on costs and appeals: an assessment from an international perspective*, „Arbitration" 2010, nr 4, s. 709.

[34] M. Bühler, *op.cit*., s. 262; por. też C. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka, *op.cit*.

[35] Por. art. 99–105 k.p.c.

[36] § 92 ust. 1 ZPO w zw. z § 91 ZPO.

[37] B. Hanotiau, *op.cit*., s. 213.

[38] M. Bühler, *op.cit*., s. 251.

[39] *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (1985), with amendments as adopted in 2006, dalej: ustawa modelowa UNCITRAL.

> *„107. In preparatory work for the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, there was wide support for the view that questions concerning the fees and costs of arbitration were not appropriate matters to be dealt with in a model law"*[40].

Wiele ustawodawstw krajowych dotyczących arbitrażu nie reguluje kwestii kosztów postępowania arbitrażowego i zasad ich zasądzania[41]. Należy do nich również polski kodeks postępowania cywilnego, który dotyka kwestii kosztów postępowania arbitrażowego jedynie w kontekście porozumienia między stronami i arbitrami dotyczącego wynagrodzenia i wydatków arbitrów (art. 1179 k.p.c.), co w praktyce będzie miało znaczenie w arbitrażu *ad hoc*[42]. Osobnej regulacji nie zawiera również m.in. szwajcarska ustawa o prywatnym prawie międzynarodowym, amerykański *Federal Arbitration Act* czy francuski *Code de procédure civile*[43].

Inaczej jest w przypadku ustaw angielskiej i niemieckiej. Angielski *Arbitration Act 1996* zawiera osobny, dość szczegółowy rozdział poświęcony kosztom postępowania arbitrażowego (art. 59–65). Zgodnie z sekcją 60 ust. 2 *Arbitration Act 1996* jeśli strony nie umówiły się inaczej, trybunał arbitrażowy powinien przyznać koszty według ogólnej zasady, że koszty powinna pokryć ta strona, który przyczyniła się do ich powstania, z wyjątkiem sytuacji, w której ta metoda nie jest odpowiednia w stosunku do części lub całości kosztów[44]. Odwołując się do „ogólnej zasady", ustawodawca angielski nawiązuje do krajowych reguł dotyczących zasądzenia kosztów stron postępowania sądowego, zgodnie z którymi strona przegrana pokrywa całe koszty postępowania. Niemiecki *Zivilprozessordnung*[45] reguluje zasadę ponoszenia kosztów postępowania arbitrażowego w § 1057. Zgodnie z § 1057 ust. 1 zd. 2 trybunał arbitrażowy decyduje o kosztach wedle własnego uznania, jednak z uwzględnieniem okoliczności sprawy, w szczególności wyniku postępowania[46]. Nietrudno zauważyć, że w obu przypadkach wytyczne ustawodawców dotyczące kosztów arbitrażu powielają preferencje tych ustawodawców co do kosztów postępowania sądowego.

Regulaminy

Jeśli chodzi o regulaminy arbitrażowe, kluczowym momentem dla wyłonienia się wiodącej zasady dotyczącej zasądzania kosztów w arbitrażu było uchwalenie regulaminu UNCITRAL w 1976 r., w którym przewidziano zasadę, że „przegrany płaci"[47]:

> *„Article 38*
>
> *The arbitral tribunal shall fix the costs of arbitration in its award. The term "costs" includes only:*
>
> […] *(e) The costs for legal representation and assistance of the successful party if such costs were claimed during the arbitral proceedings, and only to*

[40] UNCITRAL thirty-second session, Vienna, 17 May–4 June 1999, A/CN.9/216 (1982).

[41] Osobnej regulacji nie zawiera m.in. szwajcarska ustawa o prywatnym prawie międzynarodowym, amerykański *Federal Arbitration Act* czy francuski *Code de procédure civile*.

[42] Zob. T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2010, s. 334.

[43] G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Kluwer Law International 2014, s. 3088; por też. Y. Derains, L. Kiffer, *National Report for France (2013)*, w: J. Paulsson (red.), International Handbook on Commercial Arbitration 1, 64 (1984, 2013).

[44] "(2) *Unless the parties otherwise agree, the tribunal shall award costs on the general principle that costs should follow the event except where it appears to the tribunal that in the circumstances this is not appropriate in relation to the whole or part of the costs*".

[45] Dalej: ZPO.

[46] "*Hierbei entscheidet das Schiedsgericht nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles, insbesondere des Ausgangs des Verfahrens*".

[47] Stany Zjednoczone oraz Indie forsowały wersję regulaminu, według której każda ze stron ponosiłaby swoje koszty, por. *Travaux préparatoires UNCITRAL Arbitration Rules (1976)*, A/CN.9/9/C.2/SR.14 (23 April 1976).

the extent that the arbitral tribunal determines that the amount of such costs is reasonable;

(f) Any fees and expenses of the appointing authority as well as the expenses of the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration at The Hague.

Article 40

1. *Except as provided in paragraph 2, the costs of arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case.*
2. *With respect to the costs of legal representation and assistance referred to in article 38, paragraph (e), the arbitral tribunal, taking into account the circumstances of the case, shall be free to determine which party shall bear such costs or may apportion such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable.* […]"

W tej chwili regulaminy wszystkich wiodących instytucji arbitrażowych na świecie, w tym ICC, LCIA, VIAC czy SCC, inkorporują tę zasadę. American Arbitration Association w swoim regulaminie nie przewiduje wprost preferencji dla zasady, zgodnie z którą przegrany ponosi koszty arbitrażu, ale dopuszcza jej stosowanie:

"*Article 34: Costs of Arbitration*

The arbitral tribunal shall fix the costs of arbitration in its award(s). The tribunal may allocate such costs among the parties if it determines that allocation is reasonable, taking into account the circumstances of the case.

Such costs may include:

[…] *d. the reasonable legal and other costs incurred by the parties* […]".

„Przegrany płaci": ograniczenia dotyczące kwoty kosztów podlegających zasądzeniu

Istotnym elementem regulacji przewidującej, że za koszty postępowania odpowiada przegrany procesu (w części lub w całości), jest określenie, o jakie koszty chodzi, tj. jakie koszty podlegają przerzuceniu na drugą stronę. Problem ten co do zasady nie występuje w przypadku stosowania reguły amerykańskiej. Możliwość dochodzenia zasądzenia wszelkich poniesionych kosztów bez względu na ich niezbędność, wysokość itp. mogłaby rodzić niepożądane skutki. Po pierwsze powód dysponujący większymi zasobami na prowadzenie sporu mógłby uzyskać zachętę do ich nieefektywnego wykorzystania i nieuzasadnionego zwiększania ryzyka finansowego pozwanego. Po drugie powód mógłby rezygnować z dochodzenia swoich praw w mniej oczywistych sprawach w obawie, że w razie przegranej będzie musiał zwrócić trudne do przewidzenia koszty poniesione przez pozwanego[48]. Te ryzyka są uniwersalne dla postępowań sądowych i arbitrażowych. Można wyróżnić trzy podstawowe sposoby, w jakie ustawodawcy oraz sądy arbitrażowe radzą sobie z tymi ryzykami.

Pierwszym sposobem jest kontrola *ex ante*: ograniczenie z góry kosztów, jakie strony mogą odzyskać w razie wygranej całkowitej lub częściowej. Właśnie taki cel mają ustawowe stawki wynagrodzenia (taryfy) prawników w postępowaniu cywilnym. Oprócz Pol-

[48] Holenderski przypadek implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/48/WE z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej pokazuje, że zwiększenie ryzyka zwrotu kosztów postępowania poniesionych przez pozwanego może mieć realny wpływ na możliwość dochodzenia praw przed sądem: por. P.M.M. van der Grinten, *Challenges for the Creation of a European Law of Civil Procedure*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1392006 (dostęp: 8 listopada 2014 r.).

ski takie stawki obowiązują też w następujących krajach Unii Europejskiej: Austrii, Belgii, Czechach, Danii, Estonii, Niemczech, Holandii i Hiszpanii[49]. W ustawodawstwie arbitrażowym oraz regulaminach arbitrażowych taryfy albo maksymalne stawki wynagrodzenia pełnomocników należą do rzadkości. Wśród wyjątków można wymienić regulamin SAKIG, który wprowadza stawki maksymalne (uzależnione od taryfy opłaty arbitrażowej, czyli pośrednio od wartości przedmiotu sporu)[50] oraz Regulamin Sądu Arbitrażowego przy Czeskiej Izbie Gospodarczej oraz Izbie Rolnej Republiki Czeskiej, który odwołuje się do stawek ustawowych[51]. Przykładem ustawodawstwa arbitrażowego, które wprowadza taryfy wynagrodzenia pełnomocników stron, jest hongkoński *Arbitration Ordinance* (art. 74–75).

Regulacja stawek wynagrodzenia co prawda pozwala z góry przewidzieć zakres ryzyka poniesienia kosztów zastępstwa procesowego przeciwnika w razie przegrania sporu, ale jednocześnie rodzi inne ryzyko: część wynagrodzenia, które wygrany zapłaci swojemu pełnomocnikowi, nie będzie możliwa do odzyskania od przegranego (tzw. *recoverability gap*), co w praktyce prowadzi do poddania części kosztów regule amerykańskiej[52]. Im bardziej skomplikowany spór, tym większy może być rozdźwięk między zestandaryzowanymi kosztami zastępstwa procesowego a tymi rzeczywiście poniesionymi.

Drugim sposobem na ograniczenie ryzyka strony przegrywającej i zwiększenie przewidywalności kosztów jest wprowadzenie kontroli następczej (*ex post*)[53] wysokości (zasadności) kosztów ponoszonych przez strony, która opiera się na klauzuli generalnej (standardzie zachowania). Tym tropem idzie duża część ustawodawców oraz regulaminów arbitrażowych, które często ograniczają koszty możliwe do odzyskania od przeciwnika do tych, które są proporcjonalne[54], uzasadnione[55] lub rozsądne[56]. Tego rodzaju ograniczenia zawierają m.in. regulaminy ICC, UNCITRAL, LCIA, nowy regulamin SAKIG czy regulamin Lewiatana.

Klauzule generalne tego typu nie pozwalają z góry przewidzieć maksymalnych kosztów postępowania, a więc zakresu ryzyka finansowego stron. W rezultacie w skomplikowanych sprawach, w których może istnieć potrzeba rozbudowanego postępowania dowodowego, może okazać się, że przegrany będzie zmuszony do zwrotu kosztów zastępstwa prawnego wygranego, które będą stanowić istotną część obciążenia finansowego wynikającego z wyroku. Jednocześnie te klauzule generalne wprowadzają elastyczność w ocenie zasadności poniesienia kosztów obsługi prawnej. Dzięki temu strona przystępująca do sporu arbitrażowego może oczekiwać, że w razie wygranej (oraz zatrudnienia kompetentnych prawników, którzy efektywnie prowadzą spór) będzie mogła przerzucić na przeciwnika wszystkie koszty postępowania. Wydaje się, że popularność omawianego sposobu kontroli kosztów w arbitrażu wynika właśnie z faktu, że w skomplikowanych sprawach często trudno z góry przewidzieć koszty postępowania arbitrażowego, a zatem utrudniona jest ich standaryzacja w postaci obowiązkowych stawek. Bardziej kontrowersyjnym, dodatkowym wytłumaczeniem, które wymaga zbadania, może być wpływ lobby

[49] C. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka, *op.cit*., s. 20.

[50] § 43, pkt 4. Regulamin SAKIG, podobnie jak ustawodawca estoński, a inaczej niż inni wymienieni ustawodawcy, wprowadza jedynie stawki maksymalne.

[51] § 55 ust. 2 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Czeskiej Izbie Gospodarczej oraz Izbie Rolnej Republiki Czeskiej z 2012 r.

[52] Por. uwagi M. Zachariasiewicza w kontekście regulaminu SAKIG, tenże, *Koszty postępowania arbitrażowego w świetle postanowienia § 43 pkt 4 Regulaminu arbitrażowego SAKIG – kilka uwag z perspektywy porównawczej*, *Międzynarodowe prawo handlowe*, http://miedzynarodoweprawohandlowe.wordpress.com/2013/07/23/koszty-postępowania-arbitrazowego-w-swietle-postanowienia-§-43-pkt-4-regulaminu-arbitrazowego-sa-kig-kilka-uwag-z-perspektywy-porownawczej/.

[53] Ogólnie na temat reguł oraz standardów zachowania zob. L. Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 Duke Law Review 557 (1992).

[54] Zob. w szczególności CPR rule 44.3(5).

[55] § 48 ust. 2 pkt 4 nowego regulaminu SAKIG.

[56] § 47 ust. 1 regulaminu Lewiatana; art. 38 pkt (e) oraz art. 40 regulaminu UNCITRAL, art. 37 regulaminu ICC, art. 28.3 regulaminu LCIA (2014), § 1057 ust. 1 ZPO.

prawniczego na tworzenie regulaminów arbitrażowych i faworyzowanie tych rozwiązań, które nie wprowadzają zachęty do ograniczenia kosztów postępowania arbitrażowego.

Dobrą ilustracją dla uzasadnień do dwóch opisywanych powyżej sposobów ograniczenia kosztów możliwych do przerzucenia na drugą stronę postępowania są regulaminy arbitrażowe Międzynarodowego Centrum Arbitrażowego w Hongkongu (HKIAC). Ogólny regulamin arbitrażowy HKIAC (*HKIAC Administered Arbitration Rules* z 2013 r.) w art. 33 odwołuje się do zasady, że kosztami arbitrażu mogą być wszelkie uzasadnione (*reasonable*) koszty zastępstwa prawnego, jednocześnie uprawniając trybunał arbitrażowy do wprowadzenia limitu kosztów możliwych do odzyskania. Natomiast regulamin dotyczący sporów o niewielkiej wartości, niewymagających rozbudowanego postępowania dowodowego (*HKIAC Small Claims and 'Documents Only' Procedures*), wprowadza odgórny limit kosztów zastępstwa prawnego, które może odzyskać każda ze stron sporu, w wysokości 30 000 dolarów hongkońskich. HKIAC posługuje się zatem różnymi metodami w zależności od możliwości przewidzenia przez strony kosztów postępowania.

Trzecim sposobem, będącym kombinacją dwóch wyżej opisanych, jest możliwość wprowadzenia ograniczenia kosztów możliwych do odzyskania w trakcie postępowania sądowego lub arbitrażowego (limit narzucony z góry, ale przez arbitrów, którzy znają okoliczności sprawy). Przykładem regulacji przewidującej możliwość wprowadzenia takiego ograniczenia przez zespół orzekający z własnej inicjatywy lub na wniosek strony na dowolnym etapie postępowania[57] jest sekcja 65 *Arbitration Act*[58]:

> "*Section 65 Power to limit recoverable costs.*
>
> *(1) Unless otherwise agreed by the parties, the tribunal may direct that the recoverable costs of the arbitration, or of any part of the arbitral proceedings, shall be limited to a specified amount.*
>
> *(2) Any direction may be made or varied at any stage, but this must be done sufficiently in advance of the incurring of costs to which it relates, or the taking of any steps in the proceedings which may be affected by it, for the limit to be taken into account*".

Omawiana regulacja ma tę zaletę, że pozwala dostosować limit kosztów możliwych do odzyskania do okoliczności danej sprawy, eliminując ryzyko dochodzenia wygórowanych kosztów skuteczniej niż z góry narzucona taryfa, jednocześnie nie zapewniając jednak przewidywalności kosztów.

Siła przyzwyczajeń

Praktyka zasądzania kosztów w arbitrażu handlowym wskazuje na dominację reguły „przegrany płaci" (w jednym z dwóch wariantów). Jak wynika z raportu badającego preferencje arbitrów pt. *Current and Preferred Practices in the Arbitral Process* z 2012 r., reguła amerykańska stosowana jest w 20% spraw arbitrażowych, podczas gdy w 80% spraw stosowana jest zasada, że przegrany ponosi wszystkie koszty wygranego albo strony ponoszą koszty w stosunku do rozmiaru porażki[59]. Również w arbitrażu inwestycyjnym reguła amerykańska zaczyna być w odwrocie, jednak została zastosowana w 56% spraw zbadanych przez M. Hodgsona[60]. W doktrynie arbitrażu handlowego często podnosi się jednak, że brakuje szczegółowych reguł i wytycznych w regulaminach poszczególnych sądów arbitrażowych dotyczących rozstrzygnięć o kosztach. Okazuje się, że nawet tam, gdzie trybunały zasądzają koszty od przegranego według jednego

[57] Chartered Institute of Arbitrators, Practice Guideline 9: Guideline for Arbitrators on Making Orders Relating to the Costs of the Arbitration, pkt 6.3.

[58] Por. też art. 75–75 wspomnianego wyżej hongkońskiego Arbitration Act.

[59] http://annualreview2012.whitecase.com/International_Arbitration_Survey_2012.pdf.

[60] Zob. na ten temat M. Hodgson, *Costs in Investment*...

z dwóch wariantów tej zasady, szczegółowe jej zastosowanie, a zatem konkretny sposób rozdziału tych kosztów, jest trudny do przewidzenia[61]. Sprzyja temu przyznawanie arbitrom przez regulaminy sądów arbitrażowych pełnej dyskrecji w decydowaniu o kosztach[62].

Wydaje się, że wytłumaczeniem dla odmiennych decyzji trybunałów arbitrażowych mogą być różne przyzwyczajenia arbitrów wyniesione z praktyki postępowań sądowych kraju pochodzenia oraz oczekiwania stron co do kosztów, również wyniesione z krajów ich pochodzenia. Praktyka odwoływania się do lokalnych praw i przyzwyczajeń znajduje potwierdzenie w publikowanych wyrokach arbitrażowych[63]. Jako inny przykład można podać praktykę stosowania w arbitrażu z siedzibą Anglii zero-jedynkowej reguły zasądzania kosztów czy stosowania tzw. *sealed offers* (odpowiednika *Part36 Offer* z angielskiej procedury sądowej)[64]. Można też wskazać praktykę amerykańską, która pokazuje, że sądy uznają zasądzenia kosztów od jednej ze stron, jeśli strony się na to wyraźnie nie zgodziły, jako możliwą przyczynę uchylenia wyroku sądu arbitrażowego, co może warunkować zachowanie arbitrów[65]. Oczywiście poza prostymi odwołaniami do lokalnych regulacji istnieją jeszcze nieuchwytne inspiracje. Można bowiem zakładać, że arbitrzy często nawet nieświadomie posiłkują się schematami myślenia wyniesionymi z prawa obowiązującego w kraju, w którym praktykują[66].

W tym kontekście warto zwrócić uwagę na nowy regulamin LCIA, który stanowi próbę zerwania z uwikłaniem regulaminu arbitrażowego z lokalną otoczką regulacyjną w celu zwiększenia jego atrakcyjności dla międzynarodowych użytkowników arbitrażu. W art. 28.3–4 regulamin LCIA szczegółowo opisuje zasadę ponoszenia kosztów postępowania przez strony, precyzując m.in.: *„The Arbitral Tribunal shall not be required to apply the rates or procedures for assessing such costs practised by any state court or other legal authority"*.

Można tę część podsumować, stawiając tezę, że o ile regulamin arbitrażowy danego sądu nie przewiduje szczegółowych regulacji lub wytycznych dla arbitrów, ci będą mieli naturalną skłonność do odwoływania się do reguł wyniesionych albo z lokalnego ustawodawstwa, albo do własnych doświadczeń.

Zasada ponoszenia kosztów w regulaminach SAKIG

W świetle powyższych uwag warto spojrzeć na regulaminy SAKIG: jakie zasady ponoszenia kosztów te regulaminy inkorporują i jakimi przesłankami się kierują? Jaki wpływ na ich stosowanie ma kodeks postępowania cywilnego? Odpowiedź na te pytania powinna dać wskazówki co do przewidywalności oraz wysokości kosztów arbitrażu, jak również atrakcyjności tych regulaminów dla użytkowników krajowych i międzynarodowych.

Regulamin SAKIG

Regulamin SAKIG dość zdawkowo reguluje koszty postępowania, jednocześnie wprowadzając dość szczegółowe ograniczenie dotyczące kosztów zastępstwa procesowego:

[61] Zob. tenże, *Counting the costs...*; tenże, *Costs in Investment...*

[62] M. Bühler, *op.cit*., s. 256.

[63] Zob. np. ICC Case 6345 (1991), 6282 (1992), „ICC Bulletin" 1993, nr 4, s. 42–45; ICC Case 6962 (1994), „Yearbook of Commercial Arbitration 19 (1994), s. 193.

[64] Zob. P. Anjoshoaa, *Costs awards in international arbitration and the use of 'sealed offers' to limit liability for costs*, „International Arbitration Law Review" 2007, nr 2.

[65] Zob. wyroki powołane przez R. Kreindlera, *op.cit.*, s. 5.

[66] Por. M.L. Smith, *Costs in International Commercial Arbitration*, „Dispute Resolution Journal" 2001, nr 56; M. Bühler, *op.cit*., s. 256.

„§ 43 Treść wyroku

Wyrok powinien zawierać: [...]

4) rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów postępowania oraz kosztów zastępstwa procesowego jednego pełnomocnika, stosownie do nakładu pracy, do maksymalnej wysokości połowy opłaty arbitrażowej w sprawie, nie więcej jednak niż 100 000,00 złotych lub równowartości tej kwoty wyrażonej w innej walucie, ustalonej w oparciu o średni kurs waluty polskiej do innych walut, ogłaszany przez Narodowy Bank Polski w dniu poprzedzającym jej zasądzenie,
5) na wniosek strony – rozstrzygnięcie o kosztach przejazdów i noclegów arbitrów, które obciążają tę stronę i rozliczane są z zaliczki pobranej od niej przez Sąd na wydatki arbitrażowe".

Niecodzienność tej regulacji polega na tym, że stanowi ona wyraźne nawiązanie do reguł zasądzania kosztów postępowania wyrażonych w kodeksie postępowania cywilnego. Wszystkie jej istotne elementy: ograniczenie kosztów zastępstwa procesowego do kosztów jednego pełnomocnika, taryfa kosztów zastępstwa procesowego proporcjonalna do wartości przedmiotu sporu oraz maksymalna kwota kosztów zastępstwa procesowego, które mogą zostać odzyskane przez pełnomocnika, stanowią odbicie reguł obowiązujących w procesie sądowym (konkretnie: w kodeksie postępowania cywilnego), a niezwykle rzadko spotykanych w arbitrażu. Również na podstawie danych anegdotycznych i nielicznych opublikowanych wyroków SAKIG można zaryzykować tezę, że praktyka sądu dotycząca kosztów zastępstwa procesowego jest zatopiona w regułach polskiego procesu cywilnego[67].

Ograniczenie kosztów zastępstwa procesowego do kosztów jednego pełnomocnika jest jawnym archaizmem. Jeśli chodzi o stawki maksymalne, sprawa jest bardziej skomplikowana. Niemal każdy regulamin arbitrażowy przewiduje zasady ograniczające wysokość kosztów możliwych do odzyskania od strony przegranej, jednak regulamin SAKIG należy do tych rzadkich przypadków, w których stawki wynagrodzenia dla pełnomocników są z góry określone. Jeśli przyjrzeć się tym stawkom i porównać je do stawek urzędowych za czynności adwokata lub radcy prawnego (por. § 2 i w zw. z § 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu oraz Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu), okazuje się, że maksymalna stawka za czynności pełnomocnika przed zespołem orzekającym SAKIG przewyższa maksymalną stawkę ustawową (tj. sześciokrotność stawek minimalnych ustalanych w odniesieniu do wartości przedmiotu sporu) dopiero w przypadku sporu, którego wartość mieści się w przedziale 1 milion – 10 milionów złotych (§ 8 pkt 5 taryfy opłat za czynności Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej). Jeśli wziąć pod uwagę, że stawki ustawowe za czynności profesjonalnych pełnomocników w Polsce należą do najniższych w Europie[68], regulamin SAKIG może zaskakiwać swoim rygorystycznym podejściem do kosztów postępowania.

Przyjęte rozwiązanie ma dwie główne zalety: zapewnia niespotykaną w arbitrażu przewidywalność kosztów postępowania oraz odpowiada przyzwyczajeniom użytkowników arbitrażu wyniesionym z praktyki polskiego postępowania cywilnego. Może tym samym wpływać na oszczędniejsze prowadzenie sporu ze względu na to, że kosztów przewyższających stawki taryfowe nie będzie można odzyskać od przeciwnika (w tym sensie

[67] Zob. w szczególności wyrok z 17 sierpnia 2009 r., SA 227/08, „Biuletyn Arbitrażowy" 2010, nr 10, s. 123, w którym przyznano stronie wygranej koszty zastępstwa adwokackiego, chociaż pełnomocnik nie wskazał, jakiej kwoty dochodzi tytułem kosztów postępowania arbitrażowego. Por. też praktykę odwoływania się do zasad zasądzania wynagrodzenia radców prawnych, przytoczona przez A. Olszewskiego oraz E. Czerniawko, w: ciże, *op.cit.*, s. 43.

[68] C. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka, *op.cit*., s. 56.

M. Zachariasiewicz stwierdza, że skutki zasady przyjętej w tym regulaminie zbliżają się do reguły amerykańskiej[69]). Głównymi wadami przyjętej zasady są jej brak elastyczności oraz niestandardowość, tj. nieprzystawalność do przyzwyczajeń wielu użytkowników arbitrażu międzynarodowego. W rezultacie ta reguła nie może się sprawdzić w przypadku skomplikowanych sporów, w których konieczne jest przeprowadzenie wielu dowodów i odpowiednie przygotowanie merytoryczne zespołu prawników. W takim przypadku różnica między rzeczywistymi kosztami zastępstwa prawnego a kosztami możliwymi do odzyskania od przegranego może osiągnąć tak wysoki poziom, że w praktyce rozwodniona zostanie zasada, że za postępowanie płaci przegrany.

Nowy regulamin SAKIG

Nowy regulamin SAKIG zmienia diametralnie regulację dotyczącą kosztów postępowania, rezygnując z odgórnych reguł na rzecz standardów. Poświęcony jest jej osobny rozdział (§ 48–51):

> „§ 48
>
> Koszty postępowania arbitrażowego
>
> 1. Na żądanie strony Zespół Orzekający rozstrzyga o kosztach postępowania arbitrażowego w orzeczeniu kończącym postępowanie, uwzględniając wynik postępowania oraz inne istotne okoliczności.
> 2. Koszty postępowania arbitrażowego obejmują: [...]
> 4) uzasadnione koszty stron związane z prowadzeniem postępowania, ustalane na podstawie Regulaminu oraz Taryfy Opłat obowiązującej w dniu wszczęcia postępowania. [...]
>
> § 51
>
> Koszty stron
>
> 1. Rozstrzygając o kosztach postępowania, Zespół Orzekający uwzględnia uzasadnione koszty zastępstwa prawnego oraz inne uzasadnione koszty poniesione przez stronę w związku z postępowaniem.
> 2. Rozstrzygając o kosztach zastępstwa prawnego, Zespół Orzekający uwzględnia wynagrodzenie pełnomocnika w rozsądnej wysokości, biorąc zwłaszcza pod uwagę wynik postępowania, nakład pracy pełnomocnika, charakter sprawy oraz inne istotne okoliczności".

Na początku należy podnieść uwagę formalną: nie do końca zrozumiałe jest przywołanie wyniku postępowania w kontekście oceny rozsądności wynagrodzenia pełnomocnika. O ile jest to w pełni zrozumiałe w § 48 (zasada „przegrany płaci"), o tyle w przypadku § 51 ust. 2 ponowne odwołanie do wyniku postępowania wprowadza konfuzję. § 51 ust. 2 sugeruje, że zasadność wysokości wynagrodzenia pełnomocnika jest zależna od wyniku sprawy. W rezultacie przegrany mógłby być na tej podstawie podwójnie penalizowany: po pierwsze w związku z rozdziałem kosztów, po drugie w związku z ustalaniem, jaka kwota wynagrodzenia podlega zasądzeniu.

Nowy regulamin SAKIG wpisuje się w trend uniformizacji regulaminów arbitrażowych na świecie: ograniczeniu kosztów postępowania służą nie z góry narzucone stawki, ale klauzule generalne „uzasadnionych kosztów" oraz „wynagrodzenia pełnomocnika w rozsądnej wysokości". Jeśli chodzi o zasadę ponoszenia kosztów, nowy regulamin SAKIG w § 48 ust. 1, inaczej niż np. regulamin ICC czy regulamin VIAC, nie pozostawia arbitrom pełnej dyskrecji w sprawie kosztów, ale narzuca regułę „przegrany płaci", której brzmienie jest łudząco podobne do brzmienia art. 43 ust. 5 Regulaminu Instytutu Arbitrażowego Sztokholmskiej Izby Handlowej w Sztokholmie (SCC). Chociaż regulamin nie przewiduje

[69] M. Zachariasiewicz, *op.cit.*

wprost, o który wariant tej zasady chodzi (w tym zakresie arbitrzy mają pewną dozę swobody), w świetle dotychczasowej praktyki SAKIG śmiałego korzystania z tradycji polskiego postępowania sądowego można przyjąć, że chodzi o kodyfikację zasad ponoszenia kosztów postępowania wywodzących się z kodeksu postępowania cywilnego.

Należy się też odnieść do klauzuli generalnej „wynagrodzenia pełnomocnika w rozsądnej wysokości". W praktyce może się okazać, że arbitrzy rozstrzygający spory zgodnie z nowym regulaminem SAKIG, interpretując tę zasadę, będą odwoływać się nie tylko do dotychczasowych doświadczeń oraz regulacji kosztów w k.p.c., ale też do ustawowych stawek wynagrodzenia pełnomocników. Przed taką automatyczną praktyką należy przestrzegać, ponieważ może ona prowadzić do wprowadzenia „tylnymi drzwiami" do nowego regulaminu reguły amerykańskiej. Pomijając tu kontekst międzynarodowy, który stał za wprowadzeniem powołanego wyżej zastrzeżenia z art. 28.3–4 regulaminu LCIA, wydaje się, że praktyka odwoływania się do zaniżonych ustawowych stawek wynagrodzenia pełnomocników stanowiłaby niesprawiedliwe obciążenie dla stron korzystających z kompetentnych (często drogich) pełnomocników albo zniechęcałaby do korzystania z takich pełnomocników, a zatem nie sprzyjałaby profesjonalizacji arbitrażu w Polsce. Interwencja arbitrów w wysokość (stawki) wynagrodzenia pełnomocników powinna ograniczać się do przypadków nadużyć, a nie stanowić narzędzia do automatycznego ujednolicania stawek np. do średniej rynkowej.

Jeśli chodzi o kwestię uzasadnionych kosztów (czyli zakresu poniesionych kosztów), teoretycznie usunięcie obowiązkowych stawek zastępstwa procesowego może zachęcać niektórych pełnomocników, przyzwyczajonych (podobnie jak część arbitrów) do nieefektywnych praktyk polskiego wymiaru sprawiedliwości, do ponoszenia zwiększonych kosztów. Jednak zamiast limitowania wysokości stawek wynagrodzenia pełnomocników, takim praktykom można przeciwdziałać właśnie przez nieuznawanie określonych kosztów za zasadnie poniesione oraz przez odpowiedni rozkład kosztów między stronami.

Ta klauzula generalna może jednak okazać się nieskuteczna wobec braku efektywności tych, którzy mają ją stosować, tj. arbitrów. Oszczędnemu rozwiązywaniu sporów nie służą w szczególności: rozpoznawanie sprawy na kilku rozprawach przedzielonych długimi przerwami, niedostateczna kontrola nad składaniem pism i wniosków dowodowych stron, brak zawężenia sporu do uzgodnionych zagadnień czy niedostateczne wykorzystanie środków komunikacji elektronicznej. Rolą kompetentnego pełnomocnika jest w takim wypadku usprawnienie postępowania.

Na koniec można poruszyć osobną kwestię nieskomplikowanych roszczeń o mniejszej wartości, które stanowią istotną część spraw trafiających przed SAKIG[70]. Brak z góry określonych stawek zastępstwa procesowego może ograniczyć opłacalność dochodzenia takich roszczeń[71]. W tym kontekście warta zastanowienia na przyszłość jest możliwość wprowadzenia do nowego regulaminu SAKIG uproszczonej procedury rozpoznawania sporów nieskomplikowanych lub niewymagających rozbudowanego postępowania dowodowego, przewidującej limit kosztów zastępstwa procesowego lub kompetencję zespołu orzekającego do narzucenia takiego limitu.

[70] Por. European Arbitration Group. Report Poland (October 10, 2008), „Biuletyn Arbitrażowy" 2009, nr 9, s. 31.

[71] C. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka, *op.cit*., s. 23–24.

Narada arbitrów – zagadnienia praktyczne

Jan Rysiński*

Niezależnie od reguł właściwych dla konkretnego postępowania arbitrażowego w sprawie rozpoznawanej przez więcej niż jednego arbitra niezbędnym elementem postępowania jest narada arbitrów[1].

W toku narady dochodzi do ukształtowania rozstrzygnięcia sprawy, ma więc ona szczególne znaczenie z punktu widzenia końcowego wyniku postępowania arbitrażowego. Z tej przyczyny w literaturze wskazuje się m.in., że narada arbitrów służy urzeczywistnieniu zasady równości stron postępowania i zasady sprawiedliwego procesu[2]. Wspomina się wręcz o prawie stron do narady arbitrów, wynikającym z ogólnego prawa do wysłuchania[3]. Jak podkreślają E. Gaillard i J. Savage, przeprowadzenie prawidłowej narady stanowi wymóg międzynarodowego porządku prawnego[4], naruszenie którego doprowadzić może do uchylenia wyroku arbitrażowego[5].

Mimo kluczowego znaczenia, jakie narada arbitrów ma dla rozstrzygnięcia sporu, rzadko jest ona przedmiotem szczegółowej regulacji. Nie zajmuje się nią bliżej ani prawo modelowe UNCITRAL[6], ani dotyczące arbitrażu przepisy polskiego kodeksu postępowania cywilnego[7]. Postanowień regulujących w sposób kompletny szczegółowe zagadnienia związane z naradą arbitrów brak jest też w wielu regulaminach najważniejszych międzynarodowych instytucji arbitrażowych czy w Regulaminie Arbitrażowym UNCITRAL[8].

---

* Jan Rysiński jest adwokatem w kancelarii Łaszczuk i Wspólnicy sp.k. w Warszawie.

[1] T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd polubowny*, Warszawa 2008, s. 330.

[2] T. Wiśniewski, A. Hauser-Morel, w: A. Szumański (red.), *System prawa handlowego. Tom 8. Arbitraż handlowy*, Warszawa 2010, s. 501–502.

[3] T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 330; B. Berger, F. Kellerhals, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Bern 2006, s. 475.

[4] T. Schwarz, C. Konrad, *The Vienna Rules. A Commentary on International Arbitration in Austria*, Kluwer Law International 2009, s. 641; Y. Derains, E.A. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of* Arbitration, Kluwer Law International 2005, s. 307; E. Gaillard, J. Savage (red.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 1999, s. 745–746.

[5] E. Gaillard, J. Savage (red.), *op.cit.*, s. 745–746.

[6] *Prawo modelowe o międzynarodowym arbitrażu handlowym Komisji Międzynarodowego Prawa Handlowego Narodów Zjednoczonych* (UNCITRAL) z 1985 roku ze zmianami wprowadzonymi w 2006 roku, tekst pochodzący z oficjalnej strony internetowej UNCITRAL, http://uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

[7] Por. jednak art. 1185 k.p.c., który wskazuje na dowolność miejsca odbywania narady oraz art. 1195 k.p.c. regulujący m.in. kwestie związane z głosowaniem.

[8] *UNCITRAL Arbitration Rules* z 1976 roku ze zmianami wprowadzonymi w 2010 roku, pochodzące z oficjalnej strony internetowej UNCITRAL, http://uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010- Arbitration_rules.html.

Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie z 14 października 2014 r. w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2015 r.[9] wprowadza w § 40 ust. 3 zasadę niejawności narady, a także w dalszych ustępach zasady dotyczące głosowania nad rozstrzygnięciem oraz wydawania wyroku w niepełnym składzie.

Warto zauważyć, że aktualny regulamin SAKIG różni się w tym zakresie w istotny sposób w porównaniu z Regulaminem Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej z 1 stycznia 2010 r., obowiązującym do 31 grudnia 2014 r. W § 42 ust. 2 regulamin ten[10] ustanawiał w sposób wyraźny obok zasady niejawności oraz procedury wydawania orzeczeń w niepełnym składzie dwa etapy narady w postaci dyskusji oraz głosowania nad wyrokiem, a także „w razie potrzeby" nad zasadniczymi motywami rozstrzygnięcia. Na opisanym powyżej tle tak szczegółowa regulacja stanowiła swego rodzaju wyjątek.

Niezależnie od przyjętego modelu regulacji jasne jest jednak, że wydanie wyroku arbitrażowego nie polega jedynie na przeprowadzeniu przez arbitrów głosowania nad uwzględnieniem bądź oddaleniem powództwa bezpośrednio po zamknięciu rozprawy. Rozstrzygnięcie sprawy wymaga szczegółowego omówienia wszystkich istotnych zagadnień sprawy – już tylko po to, żeby wiadomo było, co ma być przedmiotem głosowania. Naturalne jest więc, że przygotowanie głosowania wymagać będzie uprzedniego omówienia motywów, które stanowić będą podstawę rozstrzygnięcia. Dopiero to pozwoli na sformułowanie i przegłosowanie możliwych rozstrzygnięć.

Trzeba mieć przy tym na względzie, że sposób przeprowadzania narady powinien służyć zasadniczemu celowi postępowania arbitrażowego, jakim jest sprawiedliwe rozstrzygnięcie zawisłej przed trybunałem arbitrażowym sprawy[11]. Organizacja narady i współpraca arbitrów w jej toku powinny uwzględniać także nierozerwalnie powiązane z tym celem wspomniane na wstępie podstawowe zasady sprawiedliwego postępowania.

W tym świetle warto więc przeanalizować problematykę narady arbitrów, a w szczególności zagadnienia związane z czasem, miejscem i sposobem jej prowadzenia, a także kwestie przedmiotu narady, trybów głosowania nad rozstrzygnięciem, jak również zagadnienia związane z poufnością narady.

1. Miejsce i czas narady

Na wstępie wypada zauważyć, że nie ma wymogu odbycia narady bezpośrednio po zamknięciu rozprawy ani by trwała ona w jednym ciągu aż do uzgodnienia treści wyroku[12]. W kwestii tego, „gdzie i kiedy" przeprowadzona powinna zostać narada arbitrów, panuje więc daleko posunięta dowolność.

1.1. Miejsce narady

Można pokusić się o stwierdzenie, że w ogóle nie ma możliwości abstrakcyjnego określenia, gdzie narada powinna się odbyć. Brak jest generalnej reguły określającej właściwe

[9] Tekst na oficjalnej stronie internetowej SAKIG, http://sakig.pl/uploads/upfiles/pdf/Regulamin_Arbitrazowy_SA_przy_KIG.pdf (dalej: „regulamin SAKIG").

[10] Tekst na oficjalnej stronie internetowej SAKIG, http://sakig.pl/uploads/pdf/regulaminy/regulamin-styczen2007.pdf.

[11] T. Wiśniewski, A. Hauser-Morel, *op.cit.*, s. 502.

[12] Niektórzy praktycy zalecają jednak, aby przynajmniej pierwsza z sesji narad rozpoczęła tak szybko, jak jest to możliwe po zakończeniu ostatniego posiedzenia trybunału, a wręcz natychmiast po nim, *vide:* L.Y. Fortier, *The Tribunal's Deliberations*, w: *The Leading Arbitratos' Guide to International Arbitration*, Juris Publishing 2008, s. 479–480, podaję za A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press 2009, s. 569.

miejsce przeprowadzenia narady, a zwłaszcza takiej, z której wynikać miałoby, że narada powinna zostać przeprowadzona w miejscu arbitrażu. Niektóre regulacje, np. art. 16 ust. 2 Szwajcarskiego Regulaminu Międzynarodowego Arbitrażu[13], art. 20 (2) Regulaminu Arbitrażowego Instytutu Arbitrażowego przy Sztokholmskiej Izbie Handlowej[14] wprost stanowią, że miejsce narady jest dowolne i niezależne od miejsca arbitrażu. Podobną regułę ustanawia art. 1185 polskiego k.p.c. Odpowiednie przepisy prawa krajowego mogą odmiennie regulować to zagadnienie[15].

Innym aspektem tego zagadnienia jest to, że brak jest regulacji, z której wynikałoby, że jedynym trybem właściwym dla narady arbitrów jest tryb spotkania wszystkich arbitrów w jednym miejscu[16]. Nie będzie więc naruszało obowiązku przeprowadzenia narady zaniechanie osobistego spotkania wszystkich arbitrów na rzecz przeprowadzenia np. telekonferencji lub przeprowadzenia dyskusji i głosowania w drodze korespondencji, w tym korespondencji e-mailowej (o czym niżej)[17]. Niewątpliwie korespondencja elektroniczna będzie, nie tylko zresztą w przypadku postępowania toczącego się z udziałem arbitrów z różnych państw, najdogodniejszym narzędziem porozumiewania się arbitrów, umożliwiającym najszybsze i najsprawniejsze dokonanie wszystkich koniecznych uzgodnień.

1.2. Ramy czasowe

Na wstępie rozważań dotyczących zagadnienia czasu narady zauważyć wypada, że ramy czasowe dla przeprowadzenia narady mogą w pewnym zakresie być wyznaczane przez regulamin danego sądu. Np. § 40 ust. 2 regulaminu SAKIG przewiduje, że wyrok powinien zostać wydany w ciągu 30 dni od zamknięcia rozprawy. W tym czasie powinna więc ostatecznie zostać uzgodniona treść orzeczenia, jak również powinno zostać sporządzone uzasadnienie, a wyrok podpisany i doręczony stronom. Z kolei np. zgodnie z regulaminem SCC wyrok powinien zostać wydany w ciągu sześciu miesięcy od dnia przekazania sprawy trybunałowi arbitrażowemu.

Poza koniecznością uwzględnienia tego rodzaju wytycznych konkretnej instytucji arbitrażowej arbitrzy dysponują dowolnością co do tego, kiedy przeprowadzić naradę – w szczególności, jak już wspomniano, nie jest konieczne przeprowadzenie jej bezpośrednio po zamknięciu rozprawy.

Bardziej istotnym zagadnieniem wydaje się odpowiedź na pytanie, kiedy narada zaczyna się i (zwłaszcza) z jaką chwilą się kończy.

Problem ten ma szczególne praktyczne znaczenie ze względu na konieczność rozważenia, czy w toku narady następuje pewien określony moment, do którego arbitrzy mają możliwość prowadzenia wymiany poglądów i zgłaszania uwag co do treści orzeczenia i poszczególnych istotnych zagadnień, a od którego byłoby to już niemożliwe, zaś ewentualne zgłaszane przez arbitrów uwagi nie mogłyby już mieć wpływu na treść rozstrzygnięcia oraz uzasadnienia orzeczenia i powinny zostać zachowane na potrzeby ewentualnego zdania odrębnego.

Odpowiedź na to pytanie wymaga rozważenia, co stanowi przedmiot narady arbitrów, a zwłaszcza jaka jest rola motywów rozstrzygnięcia.

---

[13] Tekst polski z 1 czerwca 2012 r. na oficjalnej stronie Swiss Chambers' Arbitration Institution, https://www.swissarbitration.org/sa/en/rules.php (dalej: „*Swiss Rules*").

[14] Tekst polski z 1 stycznia 2010 r., pochodzący z oficjalnej strony SCC: http://www.sccinstitute.com/skiljedomsregler-4.aspx (dalej: „regulamin SCC").

[15] Np. A. Wiśniewski i M. Hauser-Morel zwracają uwagę na istniejący w prawie szwedzkim obowiązek przeprowadzenia narady w miejscu arbitrażu: T. Wiśniewski, A. Hauser-Morel, *op.cit.*, s. 502.

[16] A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *op.cit.*, s. 568.

[17] T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 329.

1.3. Przedmiot narady

Jak wspomniano wyżej, w większości regulaminów wiodących zagranicznych instytucji arbitrażowych nie wspomina się wprost o konieczności przeprowadzenia dyskusji nad rozstrzygnięciem. Regulaminy te poprzestają na ogół na stwierdzeniu, że w przypadku, gdy trybunał składa się z więcej niż jednego arbitra, rozstrzygnięcia zapadają większością głosów, a także ustanawiają reguły wydawania orzeczeń w niepełnym składzie. Podobnie reguluje to zagadnienie obowiązujący od 1 stycznia 2015 r. regulamin SAKIG.

Regulamin SAKIG w brzmieniu sprzed 1 stycznia 2015 r. *explicite* stanowił, że wyrok ma zostać wydany po przeprowadzeniu narady obejmującej dyskusję i głosowanie nad wyrokiem, a „w razie potrzeby" także nad zasadniczymi motywami rozstrzygnięcia. W zbliżony sposób zagadnienie to uregulowane jest w Regulaminie Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan[18], również kładącym nacisk na konieczność przeprowadzenia niejawnej narady i wyróżniającym etap dyskusji oraz głosowania nad treścią wyroku i zasadniczymi motywami rozstrzygnięcia.

Jak wspomniano na wstępie, wydaje się zupełnie naturalne, że przed przegłosowaniem rozstrzygnięcia zawsze konieczne jest przeprowadzenie dyskusji nad orzeczeniem, chociażby dla uzgodnienia, nad czym arbitrzy będą głosować. W przeciwnym przypadku rola arbitrów ograniczałaby się do głosowania za uwzględnieniem bądź oddaleniem powództwa – co jaskrawo sprzeciwiałoby się wspomnianym na wstępie zasadom, których urzeczywistnieniu ma służyć narada arbitrów.

W związku z powyższym istotne znaczenie wydaje się mieć zagadnienie dotyczące przedmiotu dyskusji arbitrów. Szczególnie interesujące jest natomiast, czy dyskusja ta dotyczyć ma wyłącznie sentencji orzeczenia czy też sentencji oraz ogólnie pojmowanych motywów, czy – idąc dalej – również szczegółów treści uzasadnienia.

1.4. Motywy orzeczenia

W praktyce nie wydaje się możliwe, aby w pierwszej kolejności przedyskutowana i przegłosowana została wyłącznie operatywna część orzeczenia – tj. kwestia uwzględnienia bądź oddalenia powództwa, a dopiero następnie przeprowadzone zostały dyskusja i ewentualne głosowanie nad jej motywami. Oczywiste jest bowiem, że ustalenie sentencji jest w rzeczywistości rezultatem zidentyfikowania i rozstrzygnięcia zagadnień mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy – czyli właśnie zasadniczych motywów.

W literaturze polskiego procesu cywilnego wskazuje się, że cel i porządek dyskusji obejmować powinny kolejno wszystkie podstawowe elementy rozstrzygnięcia sprawy:

1) ustalenie stanu faktycznego sprawy w oparciu o przeprowadzoną ocenę dowodów;
2) wybór znajdujących zastosowanie przepisów prawa materialnego i ich wykładnię;
3) subsumcję ustalonego stanu faktycznego pod przepisy prawa[19].

B. Bladowski zaznacza, że dyskusja nad wyrokiem powinna być wyczerpująca i obejmować wszystkie kwestie faktyczne i prawne dotyczące rozstrzygnięcia o żądaniu głównym i o żądaniach ubocznych, jak również kwestie procesowe. Podkreślenia wymaga, że wynikiem dyskusji powinno być wypracowanie zasadniczych motywów rozstrzygnięcia[20].

[18] Z 1 marca 2012 r. Tekst na z oficjalnej stronie Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan, http://www.sadarbitrazowy.org.pl/pl/przepisy-regulaminy (dalej: „regulamin SA Lewiatan").

[19] B. Bladowski, *Metodyka pracy sędziego cywilisty*, Zakamycze 2005, s. 231; por. K. Piasecki, *Procesowotechniczne i psychologiczne oraz logiczne aspekty tworzenia wyroku*, w: *Wyroki sądów pierwszej instancji, sądów apelacyjnych oraz Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych, handlowych i gospodarczych*, Oficyna 2007, Lex nr 59301.

[20] B. Bladowski, *op.cit.*, s. 232.

Nie ulega wątpliwości, że powyższymi zasadami w takim samym stopniu powinna rządzić się narada arbitrów w postępowaniu arbitrażowym. Motywy orzeczenia stanowią więc kluczowy przedmiot dyskusji arbitrów.

Na marginesie zauważyć można, że w myśl regulaminu SAKIG w brzmieniu obowiązującym do 31 grudnia 2014 r. zasadnicze motywy rozstrzygnięcia podlegać miały dyskusji i głosowaniu „w razie potrzeby". Sformułowanie to nasuwać mogło istotne wątpliwości. Nawet w sprawach, w których nie występują skomplikowane zagadnienia prawne, wydaje się konieczne co najmniej ustalenie przez trybunał stanu faktycznego i kwestii stanowiących przedmiot sporu – co samo w sobie jest równoznaczne z przeprowadzeniem dyskusji o motywach rozstrzygnięcia. Co więcej, również w przypadkach niecodziennych, np. w razie niepodjęcia obrony przez pozwanego, zachodzi potrzeba omówienia motywów rozstrzygnięcia – chociażby dla rozważenia, czy wykazana została faktyczna podstawa żądania pozwu.

1.5. Motywy rozstrzygnięcia a uzasadnienie wyroku arbitrażowego

Z punktu widzenia przedmiotu narady zastanowienia wymaga, jak należy rozumieć pojęcie „motywy rozstrzygnięcia", a konkretnie jaka jest jego relacja do uzasadnienia wyroku arbitrażowego jako całości czy wręcz do samego wyroku. Jest to więc też pytanie o to, czy sama treść uzasadnienia wyroku jest przedmiotem narady arbitrów czy też dyskusji podlegają np. wyłącznie główne zagadnienia, które miałyby stanowić kanwę uzasadnienia.

Regułą powszechnie występującą w poszczególnych krajowych porządkach prawnych i regulacjach instytucji arbitrażowych jest uznawanie motywów za integralną część samego wyroku arbitrażowego[21]. W literaturze wskazuje się, że przedstawienie przez trybunał arbitrażowy motywów wyroku nie musi odpowiadać wymaganiom przewidzianym dla postępowania sądowego przed sądem państwowym, a w szczególności że nie jest niezbędne wskazanie podstawy prawnej rozstrzygnięcia[22]. Polski k.p.c. przewiduje jednak w art. 1194 § 1 konieczność wyszczególnienia w uzasadnieniu, na jakich faktach oparł się trybunał, a także które okoliczności uznał za niezbędne do rozstrzygnięcia sporu oraz czy rozstrzygnięcie nastąpiło na podstawie prawa czy według ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności.

W praktyce wyrok oprócz części motywacyjnej zawiera zazwyczaj wiele innych elementów, do których należeć mogą: oznaczenie stron postępowania, pełnomocników i arbitrów, omówienie sposobu ukonstytuowania się trybunału arbitrażowego, oznaczenie miejsca czy języka arbitrażu, wskazanie klauzuli arbitrażowej, prawa właściwego czy wybranego regulaminu postępowania[23]. Wskazuje się, że jednym z elementów wyroku jest też jego uzasadnienie, które zawierać powinno m.in. zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego, stanowisk stron i ich żądań czy też omówienie sposobu prowadzenia postępowania w świetle przyjętych reguł postępowania i jego zgodności z wolą stron[24]. Do dobrej praktyki należy omówienie zgłoszonych przez strony dowodów i decyzji trybunału w tym zakresie, jak również wymienienie zidentyfikowanych przez trybunał zagadnień stanowiących przedmiot sporu między stronami.

Jak wynika z powyższego, dla praktyki arbitrażowej nie wydaje się przydatne znane na gruncie polskiego postępowania sądowego ścisłe rozróżnienie rozstrzygnięcia i uzasadnienia. Wskazane jest raczej traktowanie motywów rozstrzygnięcia czy też uzasadnienia *sensu largo* jako integralnej, niezbędnej części samego wyroku arbitrażowego. W tej

[21] T. Wiśniewski, A. Hauser-Morel, *op.cit.*, s. 507–508; T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 332; tak też Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 13 maja 2013 r., I ACa 1298/12, Lex nr 1362923.

[22] T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 333.

[23] T. Wiśniewski, A. Hauser-Morel, *op.cit.*, s. 508.

[24] *Ibidem*.

sytuacji uznać należy, że przedmiotem narady arbitrów jest wyrok jako całość, czyli wszystko to, co znajdzie odzwierciedlenie w ostatecznym, sporządzonym na piśmie i wydanym zgodnie z właściwymi regułami formalnymi dokumencie.

1.6. Opracowanie uzasadnienia

Właściwym momentem przystąpienia do sporządzenia uzasadnienia orzeczenia wydaje się chwila uzgodnienia przez arbitrów motywów orzeczenia i przegłosowania treści sentencji. W tym miejscu powstaje pytanie: czy z tą samą chwilą dochodzi do zamknięcia narady arbitrów, a więc czy od tej chwili tracą oni możliwość dalszej dyskusji nad treścią wyroku?

Pozornie mogłoby się wydawać, że skoro nieodzowne jest, aby przynajmniej część motywacyjna została szczegółowo przedyskutowana i uzgodniona przez arbitrów przed przystąpieniem do pracy nad uzasadnieniem orzeczenia, to od chwili przegłosowania sentencji treść wyroku uznać należy za ustaloną, a więc od tego momentu nie powinna ona już ulegać zmianie.

Niewątpliwie jednak za chwilę bardziej istotną uznać należy moment formalnego wydania wyroku arbitrażowego. To bowiem właśnie ten moment stanowi rzeczywiste zwieńczenie narady arbitrów. Nie jest nią zaś chwila głosowania nad sentencją orzeczenia.

Powszechnie przyjmuje się – w odróżnieniu np. od zasad znajdujących zastosowanie do wydania wyroku przez polski sąd powszechny – że wydanie wyroku arbitrażowego następuje w momencie złożenia przez arbitrów podpisów pod wyrokiem (z reguły przynajmniej przez większość spośród arbitrów – o czym niżej). Dopiero z chwilą podpisania wyrok sądu polubownego wiąże arbitrów. Jak podkreślają T. Ereciński i K. Weitz, można uznać, że skoro wyroku sądu polubownego nie ogłasza się, lecz doręcza stronom, to do tego momentu sąd polubowny może jeszcze zmienić uprzednio przyjęte rozstrzygnięcie[25].

Powyższe jednoznacznie świadczy o tym, że narada może mieć swój dalszy ciąg nawet po przegłosowaniu sentencji orzeczenia i może, czy wręcz powinna, trwać w toku prac nad uzasadnieniem orzeczenia. Skoro uzasadnienie jest integralną częścią wyroku arbitrażowego, konieczne jest, aby zgoda i podpisy arbitrów obejmowały zarówno samo rozstrzygnięcie, jak i treść uzasadnienia – przy czym chodzi o uzasadnienie jako całość, a nie o ograniczone do pojęcia zasadniczych motywów uzgodnionych przed przystąpieniem do sporządzenia uzasadnienia.

Wydaje się to zarówno naturalne, jak i uzasadnione praktycznie – praca nad uzasadnieniem może niekiedy ujawnić istotne dla rozstrzygnięcia sprawy zagadnienia, które nie były wcześniej przedmiotem dyskusji arbitrów, zaś których pominięcie – jako istotnych – mogłoby spowodować narażenie wyroku na uchylenie. W pewnych przypadkach ujawnienie takich zagadnień może doprowadzić wręcz do zmiany samej sentencji orzeczenia, w tym jego kierunku.

Dodatkowy argument wynika z kwestii czysto pragmatycznych. Zwyczajną praktyką jest, że projekt uzasadnienia wyroku sporządzany jest przez jednego z arbitrów, najczęściej przez przewodniczącego składu orzekającego[26]. Formalnie jednak „autorem" uzasadnienia, tak jak i całego orzeczenia, jest pełen skład orzekający, a nie arbiter przewodniczący czy też inny wyznaczony arbiter – co czyni niezbędnym zaakceptowanie treści uzasadnienia przez pozostałych arbitrów. Autor projektu uzasadnienia nie ma więc uprzywilejowanej roli w stosunku do pozostałych arbitrów. W dalszej kolejności projekt uzasadnienia powinien zostać przedstawiony pozostałym arbitrom w celu wniesienia przez nich ewentualnych uwag. Brak możliwości wniesienia przez arbitra zastrze-

[25] T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 333; T. Wiśniewski, A. Hauser-Morel, *op.cit.*, s. 502.

[26] Por. G. Hanessian, L.W. Newman, *International Arbitration Checklists*, JurisNet 2009, s. 175.

żeń do projektu uzasadnienia czy też brak możliwości ponownego poddania pod dyskusję treści orzeczenia stałby w sprzeczności z powszechnie przyjętą formułą wydawania wyroków arbitrażowych.

Warto zwrócić w tym miejscu uwagę na interesujące postanowienie art. 33 regulaminu ICC, zgodnie z którym przed podpisaniem wyroku przez arbitrów jego projekt powinien zostać przedstawiony sądowi (tj. Międzynarodowemu Sądowi Arbitrażowemu przy Międzynarodowej Izbie Handlowej – instytucji, w ramach której działa dany trybunał arbitrażowy), który może zasugerować wprowadzenie do niego modyfikacji w zakresie formy, a także, bez wpływania na swobodę decyzji trybunału arbitrażowego, może zwrócić uwagę na kwestie merytoryczne. Wyrok arbitrażowy nie może zostać wydany, dopóki jego forma nie zostanie zaakceptowana przez sąd.

Może się zdarzyć, że nawet w przypadku szczegółowego uzgodnienia motywów rozstrzygnięcia projekt uzasadnienia może w jakimś zakresie odbiegać od tych ustaleń, np. pomijając pewne problemy albo uwidaczniając nieujawnione uprzednio różnice poglądów arbitrów co do uzgadnianych kwestii. Narada arbitrów trwa więc dopóty, dopóki nie zostaną omówione wszystkie te zagadnienia, po przedyskutowaniu których będzie można mówić o rozstrzygnięciu istoty sprawy, choćby miało to mieć miejsce już po przegłosowaniu rozstrzygnięcia, i nie tylko w trakcie, ale i po sporządzeniu uzasadnienia – dopóki wyrok nie zostanie podpisany.

Niedopuszczalna byłaby więc sytuacja, w której po przegłosowaniu rozstrzygnięcia torpedowana byłaby dalsza dyskusja dotycząca istotnych okoliczności sprawy, które nie zostały omówione przed głosowaniem lub ujęte w uzasadnieniu, bądź dotycząca treści samego uzasadnienia. Zaniechania w tym zakresie mogłyby w niektórych sytuacjach doprowadzić wręcz do zachwiania stabilnością orzeczenia w wyniku skargi o jego uchylenie.

2. Porządek narady

Jak wspomniano już wyżej, nic nie stoi na przeszkodzie przeprowadzeniu narady za pomocą środków porozumiewania się na odległość, a więc w formie tele- lub wideokonferencji.

Dopuszczalna naturalnie jest też rezygnacja z formy bezpośredniej dyskusji na rzecz formy korespondencyjnej, w której arbitrzy przedstawialiby swoje stanowiska w przedmiocie rozstrzygnięcia, w tym w szczególności na rzecz korespondencji e-mailowej.

W przypadku wyboru którejś z alternatywnych metod uzgadniania treści orzeczenia, co dotyczy w szczególności formy korespondencyjnej, ze względów praktycznych, dla uniknięcia mogących wynikać z tego nieporozumień, przydatne może okazać się uzgodnienie przez arbitrów trybu wymiany korespondencji i zabierania przez arbitrów głosu w poszczególnych sprawach, w tym zwłaszcza określenie na wstępie kwestii istotnych dla rozstrzygnięcia, zagadnień spornych i innych punktów wymagających dyskusji i ewentualnego głosowania[27]. W tym miejscu może ujawnić się istotna organizacyjna rola przewodniczącego, który z reguły może brać na siebie ciężar zaproponowania sposobu obradowania czy zaprojektowania listy zagadnień mających być przedmiotem narady[28].

W regulacjach arbitrażowych spotykane jest niekiedy rozwiązanie, w myśl którego arbiter przewodniczący może bądź to w przypadku braku większości, bądź będąc upoważniony przez pozostałych arbitrów, samodzielnie podejmować decyzje w kwestiach

[27] A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *op.cit.*, s. 568–569, a zwłaszcza L.Y. Fortier, Fortier, za: A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *op.cit.*, s. 569.

[28] *Ibidem*, s. 569.

proceduralnych (art. 33 ust. 2 ustawy modelowej UNCITRAL, art. 35 (2) regulaminu Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego przy Austriackiej Federalnej Izbie Handlowej[29], art. 35 (2) regulaminu SCC). Wydaje się jednak, że w szczególności w newralgicznym dla dalszego toku narady momencie dokonywania ustaleń organizacyjnych arbitrzy powinni dążyć do jednomyślnego podejmowania decyzji, a nawet w przypadku wcześniejszego upoważnienia przewodniczącego zastosowanie znaleźć powinna ogólna reguła podejmowania decyzji większością głosów.

3. Narada prowadzona w niepełnym składzie

Niezależnie od przyjętego przez arbitrów sposobu obradowania, zarówno w przypadku narady w formie jednej lub kilku sesji z udziałem wszystkich arbitrów, jak i w przypadku narady prowadzonej zdalnie lub korespondencyjnie, absolutnie konieczne jest, aby przez cały czas trwania narady (czyli w praktyce aż do momentu podpisania wyroku) wszyscy arbitrzy mieli szczegółową wiedzę o aktualnych czynnościach trybunału i aby wszyscy arbitrzy mieli możliwość wzięcia w nich udziału. Niedopuszczalne będzie więc np. prowadzenie obrad przez dwóch spośród trzech arbitrów bez wiedzy trzeciego z nich. Oczywiście w przypadku wyrażenia przez trzeciego z arbitrów uprzedniej zgody na prowadzenie narady pod jego nieobecność procedowanie w niepełnym składzie jest dopuszczalne, choć wydaje się niezbędne, aby arbiter nieobecny został niezwłocznie i ze szczegółami poinformowany o treści narady i ewentualnych decyzjach[30].

Na tej samej zasadzie w przypadku prowadzenia uzgodnień korespondencyjnych, np. e-mailowych, za sprzeczne z regułami narady uznać należałoby prowadzenie korespondencji i uzgadnianie treści orzeczenia tylko pomiędzy dwoma spośród większej liczby arbitrów z wyłączeniem trzeciego z nich, w szczególności gdyby miało to na celu uzgodnienie wyroku i treści uzasadnienia z całkowitym pominięciem nieuczestniczącego w korespondencji arbitra i uniemożliwienie mu wypowiedzenia się co do treści rozstrzygnięcia lub co do projektu uzasadnienia.

Ponadto w przypadku prowadzenia narady w drodze wymiany pism lub e-maili istotne okazać mogą się organizacyjne umiejętności przewodniczącego, który powinien dbać o sprawny przebieg wymiany korespondencji, w tym np. o terminowość zgłaszania uwag do projektu uzasadnienia lub to, aby każdy z arbitrów wypowiedział się co do wszystkich istotnych zagadnień, a jednocześnie korespondencja nie przeciągnęła się ponad miarę (chociażby z uwagi na konieczność dochowania terminu na wydanie wyroku, przewidzianego np. w regulaminie SAKIG).

4. Głosowanie

Istotną częścią narady arbitrów jest niewątpliwie również sam akt głosowania nad treścią orzeczenia.

Najczęściej przyjmowaną w regulacjach arbitrażowych zasadą głosowania jest zasada zapadania rozstrzygnięć większością głosów (tak np. prawo modelowe UNCITRAL, regulamin SAKIG, regulamin ICC, Swiss Rules, regulamin SCC, regulamin arbitrażowy London Court of International Arbitration[31], Vienna Rules). Umowa stron może wprowadzać wymóg większości bezwzględnej lub wręcz przewidywać konieczność podjęcia decyzji jednomyślnej. Alternatywne zasady głosowania mogą znajdować zastosowanie w szcze-

[29] Z 1 lipca 2013 r. Polski tekst na z oficjalnej stronie Vienna International Arbitral Centre: http://www.viac.eu/pl/arbitration/vienna-rules-arbitration (dalej: „Vienna Rules").

[30] Sytuacją szczególną byłaby natomiast odmowa wzięcia udziału w naradzie bez podania istotnej przyczyny.

[31] Z 1 października 2014 r. Tekst na oficjalnej stronie LCIA, http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx (dalej: „regulamin LCIA").

gólności w przypadkach, gdy spór rozstrzygany jest przez inny niż jedno- lub trzyosobowy skład orzekający.

Znaczne rozbieżności w modelach głosowania pojawiają się jednak już w zakresie problemu niemożności osiągnięcia wymaganej większości głosów. Niektóre regulacje nie przewidują żadnych szczególnych zasad na wypadek wystąpienia tego rodzaju sytuacji (prawo modelowe UNCITRAL, Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL). Arbitrzy są więc wtedy zmuszeni do prowadzenia narady tak długo, aż decyzja podjęta zostanie stosowną większością głosów[32].

Odmienny system proponuje m.in. regulamin ICC, zgodnie z którym (art. 31(1)) w przypadku braku większości głosów wyrok wydawany jest samodzielnie przez przewodniczącego trybunału arbitrażowego. Podobne rozwiązanie wprowadza np. regulamin LCIA (art. 26.5). Regulamin SAKIG w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2015 r. stanowi w § 40 ust. 4, że w razie braku większości rozstrzyga głos arbitra przewodniczącego.

Jeszcze inne rozwiązanie funkcjonuje w przepisach polskiego k.p.c. Zgodnie z art. 1195 § 4 jeżeli przy wydawaniu wyroku nie można osiągnąć wymaganej jednomyślności lub większości głosów co do rozstrzygnięcia o całości lub o części przedmiotu sporu, zapis na sąd polubowny w tym zakresie traci moc.

Zauważyć można, że rzadkością w regulacjach arbitrażowych są szczegółowe postanowienia dotyczące porządku głosowania: kolejności oddawania głosów bądź w przypadku regulaminów nieprzewidujących alternatywy dla podejmowania przez trybunał decyzji większością głosów zasady pozwalające na budowanie większości, np. podobne do tych znanych przepisom polskiego k.p.c. o postępowaniu sądowym (art. 342 § 2 k.p.c.)[33]. Tego rodzaju zasadę wprowadza jednak np. Regulamin Sądu Arbitrażowego przy Handlowej Izbie Republiki Czeskiej i Rolniczej Izbie Republiki Czeskiej (*Arbitration Court attached to the Economic Chamber of the Czech Republic and Agricultural Chamber of the Czech Republic*)[34], który w art. 40 (2) stanowi, że w przypadku istnienia więcej niż dwóch opinii co do kwoty, którą trybunał arbitrażowy ma zasądzić lub której odmówić zasądzenia, głos oddany za najwyższą kwotą zostanie dodany do głosu oddanego za następną w kolejności najwyższą kwotą. Szczegółowe regulacje w tym zakresie może wprowadzać oczywiście umowa stron.

T. Ereciński i K. Weitz proponują, aby w braku szczegółowych postanowień dotyczących kolejności głosowania arbitrzy głosowali w kolejności wieku od najmłodszego do najstarszego z głosem arbitra przewodniczącego na końcu[35]. W literaturze polskiego procesu cywilnego podnosi się, że sens takiego systemu głosowania polega na zapewnieniu niezależności zdania młodszego na urzędzie sędziego od sędziów starszych i od przewodniczącego, wyróżniając jednak zawsze zdanie sędziego sprawozdawcy[36], a wręcz podkreśla się, że w dyskusji nad treścią orzeczenia przewodniczący powinien unikać sugerowania na wstępie dyskusji swojego zdania, a dopuścić do głosu najpierw najmłodszego z sędziów[37]. Wydaje się jednak, że wobec faktu, iż pomiędzy arbitrami z założenia brak analogicznych zależności, w tym w szczególności zależności służbowych czy też wynikających ze stażu zawodowego, konieczność stosowania tego rodzaju reguł traci na znaczeniu. Nieco inną perspektywę proponuje np. były prezes LCIA, L. Yves Fortier, który akcentuje (w odniesieniu do dyskusji w trakcie trwania narady) rolę przewodniczącego w tym, aby każdy z arbitrów miał poczucie możliwości swobodnej wymiany poglądów z pozostałymi arbitrami i możliwości „głośnego myślenia" w ich obecności[38].

[32] A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *op.cit.*, s. 570.
[33] B. Bladowski, *op.cit.*, s. 232, K. Piasecki, *op.cit.*
[34] Z 1 lipca 2012 r. Tekst na oficjalnej stronie sądu, http://en.soud.cz/rules.
[35] T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 330.
[36] P. Telenga, w: A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 451.
[37] B. Bladowski, *op.cit.*, s. 231.
[38] L.Y. Fortier, *op.cit.*, za: A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *op.cit.*, s. 569.

Inaczej niż w przypadku postępowania przed sądem państwowym, gdzie zasadą jest, że żaden z sędziów nie może uchylić się od obowiązku uczestniczenia w dyskusji i udziału w głosowaniu (a wręcz wstrzymać się od głosu)[39]. Na wypadek odmowy wzięcia udziału w głosowaniu przez jednego z arbitrów regulaminy arbitrażowe przewidują często możliwość przeprowadzenia głosowania i podpisania wyroku bez jego udziału (tak § 40 ust. 5 regulaminu SAKIG, art. 26.6 regulaminu LCIA, art. 36 (3) Vienna Rules). Regulamin SCC kładzie jednak nacisk na to, że wyłącznie „nieuzasadniony" brak udziału arbitra w naradzie trybunału arbitrażowego nad określoną kwestią umożliwia samodzielne podjęcie decyzji przez pozostałych arbitrów.

5. Tajemnica narady

Zarówno w aktualnym, jak i obowiązującym poprzednio regulaminie SAKIG, a także np. w regulaminie SA Lewiatan podkreśla się zasadę niejawności narady arbitrów (regulamin SAKIG – § 40 ust. 3, regulamin SA Lewiatan – § 40 ust. 1).

Podobna zasada nie jest na ogół wprost wyrażana w regulaminach zagranicznych instytucji arbitrażowych, w literaturze podkreślane jest jednak istotne znaczenie zasady poufności obrad trybunału[40]. T. Ereciński i K. Weitz stwierdzają wręcz, że w arbitrażu międzynarodowym tajność narady arbitrów jest standardem[41]. W literaturze francuskiej wskazuje się, że niejawność narady stanowi fundamentalną zasadę arbitrażu, podobnie jak to się dzieje w odniesieniu do wszystkich decyzji sądowych[42]. Dodać trzeba, że tajność narady arbitrów jest w prawie francuskim wręcz zagwarantowana ustawowo (art. 1469 francuskiego kodeksu postępowania cywilnego)[43]. Zachowanie przez arbitrów tajemnicy narady wydaje się istotne chociażby z punktu widzenia zaufania, jakim powinna cieszyć się dana instytucja arbitrażowa.

Należy jednak postawić pytanie o zakres tej tajemnicy. W pierwszej kolejności nasuwa się odpowiedź, że obejmuje ona absolutny zakaz ujawniania okoliczności dotyczących treści narady stronom oraz samej instytucji arbitrażowej (sądowi arbitrażowemu). Dotyczy to również zapisków arbitrów czy korespondencji wymienianej przez arbitrów w toku narady. Oczywiste wydaje się zwłaszcza, że rozważania arbitrów czy też wyniki głosowania nie powinny być przedmiotem uzasadnienia wyroku ani późniejszych wypowiedzi arbitrów, zarówno formalnych, jak i nieformalnych.

Jedynym odstępstwem od zasady niejawności narady powinno być zdanie odrębne arbitra, który w głosowaniu nad wyrokiem nie zgodził się z większością arbitrów. Wyłącznie w zdaniu odrębnym ujawniona może zostać różnica zdań pomiędzy arbitrami. Podkreślenia wymaga tu, że możliwość wypowiedzi w tym zakresie przysługuje wyłącznie arbitrowi składającemu zdanie odrębne. W szczególności w przypadku złożenia zdania odrębnego nie ma możliwości złożenia odpowiedzi na nie przez większość arbitrów.

Powstaje jednak jeszcze szczególnie skomplikowane zagadnienie możliwości powołania arbitra na świadka, zarówno w postępowaniu cywilnym, jak i karnym. Zwłaszcza w postępowaniach mających za przedmiot skargę o uchylenie wyroku arbitrażowego bądź wniosek o uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku arbitrażowego istnieć może pokusa zasięgnięcia pewnych wiadomości bezpośrednio u arbitrów[44].

---

[39] B. Bladowski, *op.cit.*, s. 231; K. Piasecki, *op.cit.*

[40] A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *op.cit.*, s. 568; E. Gaillard, J. Savage (red.), *op.cit.*, s. 749; P. Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen 1989, s. 381.

[41] T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 330, patrz też P. Schlosser, *op.cit.*, przypis 187 i przytoczona tam literatura.

[42] M. de Boisseson, *Le Droit Français de l'Arbitrage National et International*, 1990, s. 296, za: A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *op.cit.*, s. 567.

[43] A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *op.cit.*, s. 567; W. Jurcewicz, *Arbiter jako świadek w postępowaniu sądowym*, PPH 2013, nr 7, 24–25.

[44] W. Jurcewicz, *op.cit.*, s. 21.

Rozważając ten problem na gruncie prawa polskiego, w pierwszej kolejności zauważyć należy, że brak jest szczególnego przepisu regulującego status arbitra w postępowaniu sądowym. Przepisy wszystkich procedur ustanawiają natomiast ogólną zasadę, zgodnie z którą osoba powołana na świadka zobowiązana jest stawić się w tym charakterze i złożyć zeznania. Nie sposób więc wykluczyć możliwości powołania arbitra na świadka co do okoliczności, które wystąpiły podczas postępowania arbitrażowego[45]. Jednocześnie jednak zarówno regulamin instytucji arbitrażowej, jak i sama umowa stron, mogą wprost zastrzegać poufność postępowania arbitrażowego. Istnieje więc zauważalne napięcie pomiędzy potrzebami praktyki arbitrażowej a ogólnymi regulacjami polskich postępowań sądowych. Szczególnie czułym punktem jest w tym zakresie niewątpliwie poufność narady arbitrów.

Poszukując podstawy ochrony tajemnicy postępowania arbitrażowego w postępowaniach sądowych, W. Jurcewicz zwraca m.in. uwagę, że poufność arbitrażu uważa się za jedną z jego cech charakterystycznych, co mogłoby dawać podstawę do wywiedzenia nienaruszalności tajemnicy związanej z pełnieniem funkcji arbitra z samej istoty arbitrażu. Autor zauważa jednak, że w wielu przypadkach zasada poufności wcale nie jest traktowana bezwzględnie[46], a zatem co najmniej dyskusyjne jest, czy poufność postępowania rzeczywiście stanowi immanentną cechę arbitrażu[47]. W konsekwencji trudno uznać ją za wystarczającą podstawę ochrony tajemnicy narady na gruncie przepisów regulujących przesłuchanie świadków w postępowaniu sądowym.

Proponowana jest zatem koncepcja analogicznego stosowania wobec arbitrów przepisów dotyczących przesłuchania sędziów państwowych[48]. Warto zauważyć, że koncepcja taka funkcjonuje we francuskim czy niemieckim systemie prawnym[49]. Koncepcja ta zdobyła akceptację również w polskim orzecznictwie. W wyroku z 10 grudnia 2008 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie podkreślił, jak niezwykle istotny jest obowiązek arbitra zachowania tajemnicy zarówno co do treści, jak i co do przebiegu narady arbitrów, co z kolei skłoniło Sąd do przychylenia się do reprezentowanego w doktrynie poglądu, iż obowiązek zachowania tajemnicy wyłącza arbitra od składania zeznań przed sądem na okoliczności, o których powziął wiadomość, pełniąc funkcję. W konsekwencji Sąd uznał przesłuchiwanie arbitra na okoliczność przebiegu narady za niedopuszczalne[50].

Z przyjęciem tej koncepcji mogłaby się wiązać w przypadku wystąpienia potrzeby powołania arbitra na świadka konieczność wystąpienia do stron o zwolnienie arbitra z tajemnicy w celu złożenia zeznań[51]. Podkreślenia wymaga, że istotnym elementem tej koncepcji jest konieczność stosowania reguły, w myśl której okoliczności dotyczące treści narady w żadnym wypadku nie mogłyby być przedmiotem zeznań arbitra w charakterze świadka (z możliwością wprowadzenia pewnej elastyczności w przypadku zgody wszystkich zainteresowanych stron i arbitrów)[52].

Warta rozważenia wydaje się jednak również koncepcja oparta na ocenie przydatności dowodu dla wydania rozstrzygnięcia w konkretnej sprawie, w której został zgłoszony. W przypadku spraw ze skargi o uchylenie wyroku arbitrażowego rozstrzygnięcie w przedmiocie dopuszczenia dowodu z zeznań arbitra na okoliczność przebiegu narady wymaga uwzględnienia w pierwszej kolejności celu i charakteru tej skargi, jak również podstaw uchylenia orzeczenia, określonych w art. 1206 polskiego k.p.c. W tym kontekście zauważyć warto, że wszystko, co arbitrzy powinni mieć do powiedzenia na temat wyroku, po-

[45] *Ibidem*, s. 21.

[46] *Ibidem*, s. 24–25.

[47] Np. w regulaminie ICC dopuszcza się możliwość zachowania poufności postępowania, ale jedynie na żądanie którejkolwiek ze stron.

[48] W. Jurcewicz, *op.cit.*, s. 25.

[49] A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *op.cit.*, s. 567; W. Jurcewicz, *op.cit.*, s. 24–25.

[50] I ACa 655/08, www.arbitraz.laszczuk.pl (dostęp: 20 października 2014 r.).

[51] W. Jurcewicz, *op.cit.*, s. 25, 26.

[52] Ibidem, s. 26.

winno się znaleźć w jego uzasadnieniu. Co do zasady jedynym rzeczywiście istotnym źródłem wiedzy o wyroku arbitrażowym jest więc samo jego uzasadnienie. Dowód z zeznań arbitra co do okoliczności jego powstania będzie więc z reguły nieprzydatny dla rozstrzygnięcia w przedmiocie uchylenia wyroku.

6. Podsumowanie

Narada arbitrów jako etap postępowania, w ramach którego dochodzi do ukształtowania rozstrzygnięcia sporu, stanowi środek do osiągnięcia zasadniczego celu postępowania arbitrażowego, jakim jest sprawiedliwe rozstrzygnięcie sporu. Sposób prowadzenia narady może w istotny sposób wpływać na jakość rozstrzygnięcia trybunału arbitrażowego, a w konsekwencji na stabilność wydanego przez trybunał wyroku. Arbitrzy mogą co do zasady w dowolny sposób zdecydować o czasie, miejscu oraz formie narady, jednak uzgadniając sposób postępowania, powinni dążyć do tego, aby narada objęła wszystkie zagadnienia istotne dla rozstrzygnięcia. Arbitrzy powinni także zadbać o to, aby każdy z nich miał możliwość wzięcia udziału w dyskusji, głosowaniu, a także – co szczególnie istotne – pracy nad projektem wyroku. Treść narady powinna zostać zachowana w tajemnicy, od której jedynym odstępstwem powinno być uzasadnienie ewentualnego zdania odrębnego od wyroku.

Specyfika wyroku sądu polubownego

Karolina Pasko*, Agnieszka Zarówna**

1. Wprowadzenie

Wyrok sądu polubownego jest produktem końcowym pracy zespołu orzekającego[1]; jego wydanie stanowi najistotniejszą, a także największą i najbardziej czasochłonną w praktyce czynność arbitrów. Wyrok jest celem, ale jednocześnie środkiem do osiągnięcia celu postępowania, czyli rozstrzygnięcia o żądaniach stron. Jakość wyroku świadczy o jakości przeprowadzonego postępowania i jakości pracy arbitrów, którzy – będąc powołani do rozstrzygnięcia sporu przez strony i przez nie wynagradzani – zobowiązani są do wydania skutecznego wyroku[2]. Wyrok arbitrażowy jest ponadto przedmiotem uwagi ze strony nie tylko jego bezpośrednich adresatów, ale również praktyki i doktryny. Poziom merytoryczny i formalny orzeczeń arbitrażowych ma przełożenie na powszechne postrzeganie arbitrażu i na jego pozytywną lub negatywną ocenę jako alternatywnej metody rozstrzygania sporów.

Z drugiej strony wyrok arbitrażowy jest przedmiotem – ograniczonej co prawda – następczej kontroli przez sąd państwowy. Pozytywny wynik tej kontroli skutkuje uzyskaniem przez wyrok arbitrażowy mocy wiążącej równej wyrokowi sądu państwowego (natomiast negatywny wynik uniemożliwić może osiągnięcie celu postępowania arbitrażowego i w rezultacie zniweczyć wysiłki stron w celu zakończenia sporu). Wyrok sądu polubownego jest pewnego rodzaju łącznikiem między prywatnym rozstrzygnięciem sporu i państwową rekognicją tego rozstrzygnięcia. Będąc wyrazem autonomii zespołu orzekającego, musi jednocześnie być zgodny z umową stron i przyjętymi zasadami postępowania oraz musi mieć do niego zastosowanie *lex arbitri*[3]. To czyni go interesującym przedmiotem analizy na płaszczyźnie praktycznej i teoretycznej.

* Prawnik w dziale procesowym i arbitrażowym Kancelarii FKA Furtek Komosa Aleksandrowicz sp.k.; doktorantka w Instytucie Prawa Cywilnego WPiA UW.

** Aplikant adwokacki w dziale procesowym i arbitrażowym Kancelarii FKA Furtek Komosa Aleksandrowicz sp.k.; doktorantka w Instytucie Nauk Prawnych PAN; Harvard Law School LL.M. 2015.

[1] G.M. Beresford Hartwell, *The Reasoned Award in International Arbitration.* Arbitration Award Course 2003, http://www.nadr.co.uk/articles/published/arbitration/ReasonedAward.pdf (dostęp: 15.10.2014 r.).

[2] M.L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, New York 2008, s. 184; zob. też M. Platte, *An Arbitrator's Duty to Render Enforceable Awards*, „Journal of International Arbitration" 2013, nr 20 (3), s. 309–311, który precyzuje, że chodzi raczej o obowiązek dołożenia wszelkich starań, aby wydany wyrok był skuteczny. Na temat obowiązku wydania wyroku i odpowiedzialności arbitrów w polskiej literaturze zob. Ł. Błaszczak, *Wyrok sądu polubownego w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010, s. 174; T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 216 i n.

[3] M. Platte, *op.cit.*, s. 312. Niezgodność wyroku z zapisem na sąd polubowny, regulaminem postępowania czy prawem miejsca postępowania może prowadzić do odmowy jego uznania lub do uchylenia zgodnie z przepisami miejsca postępowania delibacyjnego lub ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego; w Polsce zastosowanie znajdą przepisy art. 1205 i n. k.p.c.

Poszczególne elementy wyroku sądu polubownego odzwierciedlają specyfikę sądownictwa polubownego – przebieg postępowania, gromadzenie i ocenę dowodów, podstawy właściwości sądu polubownego i podstawy orzekania. Pytanie o różnice między wyrokiem sądu polubownego a wyrokiem sądu powszechnego jest na tyle obszerne, że jego opracowanie z pewnością wykracza poza ramy artykułu. Zasadne wydaje się wyodrębnienie kilku zagadnień, których zaprezentowanie pozwoli częściowo zobrazować specyfikę wyroków arbitrażowych.

Ciekawą z tego punktu widzenia grupą są elementy, które wydają się techniczne, a jednak mają dużą wagę merytoryczną. Chociaż wzbudzają wiele wątpliwości w piśmiennictwie i judykaturze, to przez samych uczestników postępowania ich znaczenie nie zawsze jest zawczasu brane pod uwagę. Warto przyjrzeć się takim składnikom wyroku arbitrażowego, jak wskazanie miejsca i daty wydania, podpisy arbitrów, forma uzasadnienia wyroku, forma zdania odrębnego czy rozstrzygnięcie o zarzutach zgłoszonych w toku postępowania – w fazie postarbitrażowej technikalia tego rodzaju nabierają często pierwszorzędnego znaczenia[4], a od ich oceny zależeć może byt prawny orzeczenia arbitrów.

Z dalszych rozważań wyłączone zostaną niektóre zagadnienia dotyczące wyroku sądu polubownego, takie jak przebieg i charakter prawny narady arbitrów[5], podstawy orzekania sądu polubownego, termin na wydanie wyroku, wykładnia, sprostowanie i uzupełnienie wyroku czy wreszcie postępowanie delibacyjne oraz postępowanie ze skargi o uchylenie wyroku. Celem niniejszego artykułu jest przeanalizowanie tych elementów wyroku sądu polubownego, które znajdują bezpośrednie odzwierciedlenie w treści orzeczenia.

2. Ramy prawne

Choć postępowanie arbitrażowe charakteryzuje mniejszy stopień sformalizowania niż postępowanie przed sądem państwowym, to nie oznacza to zupełnej dowolności. Zarówno procedura, jak i wyrok sądu polubownego powinny czynić zadość określonym minimalnym wymaganiom. W pierwszej kolejności określają je przepisy części V kodeksu postępowania cywilnego[6], gdzie w odniesieniu do wyroku znaczenie ma w szczególności art. 1197 k.p.c. Ze względu na zasadę autonomii woli stron strony mogą również poczynić pewne ustalenia dotyczące wydania wyroku, m.in. określić termin na wydanie wyroku, miejsce jego wydania czy sposób jego doręczenia stronom.

Mimo że stosowne postanowienia mogą zostać umieszczone *in extenso* w zapisie na sąd polubowny, to częściej spotykanym rozwiązaniem jest wskazanie przez strony w zapisie na sąd polubowny określonego regulaminu arbitrażowego i zdanie się na określone tam rozwiązania, które zwykle dość szczegółowo regulują określone wyżej kwestie. Nierzadko dopiero po wszczęciu postępowania strony i zespół orzekający wspólnie ustalają bardziej techniczne elementy postępowania – znajdą one odzwierciedlenie w postanowieniu zespołu orzekającego lub w akcie misji (*terms of reference*).

Nie sposób również pominąć znaczenia międzynarodowych konwencji o uznawaniu i stwierdzaniu wykonalności zagranicznych wyroków arbitrażowych[7]. Jeżeli strony chcą, aby wyrok sądu polubownego rozstrzygający ich spór był wykonalny za granicą, w pań-

[4] B.M. Cremades, *The Arbitral Award*, w: *The Leading Arbitators' Guide to International Arbitration*, Lawrence W. Newman, Richard D. Hill (red.), New York 2004, s. 398.

[5] Zob. na ten temat w niniejszym tomie J. Rysiński, *Narada arbitrów – zagadnienia praktyczne*, s. 88.

[6] Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 z późn. zm. (dalej: „k.p.c.").

[7] *Konwencja* o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku 10 czerwca *1958* r., Dz.U. 1962 Nr 9, poz. 42 (dalej: „Konwencja nowojorska"); *Konwencja europejska* o *międzynarodowym arbitrażu handlowym*, sporządzona w Genewie 21 kwietnia *1961* r., Dz.U. 31.84.648.

stwach-stronach konwencji, to powinny zwrócić szczególną uwagę, czy będzie on spełniał przewidziane w tych aktach wymagania.

3. Wydanie wyroku

Z wydaniem wyroku łączy się kilka zagadnień określonych w art. 1197 k.p.c., tj. forma pisemna, podpisy arbitrów, miejsce i data wydania wyroku oraz jego doręczenie stronom.

3.1. Forma wyroku

Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z art. 1197 § 1 k.p.c. wyrok sądu polubownego zapada w formie pisemnej. Pisemność jest jego cechą konstytutywną[8]. Wyrok musi zostać sporządzony w całości na piśmie, włączając również motywy rozstrzygnięcia, gdyż stanowią one jego integralny element (por. pkt 5 poniżej). W związku z tym w przeciwieństwie do sądu państwowego (art. 326 § 3 k.p.c.) sąd polubowny nie może spisać samej sentencji wyroku, a motywów rozstrzygnięcia przekazać stronom ustnie. Wyrok nie może też być uzupełniony w drodze jego komentowania przez arbitrów[9].

Na gruncie k.p.c. ustne ogłoszenie rozstrzygnięcia bez sporządzenia pisemnego wyroku nie odnosi skutków prawnych[10]. Zdaniem Ł. Błaszczaka następczo spisany wyrok po ustnej jego publikacji jest wyrokiem nieistniejącym[11]. Wydaje się, że skoro cechą konstytutywną wyroku jest jego pisemność, to w przypadku ustnej publikacji rozstrzygnięcia nie sposób w ogóle mówić o skutecznym wydaniu wyroku. Brak zatem uzasadnienia dla stanowiska, że taka nieskuteczna „publikacja" sprawia, że późniejszy – spisany już – wyrok miałby być nieistniejący.

3.2. Podpisanie wyroku

Kolejną cechą konstytuującą wyrok sądu polubownego jego złożenie podpisów przez arbitrów, którzy go wydali. Uznaje się, że wyrok został wydany przez wszystkich ustanowionych członków zespołu orzekającego, nawet jeżeli niektórzy z nich głosowali przeciwko rozstrzygnięciu lub zgłosili zdanie odrębne. Arbiter zgłaszający zdanie odrębne może zaznaczyć ten fakt przy swoim podpisie (art. 1195 k.p.c.).

Przepis art. 1197 § 1 k.p.c. nie wymaga złożenia podpisów przez cały skład orzekający (choć oczywiście jest to preferowane i jest to standard w przypadku wyroków arbitrażowych) – w przypadku zespołów liczących co najmniej trzech arbitrów wystarczające jest, jeżeli podpisy złoży większość z nich. Jednak jeżeli wyrok został wydany przez arbitra jedynego albo przez dwuosobowy zespół, to odpowiednio arbiter jedyny albo dwóch arbitrów jest zobowiązanych podpisać wyrok. Prawo polskie nie przewiduje (w przeciwieństwie do niektórych porządków prawnych[12]) możliwości podpisania wyroku wyłącznie przez arbitra przewodniczącego. Co istotne, jeżeli nie wszyscy arbitrzy podpisują wyrok, to w samym wyroku należy podać w sposób zwięzły przyczynę braku pozostałych podpisów[13].

---

[8] Ł. Błaszczak, *Wyrok arbitrażowy nieistniejący w postępowaniu o uznanie i stwierdzenie wykonalności (wybrane zagadnienia)*, „ADR Arbitraż i Mediacja" 2009, nr 1, s. 31.

[9] K. Piasecki, *Komentarz do art. 1197 k.p.c.,* LEX 2013.

[10] R. Morek, w: E. Marszałkowska-Krześ, *Komentarz do art. 1197 k.p.c.*, Legalis 2013.

[11] Ł. Błaszczak, *Wyrok arbitrażowy nieistniejący…*, „ADR Arbitraż i Mediacja" 2009, Nr 1, s. 30.

[12] Np. Francja (art. 1513 ust. 3 francuskiego kodeksu postępowania cywilnego) i Szwajcaria (art. 189 szwajcarskiego prawa prywatnego międzynarodowego).

[13] A. Zieliński, *Komentarz do art. 1197 k.p.c.*, Legalis 2014.

Z analizy art. 1197 § 1 i 3 k.p.c. wynika, że arbitrzy nie muszą zebrać się celem wspólnego podpisania wyroku – brak jest wymogu jedności czasu i miejsca składania podpisów. Co więcej, nie jest także wykluczone złożenie przez arbitrów podpisów na odrębnych egzemplarzach wyroku[14]. Wziąwszy powyższe pod uwagę, wydaje się, że jedynym powodem niepodpisania przez arbitra wyroku jest jego odmowa[15]. W przypadku gdy odmowa podpisu uniemożliwiła wydanie wyroku przez sąd polubowny, arbiter ponosi odpowiedzialność za powstałą szkodę i traci prawo do wynagrodzenia[16]. Strony mogą też takiego arbitra odwołać, jeżeli opóźnia się z wykonywaniem swoich obowiązków bez uzasadnionej przyczyny[17].

Zgodnie z regulaminami niektórych instytucji arbitrażowych poza arbitrami także inne osoby mogą być zobowiązane do złożenia podpisu pod wyrokiem. W § 41 ust. 3 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie[18] przewidziano, że – poza arbitrami – wyrok podpisują także Sekretarz Generalny Sądu i Prezes Sądu. W kolejnym ustępie wyjaśniono, że tym samym stwierdzają oni, że zespół orzekający został powołany zgodnie z regulaminem, a podpisy arbitrów są autentyczne. Analogiczne postanowienie zawiera § 40 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy PKPP „Lewiatan" z 1 marca 2012 r.[19]. Rozwiązanie takie ma zatem dać wyraz formalnej kontroli sprawowanej przez instytucję arbitrażową nad wydawanymi pod jej egidą wyrokami.

W przeciwieństwie do wyroku sądu państwowego, w którym cały skład jest zobowiązany podpisać sentencję (art. 324 § 3 k.p.c.), przepisy k.p.c. nie określają miejsca złożenia przez arbitrów podpisów w wyroku sądu polubownego. Kolejność elementów, które składają się na wyrok, nie jest prawnie istotna[20]. Ze względu na to, że motywy rozstrzygnięcia stanowią integralną część wyroku sądu polubownego, postulować można, żeby podpisy arbitrów znalazły się na końcu dokumentu zawierającego sentencję i uzasadnienie[21]. Taką wykładnię przyjął także Sąd Apelacyjny w Warszawie[22].

Z chwilą podpisania projektu wyroku przez wymaganą większość arbitrów orzeczenie zyskuje moc prawną[23] i staje się wiążące dla sądu polubownego[24]. Daty uzyskania mocy prawnej wyroku nie należy oczywiście utożsamiać z uzyskaniem mocy prawnej równej wyrokom sądu państwowego (do czego wymagane jest uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku).

3.3. Data

Zgodnie z art. 1197 § 3 k.p.c. wyrok sądu polubownego powinien być opatrzony datą. Kodeks postępowania cywilnego nie wskazuje terminu, jaki należy przyjąć za datę wydania wyroku. Niektóre regulaminy instytucji arbitrażowych precyzują, że wyrok uznaje się za wydany w chwili złożenia podpisu przez wymaganą większość arbitrów (por. § 41 ust. 4 regulaminu SAKIG).

[14] J. Lew, L. Mistelis, et al.,*Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003, s. 643.

[15] A. Jakubecki, *Komentarz do art. 1197 k.p.c.*, LEX 2013.

[16] *Ibidem* i literatura tam przytoczona.

[17] R. Morek, *op.cit*.

[18] Nowy regulamin wejdzie w życie 1 stycznia 2015 r. (dalej: „regulamin SAKIG").

[19] Dalej: „regulamin Lewiatana".

[20] T. Uliasz, *Komentarz do art. 1197 k.p.c.*, Legalis 2008.

[21] Brak jest jednej powszechnie uznawanej struktury wyroku sądu polubownego – w polskim porządku prawnym przyjęło się, analogicznie do wyroków sądów państwowych, że uzasadnienie następuje po sentencji. Jednak w wyrokach sądów polubownych wydawanych w krajach anglosaskich rozstrzygnięcie jest umieszczane na końcu wyroku po przedstawieniu stanu faktycznego, stanowisk stron i rozważań sądu polubownego.

[22] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 maja 2013 r., sygn. akt I ACa 1298/12.

[23] R. Morek, *op.cit.*; A. Zieliński, *Komentarz do art. 1197 k.p.c.*, Legalis 2008.

[24] A. Jakubecki, *op.cit.*

Z datą wydania wyroku nie wiąże się również początek biegu terminów na podjęcie przez strony dalszych czynności związanych z wyrokiem (złożenie wniosku o sprostowanie lub uzupełnienie wyroku lub skargi o jego uchylenie) – bieg tych terminów liczony jest bowiem od doręczenia wyroku stronom.

W związku z powyższym uznać należy, że data wydania wyroku ma charakter konwencjonalny[25] i porządkowy. Częściej odzwierciedla datę głosowania przeprowadzonego przez sąd polubowny lub nawet datę sporządzenia projektu wyroku niż datę uzyskania przez wyrok mocy prawnej. W związku z powyższym nie wydaje się, aby data była elementem konstytutywnym wyroku, a jej brak powodował nieistnienie wyroku[26]. W literaturze pojawiają się głosy, że w przypadku braku daty konieczne jest jej uzupełnienie (A. Jakubecki proponuje zastosowanie w tym celu *per analogiam* art. 1201 k.p.c.)[27], przy czym zgodnie z niemal powszechnie akceptowanym[28] wyrokiem Sądu Najwyższego z 13 marca 1931 r. (I C 2357/30) nie jest dopuszczalne przesłuchanie świadka celem ustalenia daty wydania wyroku, a późniejsze oświadczenia arbitrów nie mają znaczenia prawnego[29].

3.4. Miejsce wydania wyroku

Kolejnym elementem wyroku jest określenie miejsca jego wydania (art. 1197 § 3 k.p.c.). O ile data zamieszczona w wyroku nie odgrywa większej roli, to z miejscem wydania wyroku wiążą się istotne konsekwencje prawne. Miejsce wydania wyroku może wpłynąć na to, czy przepisy części V k.p.c. znajdą zastosowanie (art. 1155 § 2 w zw. z art. 1154 k.p.c.) oraz czy polskie sądy państwowe będą miały jurysdykcję krajową (art. 1155 § 2 w zw. z art. 1156 k.p.c.), a także czy wyrok będzie traktowany jako krajowy czy też zagraniczny dla potrzeb art. 1215 k.p.c. W związku z powyższym stwierdzić należy, że w Polsce obowiązuje teoria terytorialna arbitrażu, która polega na związaniu arbitrażu z systemem prawnym państwa, w którym arbitraż się toczy lub w którym został wydany wyrok[30].

Miejsce wydania wyroku nie jest powiązane z miejscem postępowania arbitrażowego ani z miejscem faktycznego odbywania posiedzeń przez sąd polubowny – mogą to być odmienne lokalizacje[31]. T. Ereciński wskazuje jednak, że jeżeli strony lub sąd arbitrażowy określiły siedzibę arbitrażu, to wyrok może zostać wydany wyłącznie w tym miejscu – odmienna interpretacja art. 1155 w zw. z art. 1197 § 3 k.p.c. mogłaby prowadzić do trudności w rozpoznaniu ewentualnej skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego z siedzibą znajdującą się za granicą[32].

Kodeks postępowania cywilnego nie wiąże także miejsca wydania wyroku z miejscem jego podpisania. Jeżeli arbitrzy podpisują wyrok w różnych państwach to zgodnie z art. 1197 § 3 k.p.c. sąd polubowny sam określa, gdzie wyrok został wydany (o ile uprzednio

[25] W art. 31 ust. 3 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Międzynarodowej Izbie Handlowej w Paryżu (dalej: „regulamin ICC") wprost przewidziano, że wyrok uznaje się za wydany w dacie wskazanej w wyroku.

[26] Zdaniem M. Tomaszewskiego brak daty stanowi naruszenie podstawowej zasady postępowania arbitrażowego (M. Tomaszewski, *Skutki prawne wyroku sądu polubownego*, w: J. Gudowski, K. Weitz (red.), *Aurea praxis, aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. II, Warszawa 2011, s. 1906).

[27] A. Jakubecki, *op.cit.*

[28] Krytycznie: K. Piasecki, *op.cit.*

[29] S. Dalka, *Sądownictwo polubowne w PRL*, Warszawa 1987, s. 116.

[30] T. Ereciński, *Postępowanie o stwierdzenie wykonalności zagranicznego wyroku arbitrażowego (zagadnienia wybrane)*, „ADR Arbitraż i Mediacja" 2009, nr 1, s. 65; J. Szpara, *Miejsce wydania wyroku a miejsce arbitrażu (w kontekście uznawania i wykonywania zagranicznych orzeczeń arbitrażowych)*, „ADR Arbitraż i Mediacja" 2009, nr 2, s. 75; A.W. Wiśniewski, *Arbitraż międzynarodowy w prawie polskim: podstawowe problemy*, „e-Przegląd Arbitrażowy" 2010, nr 1, s. 13.

[31] R. Morek, *op.cit.*; J. Żak, *Miejsce arbitrażu – jego znaczenie i wyznaczenie*, „ADR Arbitraż i Mediacja" 2008, nr 3, s. 155.

[32] T. Ereciński, *op.cit.*, s. 66.

nie określiły tego strony). Zatem określenie miejsca wydania wyroku, podobnie jak jego data, ma charakter konwencjonalny, niekoniecznie odzwierciedlający stan faktyczny[33], i stanowi konstytutywne ustalenie prawne niepodlegające weryfikacji[34]. Problem może się pojawić w przypadku braku określenia w wyroku miejsca jego wydania. W takiej sytuacji T. Ereciński proponuje przyznanie („z konieczności") sądowi powszechnemu kompetencji do przeprowadzenia postępowania dowodowego mającego na celu określenie miejsca wydania wyroku albo – podążając za praktyką arbitrażu międzynarodowego – przyjęcie, że wyrok został wydany w miejscu zamieszkania arbitra przewodniczącego[35].

Jak wynika z art. 1197 § 3 k.p.c. *in fine*, miejsce wydania wyroku mogą określić same strony. Szczególne wytyczne w tym zakresie mogą wynikać z zapisu na sąd polubowny[36]: strony mogą wprost wskazać miejsce wydania wyroku lub wskazać regulamin arbitrażowy, który rozstrzygnie tę kwestię. Na przykład zgodnie z § 40 ust. 6 regulaminu Lewiatana uznaje się, że wyrok zostanie wydany w miejscu postępowania arbitrażowego. Z kolei w art. 31 ust. 3 regulaminu ICC przewidziano, że wyrok uznaje się za wydany w miejscu wskazanym w wyroku.

3.5. Doręczenie wyroku

Zgodnie z polskimi przepisami sąd polubowny nie jest zobowiązany do ogłoszenia wydanego wyroku ani – w przeciwieństwie do niektórych porządków prawnych[37] – do jego rejestracji w sądzie państwowym. Z kolei stosownie do art. 1197 § 4 k.p.c. wyrok musi zostać stronom doręczony. Uznaje się, że przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący[38]. Choć w przepisie mowa o „wyroku" sądu polubownego, to w praktyce (wynikającej z art. 1204 § 1 k.p.c. oraz z poprzednio obowiązującego art. 708 § 2 k.p.c.) stronom doręcza się odpisy, a oryginał wyroku pozostawia w aktach sprawy. Jeżeli strona była reprezentowana przez pełnomocnika, to wyrok doręcza się pełnomocnikowi[39]. Wyrok doręcza się wszystkim stronom, w tym stronom niebiorącym udziału w postępowaniu.

Jak wspomniano powyżej, z doręczeniem wyroku sądu polubownego łączy się początek biegu szeregu terminów, w szczególności terminu na wniesienie skargi o uchylenie wyroku. Ze względu na to, że wyrok może zostać stronom doręczony w odmiennym terminie (mimo jego nadania przez sąd w tym samym czasie), to również data upływu terminu na dokonanie określonej czynności może być inna dla każdej ze stron.

W związku z tym żeby móc wykazać zachowanie terminu bądź jego brak, doręczenie wyroku powinno być stosownie udokumentowane. Kodeks postępowania cywilnego w bieżącym brzmieniu nie przewiduje szczególnej formy pokwitowania odbioru wyroku sądu polubownego, choć najczęstszą formą jest doręczenie wyroku drogą pocztową za potwierdzeniem odbioru albo jego osobisty odbiór za pokwitowaniem. Potwierdzenie odbioru albo pokwitowanie wskazujące datę doręczenia stronie wyroku powinno zostać załączone do akt sprawy[40].

---

[33] J. Szpara, *op.cit.*, s. 78; T. Ereciński, *op.cit.*, s. 66.

[34] A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 13.

[35] T. Ereciński, *op.cit.*, s. 67.

[36] R. Morek, *Mediacja i arbitraż (art. 183¹–183¹⁵, 1154–1217 k.p.c.). Komentarz*, Warszawa 2006, s. 240.

[37] Np. Belgia (art. 1713 ust. 8 kodeksu sądowego) i Holandia (art. 1060 kodeksu postępowania cywilnego). Wymóg art. 1204 § 1 k.p.c., aby wyrok sądu arbitrażowego *ad hoc* złożyć wraz z aktami sprawy w sądzie powszechnym, nie wpływa w żaden sposób na ważność wyroku – tak R. Morek, w: E. Marszałkowska-Krześ, *Komentarz...*

[38] A. Zieliński, *Komentarz do art. 1197 k.p.c.*, Legalis 2014.

[39] M. Hauser-Morel, T. Wiśniewski, w: A. Szumański (red.), *System prawa handlowego, t. 8, Arbitraż handlowy*, Warszawa 2010, s. 514.

[40] A. Zieliński, *Komentarz do art. 1197 k.p.c.*, Legalis 2014.

Doręczenie wyroku stronom jest wiązane z uzyskaniem przez wyrok powagi rzeczy osądzonej[41] oraz prawomocności formalnej[42], jednak ta ostatnia cecha nie jest uznawana przez wszystkich autorów[43].

4. Elementy konstrukcji wyroku

Tak jak wytyczne związane z miejscem i datą wydania wyroku arbitrażowego i jego doręczeniem, tak samo wymagania co do treści i konstrukcji orzeczenia arbitrów wynikać mogą nie tylko z ustawy. Jeśli miejscem postępowania jest Polska, to w świetle art. 1154 k.p.c. wyrok sądu polubownego musi spełniać minimalne przesłanki co do formy i treści określone w przepisach części V k.p.c. Jednocześnie od woli stron lub regulaminu sądu polubownego znajdującego zastosowanie w danej sprawie zależą dalsze wymagania pod adresem wyroku arbitrażowego[44], które obowiązują uczestników postępowania, w tym przede wszystkim arbitrów wydających orzeczenie. Inną sprawą jest, że – o czym wspomniano we wstępie – wyrok stanowi swego rodzaju świadectwo o zespole orzekającym, który go wydał, a także o sądownictwie polubownym w ogólności. Dlatego jest istotne, by odpowiadał on dobrym praktykom wykształconym w arbitrażu i reprezentował wysoki poziom nie tylko co do meritum, ale także w zakresie poprawności językowej i formalnej[45]. Poniższa analiza zasadniczych elementów wyroku sądu polubownego skupia się na omówieniu wymagań stawianych przez polskie przepisy.

W art. 1197 k.p.c. znajdują się minimalne wymagania dotyczące treści wyroku sądu polubownego. Poza tym, że musi on być na piśmie i podpisany co najmniej przez większość składu orzekającego (por. pkt 3 powyżej), powinien zawierać oznaczenie stron i arbitrów, określać datę i miejsce wydania oraz zapis na sąd polubowny, na podstawie którego został wydany, a także motywy rozstrzygnięcia – w doktrynie wskazuje się, że strony nie mogą umownie wyłączyć żadnego z tych elementów[46] W tym zakresie uznaje się ten przepis za bezwzględnie obowiązujący[47].

Do obligatoryjnych elementów wyroku arbitrażowego zalicza się również rozstrzygnięcie o żądaniach stron[48], choć nie wynika to wprost z przywołanego przepisu. Wskazuje się, że samo sformułowanie „rozstrzygnięcie" użyte przez ustawodawcę w art. 1194 k.p.c. oznacza, że elementem każdego wyroku jest wskazanie sposobu rozwiązania sporu będącego przedmiotem postępowania arbitrażowego[49]. Wspomnianą lukę często uzupełniają postanowienia regulaminów stałych sądów polubownych. Na przykład zgodnie z regulaminem SAKIG wyrok powinien zawierać rozstrzygnięcie o żądaniach stron[50]. Podobne postanowienie zawiera regulamin Lewiatana[51]. Rozstrzygnięcie o żądaniach stron powinno być ponadto sformułowane w sposób jednoznaczny i definitywny, gdyż tylko sentencja wyroku niebudząca wątpliwości co do treści może być skutecznie egzekwowana. Z rozstrzygnięciem o żądaniach stron wiąże się też ważne zagadnienie granic podmiotowych

[41] R. Kulski, *Glosa do wyroku SN z 11.7.2001 r.*, V CKN 379/00, PiP 2002, nr 11, s. 101.

[42] T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 337.

[43] Ł. Błaszczak, *Wyrok sądu…*, Warszawa 2010, s. 414.

[44] M.L. Moses, *op.cit.*, s. 184; B.M. Cremades, *op.cit.*, s. 399.

[45] G.M. Beresford Hartwell, *The Arbitration Award*, http://www.nadr.co.uk/articles/published/arbitration/ArbitralAward.pdf (dostęp: 16.10.2014 r.), s. 1, zdaniem którego „[...] *courtesy requires a presentable award*".

[46] Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo…*, s. 187.

[47] T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 333.

[48] *Ibidem*, s. 334; Ł. Błaszczak, *Wyrok sądu …*, s. 194, zdaniem którego rozstrzygnięcie stanowić powinno swoiste „*essentialia negotii*" wyroku arbitrażowego.

[49] Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo…*, s. 187.

[50] Zob. § 41 ust. 1 pkt 1 regulaminu SAKIG.

[51] Zob. § 40 ust. 3 regulaminu Lewiatan. O rozstrzygnięciach o żądaniach stron jako składniku wyroku sądu polubownego nie wspominają natomiast ani Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL, ani regulamin ICC czy Swiss Rules.

i przedmiotowych zapisu na sąd polubowny, gdyż w razie ich przekroczenia wyrok może nie być uznany lub zostać uchylony przez sąd państwowy[52].

Problematyczne pozostaje pytanie o prawne konsekwencje braku lub wadliwości jednego z wymienionych w przepisach *legis arbitri* składników wyroku sądu polubownego. W polskiej doktrynie zaprezentowano stanowisko, zgodnie z którym sprzeczność z art. 1197 k.p.c., np. przez pominięcie w wyroku daty czy miejsca jego sporządzenia, narusza podstawową zasadę postępowania wynikającą z ustawy[53]. Jednocześnie według przeważającego poglądu tylko poważne braki w wyroku sądu polubownego, uniemożliwiające określenie jego bytu prawnoprocesowego, mogą prowadzić do uznania go za tzw. wyrok nieistniejący[54]. Inne uchybienia mogłyby teoretycznie stanowić podstawę wzruszenia wyroku w postępowaniu ze skargi o uchylenie[55]. W doktrynie wskazano, że istotnie przepisy bezwzględnie obowiązujące części V k.p.c. (w tym art. 1197) należy traktować jako podstawowe zasady postępowania arbitrażowego, z tym że art. 1206 § 1 pkt 4 k.p.c. podlega interpretacji zawężającej, a zatem tylko naruszenie podstawowych zasad sprawiedliwego postępowania, i tylko jeśli miało wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, może stanowić podstawę uchylenia wyroku arbitrażowego[56]. Również w literaturze zagranicznej wskazuje się, że brak niektórych elementów (szczególnie jeśli wymagane są nie przez *legem arbitri*, ale przez zapis na sąd polubowny lub regulamin postępowania) nie powinien wpłynąć na ważność i skuteczność wyroku arbitrażowego[57]. Naruszenie przepisów prawa procesowego o podstawowym znaczeniu może jednak oznaczać sprzeczność wyroku z porządkiem publicznym (procesowym), co stanowi podstawę uchylenia wyroku, jak i odmowy jego uznania albo stwierdzenia wykonalności[58].

Pozostaje zagadnienie kosztów w wyroku sądu polubownego. Pojawiają się rozbieżne opinie co do konieczności zamieszczania w wyroku rozstrzygnięcia o kosztach postępowania arbitrażowego i kosztach pomocy prawnej. W braku wyraźnego wskazania tego elementu w art. 1197 k.p.c. rozstrzygnięcie o kosztach uważa się za element fakultatywny wyroku sądu polubownego[59], jednak obowiązek orzeczenia o kosztach w wyroku może wynikać z zapisu na sąd polubowny lub z regulaminu stałego sądu polubownego znajdującego zastosowanie w danej sprawie[60]. Wyrażono też pogląd, że nawet jeśli nie ma żadnych wytycznych, to i tak arbitrzy powinni rozstrzygnąć kwestie związane z poniesieniem i zwrotem kosztów w wyroku[61]. Część doktryny uznaje rozstrzygnięcie o kosztach za obligatoryjny element wyroku sądu polubownego[62]. Należy jednak przyjąć, że brak rozstrzygnięcia o kosztach nie stanowi zagrożenia dla skuteczności orzeczenia arbitrów, a zresztą może zostać stosunkowo łatwo usunięty w drodze uzupełnienia wyroku.

---

[52] M.L. Moses, *op.cit.*, s. 186; por. B.M. Cremades, *op.cit.*, s. 402.

[53] Jeżeli za podstawowe zasady postępowania arbitrażowego uznaje się wszystkie te zasady, które zostały wyrażone w przepisach *ius cogens* V części k.p.c., zob. M. Tomaszewski, *op.cit.*, s. 1905–1906.

[54] Ł. Błaszczak, *Wyrok sądu…*, s. 183–186, zdaniem którego forma pisemna oraz podpis należą do elementów konstytutywnych wyroku sądu polubownego, a zatem ich brak oznacza, że pod względem prawnym nie doszło do wydania wyroku. Nie dotyczy to jednak co do zasady innych elementów wskazanych w art. 1197 k.p.c.

[55] Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo…*, s. 279.

[56] T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 397.

[57] M.L. Moses, *op.cit.*, s. 184. Inną kwestią jest cywilnoprawna odpowiedzialność arbitrów i instytucji arbitrażowej za niewydanie lub wydanie nieskutecznego wyroku arbitrażowego.

[58] Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo…*, s. 282; jednak w wyroku z 28 listopada 2013 r., IV CSK 187/13, SN stwierdził, że „odrębne wymienienie tych okoliczności jako przyczyn uchylenia wyroku sądu polubownego prowadzi do wniosku o ich wyłączeniu z zakresu zastosowania klauzuli porządku publicznego".

[59] Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo…*, s. 187.

[60] Zob. art. 38 Swiss Rules, art. 37 ust. 4 regulaminu ICC.

[61] T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 334–335.

[62] A. Jakubecki, *op.cit.*; zob. również literaturę zagraniczną w: B.M. Cremades, *op.cit.*, s. 403.

5. Motywy rozstrzygnięcia

Osobnego komentarza wymaga kwestia uzasadniania orzeczeń arbitrażowych – kontrowersyjna w świetle następczej kontroli wyroku przez sąd państwowy[63]. Praktyka wskazywania przez arbitrów uzasadnienia dla dokonywanego rozstrzygnięcia ugruntowała się wraz z rozwojem arbitrażu i obecnie uzasadnienie (*reasoning*) jest przewidziane jako element wyroku sądu polubownego w większości ustawodawstw krajowych[64]. Zgodnie z art. 1197 § 2 k.p.c. wyrok powinien zawierać motywy rozstrzygnięcia[65]. Pojawia się pytanie, co kryje się pod tym pojęciem, na ile jest ono tożsame z uzasadnieniem wyroku sądu państwowego, o którym mowa w art. 328 k.p.c., kiedy należy sporządzić motywy i jakie są skutki ich pominięcia oraz do jakiego stopnia mogą być one przedmiotem kontroli przez sąd państwowy.

Powszechnie przyjmuje się, że motywy wyroku sądu polubownego nie podlegają takim wymaganiom, jakim podlega uzasadnienie wyroku sądu państwowego[66]. Uzasadnienie wyroku sądu polubownego powinno zawierać przedstawienie faktów, na podstawie których sąd rozstrzygnął spór[67], oraz wskazywać, czy rozstrzygnięcie nastąpiło na podstawie przepisów danego prawa materialnego czy zasad słuszności lub ogólnych zasad prawa[68]. Nie wymaga się natomiast rozbudowanego uzasadnienia prawnego z powoływaniem konkretnych przepisów (czy zasad) stosowanych przez zespół orzekający. Nie obowiązuje szczególny styl uzasadnienia[69], a również jego jakość powinna być bez znaczenia z prawnego punktu widzenia. Mimo teoretycznego odformalizowania w praktyce widoczna jest tendencja do obszernego uzasadniania wyroków przez arbitrów, co spotyka się wręcz z krytyką ze strony części środowiska arbitrażowego[70].

Polski ustawodawca nie określa terminu na sporządzenie motywów rozstrzygnięcia. Opierając się na treści art. 1195 § 3 k.p.c., zgodnie z którym uzasadnienie zdania odrębnego – jeśli zostanie zgłoszone – należy sporządzić w ciągu dwóch tygodni od sporządzenia motywów rozstrzygnięcia, wyrażono pogląd, że motywy nie muszą być sporządzone i podpisane łącznie z sentencją wyroku[71]. Jednak z literalnego brzmienia art. 1197 k.p.c. dość jasno wynika, że motywy są częścią składową wyroku[72]. Ponadto nie przewidziano żadnej procedury ani terminu na ich odrębne sporządzenie. Również o takim traktowaniu motywów świadczą postanowienia większości regulaminów stałych sądów polubownych i Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL[73]. Oczywiście nie można wykluczyć samej technicznej możliwości osobnego podpisania sentencji i motywów. Natomiast wątpliwe wydaje się doręczenie stronom najpierw samej sentencji wyroku, a w dalszej kolejności moty-

[63] T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 403.

[64] Zob. T.H. Webster, *Review of Substantive Reasoning of International Arbitral Awards by National Courts: Ensuring One-Stop Adjudication*, „Arbitration International" 2006, nr 22(3), s. 431–432; B.M. Cremades, *op.cit.*, s. 402.

[65] W tym zakresie polska regulacja różni się np. od art. 31 ust. 2 prawa modelowego UNCITRAL, zgodnie z którym strony mogą wyłączyć umownie konieczność wskazania przez arbitrów w wyroku motywów rozstrzygnięcia, zob. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985* (with amendments as adopted in 2006) ,http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (dostęp: 16.10.2014 r.).

[66] T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 333.

[67] Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo…*, s. 187.

[68] T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 333.

[69] A. Jakubecki, *op.cit*.

[70] Zob. na ten temat P. Lalive, *On the Reasoning of International Arbitral Awards*, „Journal of International Dispute Settlement" 2010, nr 1(1), s. 55–56, który jednak nie podziela tego poglądu, przynajmniej w odniesieniu do międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego.

[71] A. Jakubecki, *op.cit.*

[72] Tak też SA w Warszawie w wyroku z 13 maja 2013 r., I ACa 1298/12, LEX nr 1362923.

[73] Zob. art. 34 ust. 3 Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL, art. 32 ust. 3 Swiss Rules, art. 31 ust. 2 regulaminu ICC, § 43 ust. 3 regulaminu SAKIG czy § 40 ust. 3 regulaminu Lewiatana.

wów, szczególnie że termin na wniesienie skargi o uchylenie biegnie zgodnie z art. 1208 § 1 k.p.c. od dnia otrzymania wyroku, a nie wyroku z motywami rozstrzygnięcia.

Jeśli chodzi o kontrolę motywów rozstrzygnięcia przez sąd państwowy w ramach postępowania delibacyjnego lub ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego, dominuje pogląd, zgodnie z którym sąd państwowy co do zasady nie powinien weryfikować merytorycznie rozstrzygnięcia, w szczególności ustaleń faktycznych sądu polubownego ani tego, czy rozstrzygnięcie znajduje oparcie w okolicznościach faktycznych wskazanych w uzasadnieniu wyroku sądu polubownego[74]. W odniesieniu do oceny rozstrzygnięcia w świetle klauzuli porządku publicznego wyrażane jest stanowisko, że jej ewentualne naruszenie musi odnosić się do jego sentencji, która będzie funkcjonować w obrocie, a nie warstwy motywacyjnej[75]. Stanowi to odzwierciedlenie zasady autonomii sądownictwa polubownego. A zatem przynajmniej w teorii stwierdzenie przez sąd państwowy nieprawidłowości uzasadnienia nie powinno mieć wpływu na ocenę dokonywaną przez sąd państwowy[76]. Jednak biorąc pod uwagę, że motywy pozostają z sentencją w ścisłym logicznym związku, wpływ oceny motywów na ocenę sentencji staje się dość naturalny.

Nie należy zapominać, że motywy mogą stanowić wsparcie dla wyroku, gdyż sąd państwowy dowiaduje się z nich o pewnych okolicznościach, które mogą nie wynikać z akt sprawy lub zostać błędnie zinterpretowane. Jednocześnie wydaje się, że stwierdzenie braku jakichkolwiek motywów rozstrzygnięcia (nawet jeśli w sensie faktycznym arbitrzy sporządzili uzasadnienie, które jednak jest tylko pozorne czy wewnętrznie sprzeczne) może w pewnych okolicznościach doprowadzić do uchylenia lub odmowy uznania czy stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego[77], szczególnie że może to świadczyć pośrednio o nieprawidłowości w przeprowadzeniu postępowania i podejmowaniu decyzji przez arbitrów.

6. Votum separatum

Możliwość zgłoszenia przez arbitra zdania odrębnego od wydanego przez zespół orzekający rozstrzygnięcia (*dissenting opinion*[78]) nawiązuje do rozwiązania obecnego w sądownictwie państwowym i międzynarodowym, jednak biorąc pod uwagę specyfikę sądownictwa polubownego polegającą na (choćby pośrednim) wyborze arbitrów przez strony, zagadnienie *votum separatum* w wyroku sądu polubownego budzi więcej wątpliwości i stanowi przedmiot rozbieżnych ocen[79].

Zgodnie z art. 1195 § 1 k.p.c. jeżeli sąd polubowny rozpoznaje sprawę w składzie więcej niż jednego arbitra, orzeczenie zapada większością głosów, chyba że umowa stron stano-

[74] Tak SN m.in. w wyroku z 15 maja 2014 r., II CSK 557/13 (Legalis nr 1048697); por. wyroki SN z 21 grudnia 2004 r., I CK 405/04, niepubl., z 8 grudnia 2006 r., V CSK 321/06, niepubl., z 11 maja 2007 r., I CSK 82/07, OSNC 2008, nr 6, poz. 64 i z 3 września 2009 r., I CSK 53/09, niepubl.

[75] Wyrok SA w Warszawie z 13 maja 2013 r., I ACa 1298/12, LEX nr 1362923.

[76] Na temat kontroli motywów rozstrzygnięcia przez sądy państwowe w perspektywie prawnoporównawczej zob. T.H. Webster, *Review of Substantive Reasoning*…, s. 436–438 i powołane tam orzeczenia.

[77] Zob. M. Rubino-Sammartano, *International Arbitration. Law and Practice*, New York 2014, s. 1170–1174, który wskazuje, że brak motywów rozstrzygnięcia może być podstawą uchylenia wyroku, a niewystarczające czy wewnętrznie sprzeczne motywy mogą – w pewnych okolicznościach – być potraktowane na równi z brakiem motywów. Jednak autor zastrzega, że w ostatnim czasie w orzecznictwie wielu krajów zauważyć można łagodniejszy stosunek do obowiązku uzasadniania orzeczeń.

[78] Zdanie odrębne od wyroku (*dissenting opinion*) odróżnić należy od alternatywnego uzasadnienia przez arbitra rozstrzygnięcia zespołu orzekającego, co do którego nie wnosi on sprzeciwu (*concurring opinion*). Zob. M.L. Moses, *op.cit.*, s. 185. W polskim prawie arbitrażowym uregulowana została procedura zgłaszania zdania odrębnego w tym pierwszym znaczeniu, co nie przesądza jednak o niedopuszczalności w świetle k.p.c. sporządzenia alternatywnego uzasadnienia wyroku.

[79] Zob. m.in. A. Redfern, *Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly*, „Arbitration International" 2004, nr 3, s. 223 i n. i przytoczone tam stanowiska.

wi inaczej[80]. Strony mogą przykładowo przewidzieć, że w braku osiągnięcia większości głosów rozstrzygnięcie wyda arbiter przewodniczący[81]. W sytuacji, gdy nie zostanie osiągnięta jednomyślność, a nie jest ona niezbędna dla wydania wyroku, arbiter głosujący przeciwko zdaniu większości może przy swoim podpisie zaznaczyć, że zgłosił zdanie odrębne. Przepis art. 1195 § 3 k.p.c. stanowi, że uzasadnienie zdania odrębnego należy sporządzić w terminie dwóch tygodni od sporządzenia motywów rozstrzygnięcia i dołączyć je do akt sprawy. Statuując wprost dopuszczalność i określając tryb zgłaszania zdania odrębnego, polska procedura różni się od prawa modelowego UNCITRAL, które nie porusza tej kwestii, podobnie zresztą jak wiele regulaminów arbitrażowych[82]. Mimo braku wyraźnych regulacji praktyka składania zdań odrębnych istnieje i uznawana jest powszechnie za dopuszczalną w arbitrażu międzynarodowym[83].

Głosowanie przeciwko zdaniu większości zespołu orzekającego czy też wstrzymanie się od głosu[84] nie nakłada na arbitra obowiązku zgłoszenia zdania odrębnego. Przegłosowany arbiter może podpisać wyrok i nie ujawniać swojego stanowiska. W międzynarodowej praktyce zdarza się także, że odmawia jego podpisania i tak w dorozumiany sposób wyraża swój sprzeciw wobec zapadłego rozstrzygnięcia[85]. Jednak podpisanie wyroku należy do obowiązków arbitra, a zatem będzie on ponosił odpowiedzialność za ewentualną szkodę wywołaną odmową podpisania orzeczenia (jeżeli brak jego podpisu uniemożliwi wydanie skutecznego wyroku w świetle art. 1197 § 1 k.p.c.).[86] Uregulowanie procedury zgłoszenia zdania odrębnego dodatkowo świadczy o tym, że na gruncie k.p.c. przegłosowany arbiter nie jest zwolniony z obowiązku podpisania orzeczenia[87]. Wyłącznie od jego woli zależy natomiast skorzystanie z mechanizmu *votum separatum.*

Zgodnie z k.p.c. w przypadku zgłaszania zdania odrębnego arbiter nie ma faktycznej możliwości odmowy podpisania wyroku, ponieważ to przy swoim podpisie dokonuje wzmianki o zdaniu odrębnym (art. 1195 § 2 k.p.c.). Wzmianka ta może być w dowolnej formie, ale powinna dostatecznie jasno wyrażać brak zgody z zapadłym rozstrzygnięciem. Przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego była sytuacja, w której arbitrzy zgłaszający zdanie odrębne na końcu wyroku nanieśli swoje krytyczne uwagi i dopiero pod nimi złożyli podpisy (nie podpisując się w miejscu przeznaczonym na podpisy całego składu orzekającego). Powstało pytanie, czy arbitrzy podpisali wyrok w rozumieniu art. 1197 § 1 k.p.c. czy wyłącznie swoje wzmianki o zdaniu odrębnym. Sąd Najwyższy stwierdził, że arbitrzy dostatecznie wyrazili „wolę podpisania krytykowanego, lecz przyjętego przez sąd polubowny wyroku, co potwierdza fakt złożenia podpisów (parafowania) na 10 kartkach przedmiotowego wyroku"[88].

---

[80] Podobne rozwiązanie przyjmuje art. 29 prawa modelowego UNCITRAL. Rozstrzygnięcie większością głosów jako regułę przewiduje również Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL (art. 33 ust. 1), a także większość regulaminów instytucji arbitrażowych, por. art. 31 ust. 1 regulaminu ICC, art. 31 ust. 1 Swiss Rules.

[81] Zob. np. art. 31 ust. 1 regulaminu ICC, zgodnie z którym „[w] przypadku braku większości wyrok zostanie wydany przez przewodniczącego trybunału arbitrażowego". Analogiczne rozwiązanie przewiduje art. 31 ust. 1 Swiss Rules i § 40 regulaminu SAKIG.

[82] Na temat zgłaszania zdania odrębnego brak wzmianki m.in. w regulaminie ICC, Swiss Rules i Regulaminie Arbitrażowym UNCITRAL. Inaczej regulamin SAKIG, patrz § 40 ust. 6.

[83] J.D.M. Lew, L.A. Mistelis, S. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration,* Kluwer Law International 2003, s. 641.

[84] W literaturze podkreśla się, że arbiter w zasadzie nie powinien wstrzymywać się od oddania głosu, gdyż należy to do jego obowiązków wynikających z przyjęcia funkcji arbitra, zob. A. Jakubecki, *Komentarz do art. 1195 k.p.c.*, LEX/el. 2013.

[85] W międzynarodowym arbitrażu handlowym najczęściej spotkać się można z odmową podpisu orzeczenia, zob. M.L. Moses, *op.cit.*, s. 185; J.D.M. Lew, L.A. Mistelis, S. Kroll, *op.cit.*, s. 641.

[86] W. Głodowski, *Sytuacja prawna arbitra (uprawnienia i obowiązki)*, „ADR Arbitraż i Mediacja" 2011, nr 4 (16), s. 144; Ł. Błaszczak, *Wyrok sądu…* s. 173.

[87] Również na tle regulacji nieprzewidujących procedury zgłaszania zdania odrębnego generalnie podkreśla się obowiązek podpisania wyroku przez przegłosowanego arbitra, zob. A. Redfern, *op.cit.*, s. 224.

[88] Wyrok SN z 6 grudnia 2005 r., I CK 324/05, LEX nr 346057.

Ze zgłoszeniem zdania odrębnego związane jest sporządzenie pisemnego uzasadnienia w trybie przewidzianym w art. 1195 § 3 k.p.c.[89]. Dominuje pogląd, że jest to obowiązek, a nie prawo arbitra[90]. Zgodnie z k.p.c. termin na sporządzenie uzasadnienia wynosi dwa tygodnie od dnia sporządzenia motywów rozstrzygnięcia. W tym kontekście warto zauważyć, że regulamin sądu polubownego znajdujący zastosowanie w sprawie może różnić się od przepisów kodeksowych. Zgodnie z § 40 ust. 6 regulaminu SAKIG arbiter, który zgłosił przy podpisie zdanie odrębne, „m o ż e t a k ż e złożyć do akt sprawy uzasadnienie zdania odrębnego, które powinno zostać sporządzone w t y m s a m y m t e r m i n i e co uzasadnienie wyroku"[91]. W przypadku, gdy zastosowanie w danym postępowaniu znajdują przepisy k.p.c., pojawia się pytanie, która z kolidujących norm powinna znaleźć zastosowanie. Odpowiedź zależeć będzie od przyjęcia bezwzględnie obowiązującego albo dyspozytywnego (choć redakcja przepisu na to nie wskazuje) charakteru normy z art. 1195 § 3 k.p.c., gdyż imperatywne przepisy prawa arbitrażowego wiążą strony (i arbitrów)[92]. Konsekwencje naruszenia jednej z tych norm są o tyle niejasne, że zarówno zdanie odrębne, jak i jego uzasadnienie, co prawda mogą być zakwalifikowane jako czynności o charakterze procesowym, nie wywołują jednak formalnych skutków procesowych[93].

Uzasadnienie zdania odrębnego załączane jest do akt sprawy i strony postępowania mają prawo się z nim zapoznać[94], jednak nie stanowi ono części składowej orzeczenia arbitrażowego[95]. Nie ma też wpływu na czynności w fazie postarbitrażowej, w tym na postępowanie delibacyjne czy ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego. Mowa tu oczywiście o formalnym znaczeniu zdania odrębnego i jego uzasadnienia, bo niewątpliwie strona przegrana może wykorzystać argumenty wskazane przez arbitra w *votum separatum* przy podejmowaniu kroków mających na celu wzruszenie zapadłego wyroku. Dodatkowo można jeszcze rozważyć sytuację, w której arbiter zgłaszający zdanie odrębne wskaże nieprawidłowości w postępowaniu i w przeprowadzeniu narady nad rozstrzygnięciem, na przykład stwierdzi, że nie był dopuszczony do głosu przez pozostałych członków składu orzekającego, którzy prowadzili naradę bez jego wiedzy. Taka treść uzasadnienia zdania odrębnego może odegrać dość poważną rolę w trakcie następczej kontroli orzeczenia arbitrów przez sąd państwowy, szczególnie w świetle art. 1206 § 1 ust. 4 i art. 1206 § 2 ust. 2 k.p.c.

W nawiązaniu do powyższego warto zauważyć, że motywy zgłoszenia zdania odrębnego mogą być różne. W arbitrażu międzynarodowym od długiego już czasu toczy się dyskusja na temat zasadności instytucji *votum separatum*, a krytycy jako jeden z głównych argumentów wskazują, że w przeważającej liczbie przypadków zdania odrębne zgłaszane są przez arbitra nominowanego przez stronę przegrywającą spór, co może istotnie podważyć autorytet zespołu orzekającego i przekonanie stron o bezstronności i niezależności arbitrów uznawanej za jedną z najważniejszych wartości w sądownictwie polubownym[96]. Do-

[89] M.P. Wójcik, *Komentarz do art. 1195 k.p.c.*, LEX/el. 2014.

[90] Ł. Błaszczak, *Wyrok sądu…*, s. 174; inaczej jednak A. Kurowska, *Komentarz do zmiany art. 1195 Kodeksu postępowania cywilnego wprowadzonej przez Dz.U. z 2005 r. Nr 178 poz. 1478*, LEX/el. 2005.

[91] Podkr. autorek.

[92] W tym kontekście zob. J. Szpara, M. Łaszczuk, *Czy autonomia stron w ustalaniu reguł postępowania przed sądem polubownym jest ograniczona w czasie?*, w: *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, J. Okolski i in. (red.), Warszawa 2010, s. 281.

[93] Ł. Baszczak, *Wyrok…*, s. 174; w literaturze międzynarodowej B.M. Cremades, *op.cit.*, s. 404–405.

[94] Inną kwestią pozostaje, czy istnieje obowiązek doręczenia stronom zdania odrębnego, czego ustawa, podobnie jak większość regulaminów arbitrażowych, nie precyzuje. Wydaje się, że podstawowe zasady sądownictwa polubownego nakazują co najmniej poinformowanie stron o wpłynięciu takiego uzasadnienia i dołączeniu go do akt sprawy oraz do umożliwienia stronom zapoznania się z jego treścią, tak A. Jakubecki, *Komentarz do art. 1195 k.p.c.* ...

[95] M.L. Moses, *op.cit.*, s. 185.

[96] A. Redfern, *op.cit.*, s. 224, s. 240–243. Zob. także krytykę zdań odrębnych od wyroków w arbitrażu inwestycyjnym A.J. van den Berg, *Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*, w: *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, M. Arsanjani i in. (red.), Holandia 2011, s. 821–844; http://nijhoffonline.nl/book?id=nij978900

datkowo podnoszony jest fakt, że zdanie odrębne, a w szczególności treść jego uzasadnienia, może ujawnić szczegóły poufnej narady arbitrów, a jednocześnie nie ma ono i tak wpływu na skuteczność prawną wyroku, osłabiając tylko jego powagę i zachęcając stronę przegrywającą do prób jego wzruszenia[97]. Z kolei zwolennicy zdań odrębnych wskazują, iż ich dopuszczalność przyczynia się do polepszenia jakości narady arbitrów i procesu podejmowania decyzji, gdyż sama możliwość sporządzenia zdania odrębnego przez przegłosowanego arbitra stanowi motywację do wzajemnego wysłuchania swoich argumentów przez członków zespołu orzekającego[98]. Jak zauważono, trudno jednoznacznie ocenić instytucję zdań odrębnych, gdyż dużo zależy od okoliczności danej sprawy oraz sposobu zgłoszenia *votum separatum* i jego uzasadnienia[99].

7. Wyrok zatwierdzający ugodę – zagadnienia szczegółowe

W związku z tym, że celem postępowania arbitrażowego jest polubowne zakończenie sporu, arbitrzy nierzadko zachęcają strony do zawarcia ugody. Część instytucji arbitrażowych oferuje również zachęty finansowe promujące zawieranie ugody, np. taryfa opłat za czynności SAKIG przewiduje w § 7 ust. 2 zwrot połowy opłaty arbitrażowej w przypadku zawarcia przez strony ugody przed pierwszą rozprawą.

Jeżeli strony dojdą do porozumienia w trakcie postępowania arbitrażowego, to mają możliwość zawarcia albo klasycznej ugody, albo ugody, której zostanie nadana forma wyroku[100]. W pierwszym przypadku zgodnie z art. 1196 § 1 k.p.c. osnowa ugody zostaje wciągnięta do protokołu, a sąd polubowny umarza postępowanie arbitrażowe.

Jednak ze względu na to, że powaga rzeczy ugodzonej nie jest równa powadze rzeczy osądzonej[101], strony często decydują się na nadanie ugodzie formy wyroku. Stosownie do art. 1196 § 2 k.p.c. wyrok taki ma takie same skutki, jak każdy inny wyrok sądu polubownego. Warto nadmienić, że wyrok sądu polubownego, w przeciwieństwie do klasycznej ugody, korzysta z możliwości stwierdzenia wykonalności na podstawie Konwencji nowojorskiej, co jest dodatkowym bodźcem dla stron do skorzystania z możliwości przewidzianej w art. 1196 § 2 k.p.c.

Z formalnego punktu widzenia ugodzie może zostać nadana forma wyroku wyłącznie na wniosek stron. W dalszej kolejności wyrok powinien zawierać stwierdzenie, że jest wyrokiem sądu polubownego. W pozostałym zakresie wyrok taki powinien spełniać wymagania dotyczące wyroków sądów polubownych określone w art. 1197 k.p.c., tj. być sporządzony na piśmie, podpisany przez arbitrów, zawierać datę, miejsce i motywy rozstrzygnięcia. W zakresie uzasadnienia należy jednak stwierdzić, że powołanie się przez zespół orzekający na fakt zawarcia przez strony ugody powinno być wystarczające[102]. Ze względu na efektywność postępowania zasadne wydaje się także rozstrzygnięcie o kosztach postępowania arbitrażowego.

Pojawia się pytanie, czy strony mogą zawrzeć ugodę w każdej formie, a arbitrzy będą zobligowani ją zaakceptować bez względu na obawy dotyczące np. sprzeczności z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Wydaje się, że w związku z obowiązkiem arbitrów polegającym na wydaniu wyroku, który będzie wykonalny, w takiej sytuacji arbitrzy mogą odmówić nadania ugodzie formy wyroku. Ustawodawca przewidział zresztą, że sąd polubowny „może nadać" (a nie: „nadaje") ugodzie formę wyroku, co wskazuje na dyskrecjonalność arbitrów w tym zakresie. Stanowisko takie

4173613_nij9789004173613_i-1100 (dostęp: 20.10.2014 r.). Autor postuluje stosowanie w odniesieniu do arbitrów bocznych w arbitrażu inwestycyjnym zasady *nemine dissentiente.*

[97] M.L. Moses, *op.cit.*, s. 185.

[98] Na ten aspekt zwraca uwagę B.M. Cremades, *op.cit.*, s. 405.

[99] A. Redfern, *op.cit.*, s. 239.

[100] M. Hauser-Morel, T. Wiśniewski, *op.cit.*, s. 512.

[101] M. Hauser-Morel, T. Wiśniewski, *op.cit.*, s. 512.

[102] M. Hauser-Morel, T. Wiśniewski, *op.cit.*, s. 513.

szerzej odzwierciedla art. 36 regulaminu Lewiatana, w którym nie tylko mowa o tym, że sąd arbitrażowy „może nadać" ugodzie formę wyroku, ale wskazano także przesłanki odmowy, tj. sytuacje, w których strony (i) prowadziły fikcyjny spór, (ii) mogą wykorzystać wyrok dla osiągnięcia bezprawnego celu lub pokrzywdzenia osoby trzeciej lub (iii) wyrok narusza w inny sposób podstawowe zasady porządku prawnego państwa miejsca postępowania arbitrażowego. Podobnie w art. 32 regulaminu ICC oraz art. 36 regulaminu UNCITRAL wprost przewidziano, że ugodzie zostanie nadana forma wyroku, tylko jeżeli trybunał arbitrażowy wyrazi zgodę na takie rozwiązanie.

8. Podsumowanie

Wyrok sądu arbitrażowego, jako finalny produkt pracy arbitrów, a także wielomiesięcznych (a niejednokrotnie – wieloletnich) wysiłków stron i ich pełnomocników, powinien być sporządzony w sposób zapewniający jego wykonalność. Wiele omówionych wyżej zagadnień związanych z wydaniem wyroku, co do których znajdująca zastosowanie ustawa nie daje dostatecznie jasnych wytycznych, a które również w doktrynie wywołują rozbieżności, może być doprecyzowanych przez strony już na etapie zawierania zapisu na sąd polubowny. To może pozwolić na uniknięcie późniejszych wątpliwości, które na etapie procesu nadawania orzeczeniu arbitrażowemu mocy równej wyrokowi sądu państwowego nabierają czasem pierwszorzędnego znaczenia.

„Zaskoczenie" stron wyborem podstawy prawnej orzekania przez sąd polubowny a pozbawienie prawa do obrony

Maciej Orkusz*

1. Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest zagadnienie „zaskoczenia" stron podstawą prawną wyroku sądu polubownego wskazaną w motywach jego uzasadnienia. Kompetencja sądów do samodzielnej identyfikacji normy prawnej, na której zasadzać się będzie treść rozstrzygnięcia, wynika z obowiązującej w wielu państwach zasady *iura novit curia* (*arbiter*). Pojawia się jednak pytanie, czy w jednoinstancyjnym arbitrażu zespół orzekający dysponuje nieskrępowaną swobodą doboru podstawy prawnej orzekania i czy może orzec niejako „obok" tego, co było przedmiotem debaty stron. Czy w każdym przypadku będzie to działanie prawidłowe? Czy też może jego prawidłowość uzależniona będzie od zachowania przez arbitrów pewnych wymogów proceduralnych?

Zagadnienie to – wedle wiedzy autora – nie było do tej pory przedmiotem rozważań najwyższej instancji sądowej w Polsce. Tymczasem sądy zagraniczne wielokrotnie rozpoznawały skargi o uchylenie wyroków sądów polubownych oparte na zarzucie „zaskoczenia" stron przyjętą przez arbitrów podstawą orzeczenia. Szczególnie bogaty jest w tym zakresie dorobek jurysprudencji szwajcarskiej. Dlatego też po wyjaśnieniu znaczenia zasady *iura novit curia* w niniejszym artykule omówione zostanie orzecznictwo szwajcarskiego Trybunału Federalnego oraz przykłady ujęcia kwestii „zaskoczenia" stron w orzecznictwie innych (wybranych)[1] sądów państw obcych. Po zidentyfikowaniu występujących za granicą tendencji orzeczniczych możliwe będzie rozważenie, czy polskie przepisy o sądzie polubownym i uchyleniu jego wyroków[2] uzasadniają przyjęcie zbieżnego z nimi rozwiązania.

2. Zasada *iura novit curia* (*arbiter*)

Zasada *iura novit curia* jest powszechnie przyjętą w wielu systemach prawa kontynentalnego zasadą orzekania[3]. Obliguje ona sąd do dokonania wyboru normy praw-

* Domański Zakrzewski Palinka sp.k.

[1] Niniejsze opracowanie ogranicza się do orzeczeń sądów tych (wybranych) państw europejskich, w których obowiązuje zasada *iura novit curia*. Szersza lista orzeczeń sądów zagranicznych dotyczących omawianej tu problematyki przedstawiona jest m.in. w opracowaniu *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/mal2012.html.

[2] Art. 1154–1217 ustawy z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r., poz. 101, dalej: „k.p.c.").

[3] Por. w tym zakresie m.in. P. Landolt, *Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence*,

nej właściwej dla rozstrzygnięcia przedstawionego sądowi sporu z urzędu[4]. W istocie więc – w myśl paremii *da mihi factum dabo tibi ius* – strony powinny przedstawić sądowi wyłącznie fakty istotne dla rozstrzygnięcia dysputy[5]. Nie muszą one natomiast wykazywać sądowi prawa, gdyż sąd ma obowiązek prawo znać i z urzędu prawidłowo je zastosować. Sąd nie jest zobligowany, by konsultować podstawę prawną orzekania ze stronami i przy wyrokowaniu nie jest ograniczony przepisami prawa materialnego powołanymi przez strony. Orzeczenie na podstawie niewskazanej przez strony nie stanowi rozstrzygnięcia *ultra petita*[6]. Nie budzi wątpliwości to, że zasada *iura novit curia* stanowi jedną z zasad orzekania w polskim procesie cywilnym[7]. Zasada ta nie znajduje z kolei zastosowania w systemach prawnych opartych o tradycję *common law*, gdzie ciężar udowodnienia prawa spoczywa na stronach procesu, a nie na sądzie[8].

Obowiązywanie zasady *iura novit curia* w sądownictwie polubownym (określanej także jako zasada *iura novit arbiter*) budzi pewne wątpliwości[9]. W arbitrażu międzynarodowym bowiem na jej zastosowanie wpływ mają przede wszystkim prawo miejsca arbitrażu (*lex arbitri*), jak również wola stron determinujących zasady postępowania oraz sami arbitrzy (których pochodzenie może decydować o przyjęciu lub odrzuceniu tejże zasady)[10]. W arbitrażu krajowym regułą z kolei będzie to, że zasada ta będzie respektowana wówczas, gdy stanowi ona zasadę orzekania w procesie cywilnym danego państwa[11]. Wydaje się więc, że w postępowaniach arbitrażowych podlegających prawu polskiemu zasada *iura novit curia* znajdzie odpowiednie zastosowanie[12].

3. Zarzut naruszenia prawa do bycia wysłuchanym w przypadku „zaskoczenia" stron podstawą rozstrzygnięcia w orzecznictwie szwajcarskiego Trybunału Federalnego

W Szwajcarii zagadnienie możliwości żądania uchylenia wyroku sądu polubownego w przypadku „zaskoczenia" stron efektem zastosowania przez arbitrów zasady *iura novit curia* było kilkukrotnie podnoszone w postępowaniach przed Trybunałem Federalnym. Za każdym razem podstawę żądania uchylenia wyroku wydanego w arbitrażu międzynarodowym z siedzibą w Szwajcarii stanowił art. 190 ust. 2 lit. d szwajcarskiej ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe, zgodnie z którym wyrok sądu polubownego może zostać

„Arbitration International" 2012, vol. 28, nr 2, s. 174 i 182, G. Knuts, *Jura Novit Curia and the Right to Be Heard – An Analysis of Recent Case Law*, „Arbitration International" 2012, vol. 28, nr 4, s. 671.

[4] *International Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on 'Ascertaining Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*, „Arbitration International" (2010) vol. 26, no. 2, s. 194.

[5] *Ibidem.*

[6] Por. np. H. Pietrzkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, wyd. 4, Warszawa 2009, s. 404.

[7] Świadczą o tym liczne tezy orzeczeń Sądu Najwyższego, zawarte m.in. w wyrokach z 25 lutego 2010 r., I CSK 194/08 (LEX nr 583721), z 15 maja 2014 r., II CSK 345/13 (LEX nr 1477432), z 16 września 2009 r., II CSK 189/09 (LEX nr 564981) czy postanowieniu z 15 lutego 2012 r., I PK 131/11 (LEX nr 1215259).

[8] P. Landolt, *op.cit.*, s. 184, G. Knuts, *op.cit.*, s. 672.

[9] Por. G. Knuts, *op.cit.*, s. 672, J. Waincymer, *International Arbitration and the Duty to Know the Law*, „Journal of International Arbitration" 2011, vol. 28, nr 3, s. 201–242.

[10] Por. G. Knuts, *op.cit.*, s. 670.

[11] W tym zakresie patrz: J. Lew, *The Tribunal's rights and duties: Why they should be more involved in the Arbitral Process*, Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Players' interaction in International Arbitration (2012), http://www.iccdrl.com, G. Kaufmann-Kohler, *Iura Novit Arbiter – Est-ce bien raisonnable?*, w: A.H. Lachat, L. Hirsch, *Réflexions sur le droit desirable en l'Honneur du Professeur Alain Hirsh*, Genewa 2004, s. 71–78.

[12] Por. T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, wyd. 1, Warszawa 2008, s. 324, choć zaznaczyć należy, iż sądu polubownego nie wiążą przepisy o postępowaniu przed sądami państwowymi (art. 1184 § 2 k.p.c.).

uchylony w przypadku stwierdzenia naruszenia przez sąd polubowny prawa strony do bycia wysłuchaną.

3.1. Wyrok w sprawie 4P.100/2003

Pierwsze opublikowane[13] orzeczenie szwajcarskiego Trybunału Federalnego dotyczące problematyki naruszenia praw strony przez rozstrzygnięcie sporu w myśl zasady *iura novit curia* stanowił wyrok z 30 września 2003 r. (4P.100/2003[14]) w przedmiocie uchylenia wyroku sądu polubownego w Zurychu.

Spór rozpoznany przez sąd polubowny dotyczył umowy licencyjnej na produkcję oraz sprzedaż papierosów na terytorium Chorwacji, zawartej pomiędzy spółką chorwacką (licencjobiorcą) i jej zagranicznym licencjodawcą. Około pięć lat po zawarciu umowy chorwacki organ antymonopolowy stwierdził nieważność części jej postanowień. Wskutek decyzji tego organu oraz działań licencjobiorcy licencjodawca wypowiedział umowę, twierdząc, iż dalsze jej trwanie jest niemożliwe. W postępowaniu arbitrażowym licencjobiorca żądał uznania wypowiedzenia za bezprawne oraz zapłaty odszkodowania. Sąd polubowny oddalił zarówno to powództwo, jak i powództwo wzajemne licencjodawcy.

Złożona przez licencjobiorcę skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego zawierała zarzut rozstrzygnięcia sprawy w oparciu o argument niepodniesiony przez strony, przez co doszło do naruszenia prawa skarżącego do bycia wysłuchanym w zakresie argumentu leżącego u podstaw orzeczenia. Sąd polubowny stwierdził bowiem, że decyzja organu antymonopolowego stanowiła w istocie cofnięcie zezwolenia na prowadzenie działalności objętej licencją, uzasadniające wypowiedzenie umowy na podstawie jej art. 15 i 20, mimo że w toku postępowania licencjodawca nigdy nie podnosił takiej argumentacji. Pozwany licencjodawca twierdził jedynie, że umowa była nieważna w całości na podstawie art. 20 ust. 2 szwajcarskiego kodeksu zobowiązań, odwołując się także do zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*.

Rozpoznając wspomniany zarzut, Trybunał Federalny w sposób ogólny odniósł się do kolizji prawa do bycia wysłuchanym i zasady *iura novit curia*. Trybunał podkreślił, iż w Szwajcarii prawo do bycia wysłuchanym dotyczy przede wszystkim okoliczności faktycznych. Prawo stron do przedstawienia ich stanowiska co do kwestii prawnych uznane jest jedynie w ograniczonym zakresie. Zgodnie bowiem z zasadą *iura novit curia* zarówno sądy, jak i sądy polubowne mają swobodę ustalenia podstawy prawnej rozstrzygnięcia sporu w oparciu o ustalone fakty i mogą wydać wyrok, opierając się na innej – niż wynikająca z przedłożeń stron – podstawie prawnej. O ile zapis na sąd polubowny nie ogranicza tego sądu do oparcia wyroku wyłącznie na przytoczonych przez strony przepisach prawa, sąd polubowny nie ma obowiązku wysłuchiwania stron w zakresie prawnych podstaw orzeczenia. Wyjątkowo jednak należy wysłuchać strony, jeżeli sąd lub sąd polubowny zamierza oprzeć rozstrzygnięcie na przepisie lub instytucji prawnej, które nie były dyskutowane przez strony w toku postępowania, a których zastosowania strony nie mogły się spodziewać. Do powyższej formuły Trybunał Federalny odwoływał się we wszystkich omówionych w dalszej części niniejszego artykułu orzeczeniach, każdorazowo przytaczając ją na początku analizy zarzutu naruszenia prawa do bycia wysłuchanym w zakresie argumentacji prawnej.

Przenosząc tę formułę na grunt przedstawionej mu sprawy, Trybunał doszedł do wniosku, że analiza sądu polubownego nie miała nic wspólnego z argumentacją stron. Art. 20 umowy (stanowiący podstawę rozstrzygnięcia) w toku postępowania był wzmiankowany jedynie dwukrotnie i nie stanowił przedmiotu dysputy. Wobec tego żadna ze stron nie

[13] Co do nieopublikowanych orzeczeń w tym przedmiocie por. A. Meier, Y. McGough, *Do Lawyers Always Have to Have the Last Word? Iura Novit Curia and the Right to Be Heard in International Arbitration: an Analysis in View of Recent Swiss Case Law*, „ASA Bulletin" 2014, nr 3, s. 493.

[14] Wyrok oznaczany jest jako ATF 130 III 35, „ASA Bulletin" 2004, nr 3, s. 574–582.

mogła spodziewać się, że rozstrzygnięcie zapadnie właśnie w oparciu o to postanowienie umowne. Konstatacja ta uzasadniała uchylenie wyroku sądu polubownego[15].

3.2. Wyrok w sprawie 4A_400/2008

W kolejnym wyroku, z 9 lutego 2009 r. (4A_400/2008[16]), Trybunał rozpoznał skargę na wyrok sądu polubownego zapadły w sprawie pomiędzy hiszpańskim agentem a brazylijskim piłkarzem o zapłatę na rzecz agenta prowizji w oparciu o umowę pośrednictwa podlegającą regułom FIFA oraz – subsydiarnie – prawu szwajcarskiemu.

W sprawie tej zespół orzekający Trybunału Arbitrażowego do spraw Sportu w Lozannie oddalił powództwo agenta w oparciu o bezwzględnie wiążący przepis szwajcarskiego prawa pracy, zakazujący zawierania umów pośrednictwa pracy na wyłączność. W skardze o uchylenie wyroku sądu polubownego agent podnosił, iż zespół orzekający przyjął za podstawę rozstrzygnięcia niewskazany przez strony przepis, którego zastosowania nie mogły się one spodziewać.

Po przywołaniu formuły wyroku 4P.100/2003 Trybunał Federalny wskazał, iż opisany w niej wyjątek od zasady *iura novit curia* należy interpretować wąsko. Przyjęcie odmiennego stanowiska mogłoby prowadzić do merytorycznej rewizji wyroków arbitrażowych w postępowaniu przed sądami państwowymi. W omawianej tu sprawie istotne znaczenie miało jednak to, że przepis, na który powołał się sąd polubowny, znajdował zastosowanie wyłącznie do działalności pośrednictwa pracy prowadzonej w Szwajcarii i za granicą przez pośredników mających siedzibę w Szwajcarii. Uwzględniając fakt, iż miejscem prowadzenia działalności skarżącego agenta (jego siedzibą) była Hiszpania, Trybunał uznał podniesiony zarzut za słuszny. Agent nie mógł bowiem przewidzieć, że sąd polubowny zastosuje wobec niego przepis, który w sposób oczywisty nie znajdował w sprawie zastosowania. Wobec tego, że żadna ze stron nie powoływała się na omawianą regulację, sąd polubowny powinien – zdaniem Trybunału Federalnego – przynajmniej zwrócić uwagę stron na wskazaną kwestię i umożliwić przedstawienie ich stanowisk przemawiających za lub przeciwko zastosowaniu wspomnianego przepisu. Brak takiego działania Trybunał uznał za naruszenie prawa do bycia wysłuchanym uzasadniające uchylenie wyroku sądu polubownego.

3.3. Wyrok 4A_240/2009

Postępowanie zakończone wyrokiem Trybunału Federalnego z 16 grudnia 2009 r. (4A_240/2009[17]) dotyczyło skargi dwóch spółek pozwanych w postępowaniu arbitrażowym prowadzonym według Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej w Paryżu na wyrok sądu polubownego wydany w sprawie z powództwa amerykańskiej spółki o zapłatę odszkodowania z tytułu niewykonania przez skarżące spółki umowy dostawy surowca pochodzącego z Afryki Południowej. Strony zgodnie poddały umowę „prawu szwajcarskiemu znajdującemu zastosowanie w relacjach pomiędzy podmiotami mającymi miejsce zamieszkania/siedzibę na terytorium Szwajcarii". Powyższa kwalifikacja prawna przesądzała o tym, że w stosunkach między stronami nie znajdowała zastosowania Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów z 11 kwietnia 1980 roku.

Jednym z podstawowych zagadnień roztrząsanych w toku arbitrażu było ustalenie, czy odmowa zapłaty przez amerykańskiego odbiorcę dwóch faktur wystawionych przez skarżące spółki stanowiła przewidziany w umowie przypadek „istotnego naruszenia" (*material*

[15] Streszczenie uzasadnienia tego wyroku podano za A. Meier, Y. McGough, *op.cit.*, s. 494.

[16] http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/9%20f%C3%A9vrier%202009%204A%20400%202008.pdf.

[17] http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/16%20decembre%202009%204A%20240%202009.pdf.

breach). Spółki, uznając wspomnianą wyżej odmowę za istotne naruszenie, wypowiedziały umowę i zaprzestały dokonywania dalszych dostaw. Amerykański odbiorca z kolei uznał złożone mu wypowiedzenie za bezskuteczne, a brak dalszych dostaw – za niewykonanie umowy uzasadniające roszczenie odszkodowawcze. Sąd polubowny ustalił znaczenie zwrotu „istotne naruszenie", odwołując się do interpretacji zbliżonego sformułowania (*fundamental breach*), użytego w art. 25 Konwencji wiedeńskiej oraz w art. 7.3.1 *Zasad międzynarodowych umów handlowych UNIDROIT*. Skutkiem tego zabiegu było dojście przez sąd polubowny do wniosku, że istotne naruszenie umowy przez odbiorcę nie miało miejsca. W rezultacie odstąpienie dokonane przez skarżące spółki sąd uznał za nieskuteczne, a brak dostaw – za niewykonanie umowy.

W skardze o uchylenie wyroku sądu polubownego skarżące spółki podnosiły, iż nie mogły się one spodziewać, że sąd polubowny w swoim wyroku dokona wykładni pojęcia „istotne naruszenie" poprzez odwołanie się do Konwencji wiedeńskiej, której zastosowanie w umowie wprost wyłączono. Tym bardziej, że sąd polubowny nigdy nie odnosił się do tej kwestii ani nie zaprosił stron do jej skomentowania. Rozstrzygając ten zarzut, Trybunał Federalny zaznaczył, iż warunki uznania przyjętej przez sąd polubowny podstawy prawnej za „zaskakującą" strony nie zaistniały. Interpretacja pojęcia „istotne naruszenie" była bowiem jednym z podstawnych zagadnień sprawy. Był to wystarczający dla stron bodziec, by przedstawić stanowisko w zakresie rozumienia tego pojęcia. Biorąc pod uwagę, iż prawu szwajcarskiemu koncepcja „istotnego naruszenia" nie jest znana, a strony są podmiotami zaangażowanymi w handel międzynarodowy, właściwym punktem odniesienia dla ustalenia znaczenia użytego przez nie sformułowania była właśnie terminologia używana w handlu międzynarodowym (ucieleśniona w ww. postanowieniach Konwencji wiedeńskiej oraz zasad UNIDROIT). W rezultacie Trybunał Federalny skargę oddalił.

3.4. Wyrok 4A_254/2010

Sprawa zakończona wyrokiem Trybunału Federalnego z 3 kwietnia 2010 r. (4A_254/2010[18]) dotyczyła żądania uchylenia wyroku sądu polubownego z siedzibą w Genewie. Przedmiotem postępowania arbitrażowego było roszczenie hiszpańskiej spółki względem spółki belgijskiej o zapłatę prowizji w oparciu o umowę doradczą, której celem było zapewnienie belgijskiej spółce doradztwa w celu uzyskania zamówienia na budowę zbiornika gazowego w Hiszpanii. Strony poddały umowę doradczą prawu szwajcarskiemu.

Tuż przed udzieleniem wspomnianego zamówienia na budowę spółka belgijska dokonała przeniesienia części swojego majątku na spółkę powiązaną z siedzibą w Niemczech. Wskutek tej operacji ostatecznie to właśnie niemiecka spółka zawarła umowę na budowę zbiornika. Już po udzieleniu zamówienia niemiecka spółka podpisała we własnym imieniu ze spółką holenderską umowę doradczą o brzmieniu niemal identycznym do tamtej umowy doradczej. Holenderską spółkę reprezentował przy tej transakcji dyrektor spółki hiszpańskiej, który wcześniej w jej imieniu podpisywał tamtą umowę. Na podstawie drugiej umowy doradczej wypłacono spółce holenderskiej wynagrodzenie. Spółka hiszpańska z kolei zapłaty nie otrzymała i w rezultacie wszczęła postępowanie arbitrażowe przeciwko spółce belgijskiej. Spółka belgijska broniła się, twierdząc, że druga umowa doradcza zastępowała pierwszą, a na skutek jej zawarcia na miejsce spółki hiszpańskiej w stosunek prawny wstąpiła spółka holenderska. Orzekający w sprawie sąd polubowny uznał, iż druga umowa doradcza była umową pozorną według szwajcarskiego kodeksu zobowiązań i stwierdził jej nieważność na tej podstawie. Sąd zaznaczył, że wspólny obu umowom cel (uzyskanie zamówienia) został osiągnięty jeszcze przed zawarciem drugiej umowy doradczej, a spółka holenderska nie była w stanie sama świadczyć usług doradczych opisanych w drugiej umowie.

[18] http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/3%20aout%202010%204A%20254%202010.pdf.

W skardze o uchylenie wyroku sądu polubownego spółka belgijska argumentowała, iż przyjęta przez sąd polubowny podstawa stwierdzenia nieważności drugiej umowy doradczej była dla stron zaskoczeniem. Żadna z nich bowiem nie podnosiła zarzutu nieważności drugiej umowy doradczej ani przed wszczęciem postępowania, ani w jego trakcie. Trybunał Federalny nie uwzględnił tego zarzutu, zaznaczając, że skarżący – reprezentowany w toku postępowania arbitrażowego przez genewskich prawników – odnosił się parokrotnie w pismach procesowych do problemu zatajenia rzeczywistego charakteru drugiej umowy doradczej. Miał on świadomość, że tekst drugiej umowy nie odpowiadał rzeczywistej intencji stron. Z kolei strona przeciwna nigdy nie przyznawała, że niewiążąca jej przecież druga umowa miała taki sam charakter jak umowa doradcza lub stanowiła efekt cesji tej umowy. Sąd polubowny, podobnie jak sąd państwowy, powinien z urzędu uwzględnić nieważność czynności prawnej, w szczególności gdy wynika ona z treści tej czynności i uzyskanych wyjaśnień.

3.5. Wyrok 4A_407/2012

W sprawie zakończonej wyrokiem z 20 lutego 2013 r. (4A_407/2012[19]) Trybunał Federalny rozpoznał skargę dwóch spółek austriackich na wyrok zespołu orzekającego według Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej w Paryżu.

Spór dotyczył umowy sprzedaży akcji zawartej pomiędzy skarżącymi spółkami austriackimi (kupującymi) a spółką holenderską (sprzedawcą). Podlegająca prawu austriackiemu umowa sprzedaży miała charakter warunkowy – jej wykonanie uzależnione było od uzyskania zgody austriackiego organu antymonopolowego na nabycie akcji. Stosownie do treści umowy strony miały dołożyć „najlepszych starań" (*best endeavors*), by warunek ten został spełniony. Ostatecznie nie doszło do udzielenia zgody we wskazanym w umowie terminie. Na skutek tego zdarzenia kupujący złożyli oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Sprzedawca – przyjmując, iż kupujący nie dołożyli najlepszych starań, by zgodę uzyskać – uznał dokonane przez nich odstąpienie za nieskuteczne i sam odstąpił od umowy. Następnie wszczął on przeciwko kupującym postępowanie arbitrażowe o zapłatę odszkodowania. Zespół orzekający żądanie sprzedawcy częściowo uwzględnił, oddalając w całości powództwo wzajemne kupujących.

W skardze o uchylenie wyroku kupujący argumentowali, iż strony zaskoczyła przyjęta przez sąd polubowny interpretacja pojęcia „najlepsze starania" w oparciu o koncepcję *theory of removal of the business logic*. Rozpoznając ten zarzut, Trybunał Federalny zaznaczył, iż w toku postępowania strony prezentowały znacznie odbiegające od siebie interpretacje wskazanego pojęcia. Zdaniem sprzedawcy „najlepsze starania" oznaczały nieograniczony obowiązek współpracy stron w celu zrealizowania warunku. Kupujący tymczasem uważali, że obowiązek podjęcia „najlepszych starań" w istocie oznaczał jedynie zakaz podejmowania w złej wierze działań skutkujących nieziszczeniem się warunku. Przyjęta przez zespół orzekający koncepcja była bardziej zbliżona do stanowiska sprzedawcy, choć w rzeczywistości plasowała się ona pomiędzy ekstremami wyznaczonymi przez stanowiska stron. Choć Trybunał Federalny wyraził wątpliwość co do prawidłowości przyjętej przez zespół orzekający wykładni, stwierdził on, że w sprawie nie może być mowy o zaskoczeniu stron. Strony bowiem mogły spodziewać się, że zespół orzekający zajmie stanowisko „pośrednie".

3.6. Wyrok 4A_476/2012

W wyroku z 24 maja 2013 r. (4A_476/2012[20]) Trybunał Federalny rozpoznał skargę klubu piłkarskiego z siedzibą w Meksyku na wyrok arbitra orzekającego w arbitrażu przez ze-

[19] http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/20%20fevrier%202013%204A%20407%202012.pdf.

[20] http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/24%20mai%202013%204A%20476%202012.pdf.

spół orzekający Trybunału Arbitrażowego do spraw sportu w Lozannie, wydany w sporze z powództwa brazylijskiego piłkarza przeciwko temu klubowi o zapłatę świadczeń na podstawie umowy o pracę.

Początkowo zawodnik pozew swój skierował do Izby Rozpoznawania Sporów FIFA, która uznała się za niewłaściwą do rozpoznania sprawy. Następnie piłkarz zwrócił się o rozpoznanie sprawy do Komisji Koncyliacji i Rozwiązywania Sporów Meksykańskiej Federacji Piłkarskiej. Komisja odmówiła rozpoznania sprawy z uwagi na upływ terminu przedawnienia wynikający z przepisów meksykańskiego prawa pracy oraz z regulaminu Komisji. Powód odwołał się od tego rozstrzygnięcia do zespołu orzekającego Trybunału Arbitrażowego do spraw Sportu w Lozannie. Rozpoznający odwołanie arbiter jedyny tego trybunału uwzględnił odwołanie piłkarza i zasądził kwotę dochodzoną pozwem.

W skardze o uchylenie wyroku sądu polubownego meksykański klub zarzucał pozbawienie go prawa do bycia wysłuchanym. W wyroku przyjęto bowiem, iż z chwilą wszczęcia postępowania przed Izbą FIFA doszło do skutecznego przerwania terminu przedawnienia, który od tego momentu rozpoczął swój bieg od nowa. Argumentacja prawna, jaką w tym przedmiocie zaprezentował arbiter, nie była podnoszona przez strony ani w toku poprzedzającego arbitraż postępowania, ani też w ramach prezentacji stanowisk stron w trakcie arbitrażu. Działanie arbitra było – zdaniem klubu – rażąco błędne. Trybunał Federalny nie uwzględnił tego zarzutu, uznając m.in., że nie wykazano, w jakim zakresie klub nie mógł przedstawić swojego stanowiska w przedmiocie zastosowania przepisów prawa meksykańskiego o przedawnieniu. Biorąc pod uwagę, iż podstawą rozstrzygnięcia Komisji Koncyliacji i Rozwiązywania Sporów Meksykańskiej Federacji Piłkarskiej była właśnie ta instytucja, klub mógł spodziewać się, że będzie ona miała kluczowe znaczenie dla sprawy i że arbiter przeprowadzi pełną jej analizę, nie ograniczając się tylko do argumentacji prawnej stron. Samo zastosowanie przez arbitra prawa w omawianym zakresie nie mogło – według Trybunału – zostać uznane za rażąco błędne. Nie mogło ono również stanowić zaskoczenia, które wymagałoby od niego uprzedniego wysłuchania strony co do podstawy prawnej orzekania.

3.7. Wyrok 4A_188/2013

W wyroku z 15 lipca 2013 r. (4A_188/2013[21]) Trybunał Federalny rozpoznał skargę na wyrok trybunału arbitrażowego Genewskiej Izby Handlowo-Przemysłowej, wydany w sporze z powództwa szwajcarskiego nabywcy akcji banku przeciwko zbywcom tych akcji. Osią sporu były zapisy umowy sprzedaży dotyczące sposobu obliczenia ostatecznej ceny za akcje. Według kupującego zapisy te były skonstruowane nieprawidłowo, gdyż opierały ustalenie ceny m.in. na wartości tzw. pożyczek powierniczych, które nie miały rzeczywistego znaczenia dla ustalenia wartości banku, którego akcje stanowiły przedmiot transakcji. Trybunał oddalił powództwo główne kupującego, uwzględniając w części powództwo wzajemne sprzedawców.

W skardze o uchylenie wyroku sądu polubownego kupujący zarzucał m.in. oparcie rozstrzygnięcia sądu polubownego na argumencie prawnym niepodniesionym przez żadną ze stron i niekonsultowanym z nimi. Argument ten dotyczył zastosowania zasady proporcjonalności do oceny, czy skarżący miał prawo do rozwiązania części pożyczek powierniczych z tym skutkiem, by ich wartość nie stała się elementem kształtującym ostateczną cenę za akcje. Trybunał Federalny nie podzielił tego argumentu, uznając, że strony nie mogły być zaskoczone podstawą rozstrzygnięcia arbitrów. Sama kwestia tego, czy kupujący mógł rozwiązać wspomniane umowy, tak by ich wartość nie wpływała na cenę akcji, była osią sporu między stronami. Wobec tego wszystkie kwestie prawne z tym związane objęte były zakresem analizy trybunału arbitrażowego. Kupujący w toku postępowania korzystał z doradztwa specjalistów z zakresu prawa bankowego i powinien był się spo-

[21] http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/15%20juillet%202013%204A%20188%202013.pdf.

dziewać, że arbitrzy mogą ocenić dokonane przez kupującego rozwiązanie umów z punktu widzenia warunków kontraktu, w tym powołanej w nim zasady proporcjonalności. Stanowisko takie było tym bardziej uzasadnione, że wykonanie prawa do rozwiązania umów dawało kupującemu daleko idące korzyści i powodowało konflikt interesów związany z możliwością obniżenia w ten sposób ceny za akcje. Należało więc spodziewać się, że sąd polubowny zbada sposób wykonania tego prawa.

4. Zarzut naruszenia prawa do obrony w przypadku „zaskoczenia" stron podstawą rozstrzygnięcia w orzecznictwie francuskim

4.1. Wyrok w sprawie *Thyssen Stahlunion GmbH przeciwko Maaden*

Sąd Apelacyjny w Paryżu w wyroku z 6 kwietnia 1995 r.[22] rozpoznał skargę na orzeczenie zespołu orzekającego Międzynarodowej Izby Handlowej w Paryżu z siedzibą w Paryżu. Przedmiotem sprawy arbitrażowej pomiędzy spółką syryjską (powodem) a spółką niemiecką (pozwanym) było roszczenie o zapłatę z tytułu nienależytego wykonania umowy dostawy belek stalowych. Sąd polubowny, uwzględniając powództwo, zasądził na rzecz powoda kwotę roszczenia głównego oraz odsetki liczone w oparciu o stopę procentową LIBOR.

Jeden z zarzutów wniesionej przez pozwanego skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego[23] dotyczył niewysłuchania strony w zakresie podstaw prawnych ustalenia wysokości odsetek od należności głównej. Strony nie wypowiadały się bowiem w toku postępowania na ten temat. Sąd Apelacyjny uznał ów zarzut za słuszny, podnosząc, iż sąd polubowny orzekł o odsetkach, mimo że żadna ze stron nie wypowiadała się co do prawnych podstaw określenia ich wysokości. Sąd polubowny wykroczył więc poza zakres rzeczywistego sporu między stronami, nie dając im możliwości wypowiedzenia się o podstawach prawnych orzeczenia o odsetkach. Zasady rzetelnego procesu wymagają, by arbitrzy nie wprowadzali nowych zagadnień prawnych lub faktycznych do sprawy bez uprzedniego zaproszenia stron do ich skomentowania, tym bardziej że znajdująca zastosowanie w sprawie Konwencja nie określała, w jaki sposób należy ustalać wysokość odsetek. Samodzielne przyjęcie przez arbitrów, iż zwyczaje handlowe uzasadniają naliczenie odsetek w wysokości stopy LIBOR, bez zapewnienia stronom możliwości wypowiedzenia się w tej kwestii, było błędem uzasadniającym uchylenie wyroku w zakresie orzeczenia o odsetkach.

4.2. Wyrok w sprawie *Engel Austria GmbH przeciwko Don Trade*

Zarzut naruszenia praw strony wskutek zastosowania przez sąd polubowny zasady *iura novit curia* stanowił również podstawę wyroku Sądu Apelacyjnego w Paryżu z 3 grudnia 2009 r.[24]. Sprawa dotyczyła umowy pomiędzy spółkami austriacką i serbską o dostawę linii produkcyjnej butelek PET. Strony wdały się w spór co do tego, czy umowa ta została należycie wykonana, tj. czy linia spełniała uzgodnione wymogi efektywności. Sąd polubowny częściowo unieważnił umowę w oparciu o austriacką koncepcję odpadnięcia podstawy czynności prawnej (*Wegfall der Geschaftsgrundlage*), mimo że żadna ze stron jej nie powołała. Według Sądu Apelacyjnego w Paryżu rozstrzygnięcie to wobec niewysłuchania stron co do zastosowania wspomnianej zasady należało uchylić[25].

[22] CA Paris, 6 April 1995, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950406f1.html.
[23] Podstawę prawną zarzutu stanowił art. 1502-3 francuskiego kodeksu postępowania cywilnego.
[24] CA Paris, pole 1, 1re ch., 3 dec. 2009, no. RG 08/13618.
[25] Streszczenie uzasadnienia tego wyroku podano za G. Knuts, *op.cit.*, s. 678.

5. Zarzut naruszenia prawa do obrony w przypadku „zaskoczenia" stron podstawą rozstrzygnięcia w orzecznictwie sądów innych państw

Poszczególne rozstrzygnięcia zarzutów dotyczących „zaskoczenia" stron podstawą prawną orzekania można zaobserwować również w orzeczeniach sądów innych państw europejskich.

W Niemczech podstawowym orzeczeniem[26] w tej kwestii jest wyrok z 30 lipca 2010 r., wydany przez Wyższy Sąd Krajowy w Stuttgarcie (1 Sch 03/10[27]). Sąd ten potwierdził, iż sąd polubowny zobowiązany jest zapewnić stronom prawo do wysłuchania, w sytuacji gdy zamierza on odstąpić od zaprezentowanego uprzednio stronom poglądu prawnego, a strony – w zaufaniu do poglądu prawnego przedstawionego im przez sąd polubowny – nie podnosiły dalszej argumentacji w sporze. Jednak w konkretnej, ocenianej wówczas sprawie sąd w Stuttgarcie nie dostrzegł potrzeby podjęcia takiego działania przez arbitrów. W sprawie tej bowiem po wskazaniu przez sąd polubowny możliwej kwalifikacji prawnej postanowienia umownego strona, której zależało na utrzymaniu takiej kwalifikacji, pozostała bierna, podczas gdy druga strona, kontestująca pogląd sądu polubownego, przedstawiła argumentację przemawiającą za odstąpieniem od tego poglądu, która przekonała arbitrów do zmiany zdania.

W Finlandii z kolei kwestię tę rozstrzygnięto w wyroku z 2 lipca 2008 r. w sprawie *Werfen Austria przeciwko Polar Electro*[28]. Fiński Sąd Najwyższy nie dostrzegł wówczas pozbawienia strony prawa do obrony, w sytuacji gdy sąd polubowny orzekł na podstawie niepowołanego przez strony przepisu (art. 36 fińskiego prawa kontraktów), upoważniającego sąd do odpowiedniego „dostosowania" postanowień umowy uznanej za nieuczciwą. Sąd Najwyższy stwierdził, że mimo niepowołania ww. przepisu przez strony znajdował on zastosowanie w sprawie, a wydane na jego podstawie rozstrzygnięcie nie wykraczało poza zakres żądań stron. Sąd polubowny – orzekający w myśl zasady *iura novit curia* – nie naruszył więc prawa strony do bycia wysłuchaną, pomimo nieskonsultowania z nią podstawy prawnej orzeczenia.

6. Wnioski wynikające z analizy orzecznictwa zagranicznego

Na podstawie omówionych powyżej orzeczeń można dojść do wniosku, że w państwach, gdzie obowiązuje zasada *iura novit curia*, sąd polubowny ma obowiązek samodzielnie zidentyfikować normę prawną właściwą do rozstrzygnięcia sporu i zastosować ją niezależnie od tego, czy strony powoływały się na nią czy też nie. Sąd polubowny nie ma obowiązku zwracania na to uwagi stron.

Wyjątkiem od tej ogólnej reguły jest jednak sytuacja, w której przyjęta przez sąd polubowny samodzielnie podstawa orzeczenia może zostać uznana za zaskakującą strony. Wyjątek ten interpretowany jest jednak dość wąsko. Wydaje się, że granice jego zastosowania można zakreślić w następujący sposób – „zaskoczeniem" stron będzie sytuacja, w której wystąpią łącznie następujące warunki:

1) sąd polubowny oparł rozstrzygnięcie na argumencie prawnym niepodnoszonym przez strony;

[26] Zagadnienie to poruszano także w wyrokach Wyższego Sądu Krajowego w Monachium (34 Sch 12/09) i w Hamburgu (11 Sch 01/01).

[27] Tekst wyroku na stronie: http://www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/olg-stuttgart-az-1-sch-03-10-datum-2010-07-30-id1077.

[28] Por. w tym zakresie m.in. R. Morek, *Zasada iura novit arbiter w orzecznictwie sądów zagranicznych*, w: M. Modrzejewska (red.), *Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, Warszawa 2010, s. 623–624.

2) argument ten znajdował się poza sferą zagadnień dyskutowanych przez nie w toku postępowania[29] (dlatego też w omówionych wyżej orzeczeniach nie było „zaskoczeniem" przyjęcie przez arbitrów stanowiska pośredniego między ekstremalnymi poglądami stron na daną instytucję prawną[30] bądź postanowienie umowne[31] czy odstąpienie od stanowiska zasygnalizowanego stronom przez arbitrów[32]);

3) strony – nie podnosząc danej kwestii w toku postępowania – nie miały podstaw, by spodziewać się, że argument prawny stanowiący podstawę orzeczenia może zostać w sprawie zastosowany[33] (dlatego nie może być „zaskoczeniem" rozstrzygnięcie oparte o instytucję, której zastosowanie mógł przewidzieć prawnik reprezentujący stronę w oparciu o materiał sprawy[34] lub w oparciu o motywy rozstrzygnięć zapadłych na wcześniejszych jej etapach[35]; zaskakujące może natomiast być orzeczenie w oparciu o przepis, który nie powinien znaleźć zastosowania w sprawie[36]).

Zaistnienie wspomnianego wyjątku nie pozbawia sądu polubownego autonomii w zakresie wyboru podstawy prawnej orzeczenia. Powoduje ono jedynie powstanie po stronie arbitrów procesowego obowiązku umożliwienia stronom wypowiedzenia się w kwestii zastosowania określonego argumentu prawnego (przepisu prawa bądź instytucji prawnej) przed sięgnięciem do niego przez arbitrów[37]. Zapewnia to stronom możliwość przekonania sądu do przyjęcia bądź odrzucenia takiego argumentu.

Dlatego też formułowany na etapie postępowania o uchylenie wyroku sądu polubownego zarzut „zaskoczenia" stron nie jest i nie może być traktowany jako podstawa merytorycznej weryfikacji wyroku sądu polubownego. Oczywiście orzekający w sprawie uchylenia wyroku arbitrażowego sąd państwowy musi zastanowić się, czy nieomówiony ze stronami argument prawny leżący u podstaw rozstrzygnięcia mógł je „zaskoczyć", i w tym aspekcie należy wejść w sferę merytorycznych podstaw orzeczenia. Tym niemniej to nie błędne rozstrzygnięcie sprawy, a uchybienie obowiązkowi umożliwienia stronom wypowiedzenia się, stanowi istotę zarzutu. Dlatego merytoryczna analiza podstawy prawnej orzekania nie będzie służyć sankcjonowaniu uchybień w treści orzeczenia, ale ustaleniu, czy – patrząc obiektywnie – strona mogła zostać „zaskoczona" wybraną przez arbitrów podstawą wyrokowania. W przypadku gdy arbitrzy umożliwili stronom wypowiedzenie się na temat zidentyfikowanej (i następnie zastosowanej) przez arbitrów podstawy prawnej rozstrzygnięcia, zarzut „zaskoczenia" stron nie będzie mógł zostać skutecznie podniesiony.

7. Możliwość żądania uchylenia wyroku sądu polubownego na skutek „zaskoczenia" stron podstawą prawną orzeczenia w oparciu o art. 1206 k.p.c.

W kontekście powyższych rozważań wypada zastanowić się, czy „zaskakujące" strony zastosowanie prawa przez sąd polubowny (w myśl zasady *iura novit curia*) może stanowić podstawę skargi o uchylenie wyroku polskiego sądu polubownego wnoszonej na podstawie art. 1205 i n. k.p.c. Mając na względzie to, iż w polskim systemie prawnym zasada *iura novit curia* obowiązuje, należy rozważyć, czy arbitrzy, zamierzający oprzeć rozstrzyg-

[29] Por. wyrok Trybunału Federalnego w sprawie 4P_100/2003.

[30] Por. wyrok Trybunału Federalnego w sprawie 4A_407/2012.

[31] Por. wyrok Trybunału Federalnego w sprawie 4A_240/2009.

[32] Por. wyrok Wyższego Sądu Krajowego w Stuttgarcie w sprawie 1 Sch 03/10.

[33] Szczególnym przypadkiem takiej sytuacji może być niepodnoszenie określonego argumentu przez strony z uwagi na jego bezsporność między stronami.

[34] Por. wyroki Trybunału Federalnego w sprawach 4A_254/2010, 4A_188/2013 oraz wyrok w fińskiej sprawie *Werfen*.

[35] Por. wyrok Trybunału Federalnego w sprawie 4A_476/2012.

[36] Por. wyrok Trybunału Federalnego w sprawie 4A_400/2008.

[37] Por. formułę wyroku Trybunału Federalnego w sprawie 4P.100/2003.

nięcie na niepodnoszonej w toku postępowania podstawie prawnej, zobligowani są do tego, by umożliwić stronom wypowiedzenie się co do zastosowania w danej sprawie tej – zidentyfikowanej samodzielnie przez arbitrów – podstawy prawnej.

Oczywiście strony mogą w zapisie na sąd polubowny nałożyć na arbitrów taki obowiązek na zasadzie art. 1184 § 1 k.p.c. Doskonałym przykładem takiego rozwiązania jest zapis § 6 ust. 2 nowego Regulaminu Arbitrażowego Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie[38], w którym zastrzeżono, iż „[w]yrok nie może być oparty na innej podstawie prawnej niż powołana przez którąkolwiek ze stron, jeżeli Zespół Orzekający nie uprzedził o tym stron i nie umożliwił im wypowiedzenia się w zakresie tej podstawy prawnej".

W przypadku gdy brak jest jednak stosownej umowy stron, źródeł obowiązku zapewnienia stronom możliwości wypowiedzenia się co do dostrzeżonej przez arbitrów kwestii prawnej mogącej stanowić podstawę rozstrzygnięcia, poszukiwać należy w zasadach postępowania określonych przez ustawę (art. 1184 § 1 i 2 k.p.c.). Wydaje się, iż kluczową w tym zakresie regulacją jest art. 1183 k.p.c., który nakłada na arbitrów obowiązek równoprawnego traktowania stron oraz wysłuchania ich i zapewnienia im możliwości przedstawienia swoich twierdzeń oraz dowodów na ich poparcie.

W doktrynie nie budzi wątpliwości to, że art. 1183 k.p.c. wyraża fundamentalne dla postępowania arbitrażowego zasady[39] równości stron oraz prawa do wysłuchania. Zasady te (ujmowane łącznie) implikują obowiązek uczciwego traktowania stron przez arbitrów[40]. W piśmiennictwie podkreśla się przy tym, iż zasada prawa do wysłuchania strony w arbitrażu obejmuje prawo strony do odniesienia się zarówno do wszystkich istotnych kwestii faktycznych, jak i kwestii prawnych wynikłych w toku postępowania[41]. Niektórzy komentatorzy wskazują wprost, iż nakaz równego traktowania i wysłuchania stron w zakresie kwestii prawnych implikuje zakaz „zaskakiwania" stron podstawą prawną wyroku arbitrażowego[42].

Z tą interpretacją należy się zgodzić. Wypada przypomnieć, że u źródeł zasady *iura novit curia* (*arbiter*) leży swoiste domniemanie, iż arbiter zna prawo i potrafi je prawidłowo zastosować. To domniemanie powinno działać również w drugą stronę – arbiter znający prawo powinien wiedzieć, kiedy zidentyfikowana przez niego samodzielnie podstawa prawna orzeczenia będzie dla stron nieoczywista, a wydany w oparciu o nią wyrok – „zaskakujący". Jeśli więc arbiter wie (lub wiedzieć powinien), że „zaskoczy" strony swoim rozstrzygnięciem, i mimo to decyduje się wydać orzeczenie w oparciu o niepowołaną przez strony podstawę, to na ogół będzie można uznać, iż zachowanie to nie jest do końca uczciwe względem stron. W taki sposób arbiter uniemożliwia bowiem stronom przedstawienie przyczyn, dla których określony argument prawny powinien lub nie powinien zostać uwzględniony. Jednocześnie trudno jest nie dostrzec, iż strona nigdy nie zostanie „wysłuchana", jeśli w ogóle nie ma ona świadomości tego, że musi się w danej kwestii wywiedzieć.

Działanie polegające na „zaskakiwaniu" stron podstawą prawną orzeczenia może mieć szczególnie dotkliwe skutki w postępowaniu arbitrażowym, które z zasady jest postępowaniem jednoinstancyjnym. Jak wiadomo, sądy państwowe nie dokonują kontroli merytorycznej orzeczeń wydawanych przez sądy polubowne[43] i nie mogą „poprawić" błędnej

[38] Przyjętego 14 października 2014 r. przez Radę Arbitrażową Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej.

[39] Por. T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, s. 279.

[40] Por. *ibidem*, s. 280.

[41] *Ibidem*, s. 281.

[42] Por. T. Ereciński, w: T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Warszawa 2012, SIP Lexis.pl (komentarz do art. 1183 k.p.c., nb. 4).

[43] W tej kwestii por. np. uzasadnienia wyroków Sądu Najwyższego z 12 września 2007 r., I CSK 192/07, LEX nr 488970 czy sądów apelacyjnych w Poznaniu z 3 kwietnia 2013 r., I ACa 207/13, LEX

kwalifikacji prawnej przyjętej spontanicznie przez arbitrów. Dlatego „samodzielność" identyfikacji podstawy prawnej arbitrów może spowodować daleko idące, niekorzystne dla przegrywającej strony, skutki. Co ciekawe, nawet w odniesieniu do dwuinstancyjnego sądownictwa państwowego, kierującego się przecież zasadą *iura novit curia* w jej tradycyjnym rozumieniu, tj. bez obowiązku wysłuchania stron przez sędziego co do prawnych podstaw ich żądań procesowych, coraz silniej postuluje się, by sędzia państwowy również nie „zaskakiwał" stron przyjętą przez siebie i niedyskutowaną ze stronami koncepcją prawną[44]. Ma to miejsce mimo przyjętego w polskim procesie cywilnym modelu apelacji pełnej, zakładającego możliwość korekty błędnej kwalifikacji prawnej przez sąd wyższej instancji. Wyrazem tej tendencji był w swoim czasie zaproponowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego projekt[45] wprowadzenia do k.p.c. nowego art. 212^1, który przewidywał m.in., że „§ 1. Sąd na rozprawie omawia ze stronami możliwe podstawy prawne ich żądań. § 2. Orzeczenie może być oparte na podstawie prawnej, której strona nie wskazała lub co do której się nie wypowiedziała, tylko wtedy, gdy sąd omówił ją ze stronami zgodnie"[46].

Reasumując, można twierdzić, że istnieją silne argumenty przemawiające za przyjęciem, że sąd polubowny jest – z mocy art. 1183 k.p.c. – zobligowany do poinformowania stron o samodzielnie zidentyfikowanej przez siebie podstawie prawnej rozstrzygnięcia i umożliwienia im wypowiedzenia się co do zastosowania tejże podstawy w rozpatrywanej sprawie. Obowiązek ten istnieć będzie jednak tylko wówczas, gdy powołanie się przez sąd polubowny na konkretny argument prawny stanowić będzie „zaskoczenie" dla stron. Wydaje się, że przytoczone w niniejszym artykule orzecznictwo państw obcych trafnie opisuje, kiedy można mówić o „zaskoczeniu" strony, kiedy zaś można uznać, iż należało spodziewać się zastosowania przez arbitrów określonej podstawy prawnej orzeczenia, nawet gdy strony nie odnosiły się do niej w toku postępowania.

Na koniec należy zadać pytanie, czy naruszenie przez arbitrów obowiązku wysłuchania strony co do „zaskakującej" podstawy prawnej orzeczenia może stanowić podstawę uchylenia wyroku sądu polubownego. Jestem zdania, że naruszenie tego obowiązku – podobnie jak i inne przejawy naruszenia prawa do wysłuchania[47] – będzie stanowić pozbawienie strony możliwości obrony jej praw, uzasadniające uchylenie wyroku sądu polubownego w oparciu o art. 1206 § 1 pkt 2 k.p.c.

8. Podsumowanie

„Zaskoczenie" stron oryginalną koncepcją prawną leżącą u podstaw rozstrzygnięcia sporu bywa w zagranicznych systemach prawnych, uznających zasadę *iura novit curia* za podstawową zasadę postępowań rozpoznawczych, kwalifikowane jako działanie sprzeczne z podstawowymi zasadami arbitrażu i uzasadniające uchylenie wyroku sądu polubownego.

---

nr 1314835, w Katowicach z 25 października 2005 r., I ACa 1174/05, LEX nr 196062 oraz w Warszawie z 31 stycznia 2012 r., VI ACa 759/11, LEX nr 1164673.

[44] Por. interesujący wywód A. Łazarskiej w: A. Łazarska, *Rzetelny proces cywilny*, WKP 2012, SIP LEX, rozdział piętnasty, pkt 3 oraz uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 2 grudnia 2011 r., III CSK 136/11 (LEX nr 1131125), gdzie wskazano, iż rozstrzygnięcie o roszczeniu na innej podstawie prawnej niż wskazywana przez stronę bez poinformowania o takiej możliwości przed zamknięciem rozprawy skutkuje nieważnością postępowania z powodu pozbawienia strony możności obrony jej praw (art. 379 pkt 5 k.p.c.).

[45] Projekt ustawy z 4 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego i niektórych innych ustaw, stanowiący podstawę późniejszej nowelizacji k.p.c. dokonanej ustawą z 16 września 2011 r. (Dz.U. Nr 233, poz. 1381).

[46] Przepis ten ostatecznie został wykreślony z projektu ustawy na etapie prac legislacyjnych w Ministerstwie Sprawiedliwości.

[47] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2013, SIP Lexis.pl (komentarz do art. 1206 k.p.c., nb. 6).

Wydaje się, że zarzut „zaskoczenia" stron podstawą prawną rozstrzygnięcia będzie uzasadniony wówczas, gdy strony nie podnosiły argumentacji co do zastosowania określonego przepisu prawa lub instytucji prawnej. Dodatkowo warunkiem koniecznym będzie brak możliwości przewidzenia przez strony zastosowania określonego przepisu prawnego lub instytucji do rozstrzygnięcia przedstawionej arbitrom sprawy.

Można twierdzić, że poglądy prawne przyjęte w orzecznictwie zagranicznym mogą stanowić adekwatny punkt odniesienia dla rozstrzygnięć zarzutów „zaskoczenia" stron podstawą prawną orzekania formułowanych w skargach o uchylenie wyroków polskich sądów polubownych.

Zastosowanie zasady *rei iudicatea* do krajowych wyroków arbitrażowych według polskiego prawa

Ewelina Wętrys*

Wstęp

Problematyka powagi rzeczy osądzonej wyroku arbitrażowego jest od dawna przedmiotem ożywionej dyskusji w międzynarodowym piśmiennictwie[1], a ostatnio również w krajowej literaturze przedmiotu[2]. Ta ostatnia rozważa ją jednak w dużej mierze jako element

* Apl. adw. Ewelina Wętrys, LL.M. jest prawnikiem w K&L Gates Jamka sp.k.

[1] Zob. np.: R.W. Hulbert, *Arbitral Procedure and the Preclusive Effect of Awards in International Commercial Arbitration*, „International Tax & Business Lawyer" 1989, t. 7:155, s. 156 i n.; B. Hanotiau, *The Res Judicata Effect of Arbitral Awards*, Special Supplement 2003: *Complex Arbitrations: Perspectives on their Procedural Implications*, s. 43 i n.; V.V. Veeder, *Issue Estoppel, Reasons for Awards and Transnational Arbitration*, Special Supplement 2003: *Complex Arbitrations: Perspectives on their Procedural Implications*, s. 73 i n.; S. Brekoulakis, *The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: Res Judicata Revisited*, „The American Review of International Arbitration" 2005, t. 16, nr 1, s. 177 i n.; A. Sheppard, *Res Judicata and Estoppel*, Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration 2005/July, s. 219 i n.; Ch. Söderlund, *Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings*, „Journal of International Arbitration" 2005, t. 22, z. 4, s. 301 i n.; M.T. Redondo, *Preliminary Judgments, Lis Pendens and Res Iudicata in Arbitration Proceedings*, w: M.Á. Fernández-Ballesteros (red.), D. Arias (red.), *Liber Amicorum Bernando Cremades*, 2010, s. 1131 i n.; G.L. Walters, *Fitting a Square Peg into a Round Hole: Do Res Judicata Challenges in International Arbitration Constitute Jurisdictional or Admissibility Problems?*, „Journal of International Arbitration" 2012, t. 29, z. 6, s. 651 i n.; G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2014, s. 3732 i n. Ponadto zagadnienie powagi rzeczy osądzonej stanowiło przedmiot analizy International Law Association (ILA), której wyniki zaprezentowano w: *Interim Report: "Res judicata" and Arbitration* w ramach konferencji ILA w Berlinie w 2004 r. oraz w: *Final Report on Res Judicata and Arbitration* w trakcie konferencji ILA w Toronto w 2006 r., raporty dostępne na: http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19.

[2] W. Popiołek, *O powadze rzeczy osądzonej*, w: P. Nowaczyk et al. (red.), *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*, 2008, s. 169 i n.; M. Łaszczuk, J. Szpara, w: A. Szumański (red.), *System prawa handlowego*. Tom. 8. *Arbitraż handlowy*, 2010, s. 650 i n.; K. Weitz, *Uchylenie wyroku sądu polubownego z powodu prawomocnego wyroku sądu (art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c.)*, w: J. Okolski et al. (red.), *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, 2010, s. 691 i n.; P. Lewandowski, *Zakres związania sądu arbitrażowego prejudycjalnymi skutkami wcześniejszego wyroku arbitrażowego lub orzeczenia sądu państwowego*, w: M. Łaszczuk et al. (red.), *Arbitraż i mediacja. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Tynelowi*, 2012, s. 312 i n.; S. Frejowski, *Związanie sądu arbitrażowego orzeczeniem sądu powszechnego, który uznał lub stwierdził wykonalność wcześniejszego wyroku sądu polubownego*, „Glosa" 2013, nr 2, s. 63 i n.; M. Tomaszewski, *Skutki prawne wyroku sądu polubownego*, w: J. Gudowski (red.), K. Weitz (red.), *Aurea praxis aurea theoria. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. II, 2011, s. 1899 i n.; Ł. Błaszczak, w: B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz (red.), *Diagnoza arbitrażu. Funkcjonowanie prawa o arbitrażu i kierunki postulowanych zmian*, 2014, s. 326 i n.; A. Szczęśniak, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2012 r., sygn. akt I CSK 416/11*, OSP 2014, nr 1, s. C1 3 i n.

szerszej tematyki poświęconej skutkom wyroku arbitrażowego. Zagadnienie powagi rzeczy osądzonej pojawia się jednak nie tylko, a nawet nie przede wszystkim, jako zagadnienie czysto teoretyczne, lecz wraz ze wzrostem liczby sporów tak o charakterze krajowym, jak i międzynarodowym, które rozstrzygane są na drodze postępowania arbitrażowego, nabiera ono istotnego znaczenia dla praktyki. Dowodem na to są ostatnio wydane orzeczenia Sądu Najwyższego[3].

Pomimo iż nadal większość wyroków sądu polubownego wykonywanych jest dobrowolnie[4], istnieje odsetek spraw, w których niezadowolone z rozstrzygnięcia strony mogą podejmować próby ograniczenia negatywnych dla nich skutków zapadłego wyroku arbitrażowego. Jedną z metod, która służyć mogłaby temu celowi, jest ponowne wystąpienie przed sąd polubowny z tym samym roszczeniem. Podobnie przegrywający arbitraż podmiot mógłby próbować zignorować w kolejnym postępowaniu arbitrażowym toczącym się pomiędzy tymi samymi podmiotami wyrok sądu polubownego, w którym przesądzono kwestię mającą znaczenie dla rozstrzygnięcia tej nowej sprawy.

W świetle treści art. 1212 § 1 k.p.c. wyrok sądu polubownego ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu powszechnego dopiero po jego uznaniu lub stwierdzeniu jego wykonalności przez sąd państwowy. Skoro jednak ideą arbitrażu – jako prywatnej metody rozwiązywania sporów – jest zakończenie sprawy bez ingerencji państwa, przez dobrowolne wykonanie wyroku przez stronę, która przegrywa postępowanie, konieczność inicjowania postępowania o uznanie lub stwierdzenie wykonalności orzeczenia arbitrażowego przez sąd państwowy może nie pojawić się w ogóle. Już w 1935 r. Sąd Najwyższy wskazywał, iż „zamiarem ustawodawcy, wprowadzającego instytucję sądów polubownych, [...] było odciążenie sądów państwowych i ułatwienie stronom dochodzenia roszczeń przez powierzenie sporu do rozstrzygnięcia osobom spoza grona sędziów zawodowych"[5]. U źródła arbitrażu leży zatem założenie, że wydawane w jego drodze wyroki będą wykonywane dobrowolnie. Nie jest zatem wykluczone, iż istnieje *gros* wyroków, które nigdy nie zostały wprowadzone do polskiego porządku prawnego mocą postanowienia sądu państwowego.

Pojawia się zatem pytanie, czy merytoryczne rozstrzygnięcie zawarte w wyroku arbitrażowym, który nie został do tej pory uznany lub którego wykonalność nie została stwierdzona, wiąże strony lub sąd polubowny. Niniejsza publikacja podejmuje próbę udzielenia odpowiedzi na tak zakreślone zagadnienie prawne. Zadanie to wymaga wyjaśnienia, czy zasada powagi rzeczy osądzonej obowiązuje w polskim (krajowym) arbitrażu handlowym, a jeśli tak, to jaki jest jej charakter i w czym upatrywać jej podstawy, co ona oznacza i jakie wywiera skutki. Niniejsza publikacja stanowi również próbę odpowiedzi na pytanie, czy w przypadku ponownego orzeczenia przez sąd polubowny o tej samej sprawie pomiędzy tymi samymi stronami, lecz przed uznaniem lub stwierdzeniem wykonalności uprzedniego wyroku arbitrażowego, uzasadnione staje się uchylenie nowego wyroku sądu polubownego, a jeśli tak, to ze względu na którą z podstaw wskazanych w art. 1206 k.p.c.

Ze względu na ograniczone ramy publikacji dotyczy ona wyłącznie krajowych wyroków arbitrażowych, które kończą postępowanie w sprawie, tj. rozstrzygają spór co do istoty.

---

[3] Wyrok Sądu Najwyższego z 26 listopada 2008 r., sygn. akt III CSK 163/08, LEX nr 479315; wyrok Sądu Najwyższego z 13 kwietnia 2012 r., sygn. akt I CSK 416/11, OSP 2014, nr 1 , s. 1 i n., LEX nr 1168731.

[4] Zgodnie z raportem przygotowanym wspólnie przez Queen Mary University of London, School of International Arbitration i PwC tylko 11% spraw arbitrażowych prowadzi do wszczęcia postępowań o uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroków arbitrażowych, podczas gdy 49% wyroków arbitrażowych jest wykonywanych dobrowolnie, 25% spraw kończy się ugodą, zanim zostanie wydany wyrok arbitrażowy, a 7% spraw kończy się ugodą i następnie wyrokiem arbitrażowym za porozumieniem stron; zob. *International Arbitration: Corporate attitudes and practices*, 2008, http://www.pwc.co.uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf.

[5] Orzeczenie Sądu Najwyższego z 22 października 1935 r., sygn. akt II C 984/35, OSNC 1936/7/268, LEX nr 374049.

Ergo analiza innych orzeczeń arbitrażowych, które mogłyby korzystać z powagi rzeczy osądzonej, nie jest objęta przedmiotem niniejszej publikacji. Nadto podejmowane w pracy rozważania ograniczone zostały do powagi rzeczy osądzonej, z wyłączeniem relacji prejudycjalnych między rozstrzygnięciami sądu polubownego. Wydaje się jednak, iż wnioski pracy mogą stanowić przyczynek do dyskusji nad rolą prejudykatu w postępowaniu arbitrażowym. Poza zakresem podjętej analizy pozostaje także to, czy w ogóle, a jeśli tak, to w jakich przypadkach, przez jaki organ (tj. sąd państwowy czy sąd polubowny) i wedle jakiej procedury, dopuszczalne jest wzruszenie zapadłego w sprawie wyroku arbitrażowego z uwagi chociażby na okoliczności, które uzasadniałyby wznowienie postępowania cywilnego (np. oparcie wyroku na dokumencie podrobionym; późniejsze wykrycie okoliczności faktycznych lub środków dowodowych, które mogłyby mieć wpływ na wynik sprawy, a z których strona nie mogła skorzystać w poprzednim postępowaniu)[6]. Zagadnienie to, chociaż niezwykle interesujące zarówno dla praktyki, jak i teorii arbitrażu, wymaga osobnego opracowania.

1. Powaga rzeczy osądzonej wyroków sądów państwowych w prawie polskim – uwagi wstępne

Zagadnienie powagi rzeczy osądzonej stanowiło dotychczas przedmiot wielu wyczerpujących wypowiedzi polskiej doktryny i jurysprudencji[7]. Tytułem wstępu do dalszej analizy poświęconej powadze rzeczy osądzonej wyroków arbitrażowych wystarczy zatem przedstawić tylko kilka uwag natury ogólnej.

Powaga rzeczy osądzonej uważana jest za zasadę o fundamentalnym znaczeniu dla zabezpieczenia porządku prawnego[8]. U jej podstaw leżą takie naczelne założenia, jak zaufanie do prawa, pewność prawa i stabilność sytuacji prawnej, niedopuszczenie do sprzecznych rozstrzygnięć i szeroko rozumiana ekonomia procesowa (tj. efektywne wykorzystanie czasu, energii i środków tak przez strony postępowania, jak i organy, które to postępowanie prowadzą).

Prawo polskie nie zawiera definicji powagi rzeczy osądzonej, a jedynie ogranicza się do określenia w art. 366 k.p.c. jej zakresu. I tak w myśl tego przepisu wyrok prawomocny ma powagę rzeczy osądzonej (*res iudicata*) tylko co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, a ponadto tylko między tymi samymi stronami. Doktryna wskazuje, iż powaga rzeczy osądzonej zachodzi wówczas, gdy występuje tożsamość stron (niekoniecznie jednak strony muszą występować w tych samych rolach procesowych, co uprzednio), żądania (roszczenia) i jego podstawy[9]. Takie przesłanki powagi rzeczy osądzonej mają charakter uniwersalny i tak też będą rozumiane w dalszych wywodach. W szczególności nie ma podstaw ku temu, by wykładać je inaczej w kontekście powagi rzeczy osądzonej krajowych wyroków arbitrażowych.

Powszechnie przyjmuje się, iż powagą rzeczy osądzonej objęta jest tylko sentencja wyroku, a nie motywy wyroku zawarte w jego uzasadnieniu, przy czym te ostatnie mogą pełnić rolę pomocniczą dla ustalenia zakresu powagi rzeczy osądzonej[10]. Przepis art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c. wskazuje natomiast skutek powagi rzeczy osądzonej, nakazując sądowi odrzucenie ponownego powództwa wytoczonego o to samo rosz-

[6] Zob. np.: N. Voser, A. George, *Revision of Arbitral Awards*, Post Award Issues: ASA Special Series No. 38, 2011, s. 43 i n.

[7] Zob.: Z. *Resich, Res iudicata...*; W. Broniewicz, *Prawomocność orzeczeń w postępowaniu cywilnym*, „Studia Iuridica" 1976, t. V, s. 75 i n.; Z. Resich, w: Z. Resich (red.), *System prawa procesowego cywilnego. Postępowanie rozpoznawcze przed sądami pierwszej instancji*, 1987, s. 400 i n.

[8] Z. Resich, *Res iudicata*..., s. 5.

[9] P. Grzegorczyk, w: T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze*, t. II, wyd. 4, 2012, s. 138 oraz s. 145–150, s. 160.

[10] *Ibidem*, s. 146 i przywołane tam orzecznictwo i doktryna.

czenie pomiędzy tymi samymi stronami pod rygorem nieważności postępowania (art. 379 pkt 2 k.p.c.)[11].

W art. 365 § 1 i art. 366 k.p.c. uregulowano prawomocność materialną orzeczenia. Art. 365 § 1 k.p.c. dotyczy skutków pozytywnych prawomocności materialnej orzeczenia i wskazuje, że prawomocne orzeczenie wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, ale także inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w przypadkach przewidzianych w ustawie także inne osoby. Przepis art. 366 k.p.c. dotyczy natomiast negatywnych skutków prawomocności materialnej[12] i wyklucza możliwość prowadzenia kolejnego procesu pomiędzy tymi samymi stronami co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia.

By wyrok sądu państwowego mógł wywierać skutki, o których mowa w art. 365 § 1 k.p.c. i art. 366 k.p.c., a w konsekwencji posiadać m.in. powagę rzeczy osądzonej, konieczne jest, by był on prawomocny w sensie art. 363 § 1 k.p.c., tj. by nie przysługiwał od niego środek odwoławczy lub inny środek zaskarżenia (tzw. prawomocność formalna orzeczenia)[13].

2. Powaga rzeczy osądzonej wyroku arbitrażowego przed jego uznaniem lub stwierdzeniem jego wykonalności przez sąd państwowy

Podstawowym celem postępowania przed sądem polubownym jest ostateczne rozstrzygnięcie sporu, który wyniknął pomiędzy stronami i który mocą zapisu na sąd polubowny lub kompromisu został poddany pod arbitraż. Jeśli jednak wydane w postępowaniu arbitrażowym rozstrzygnięcie nie miałoby charakteru wiążącego i strony mogłyby swobodnie wytaczać nowe postępowania przed sądem polubownym co do sporów już raz rozstrzygniętych wyrokiem arbitrażowym, to cel arbitrażu nie zostałby osiągnięty, a sama klauzula poddająca spory pod nieostateczne i niewiążące rozpoznanie sądu polubownego nie stanowiłaby zapisu na sąd polubowny. Wszak konstytutywnym elementem każdej umowy o arbitraż jest wyrażenie przez strony woli poddania sporu prawnego pod wiążące rozstrzygnięcie sądu polubownego[14]. Tym bowiem arbitraż różni się od innych metod rozwiązywania sporów, że jego immanentną cechę stanowi przyznanie sądowi polubownemu kompetencji do rozstrzygnięcia sporu, które będzie wiążące dla stron[15].

Wypada jednak wskazać, iż przepisy art. 365 i 366 k.p.c., które stanowią podstawę dla przyjęcia, że ostateczny wyrok sądu powszechnego nosi cechy prawomocności materialnej i skutkuje m.in. powagą rzeczy osądzonej, nie mają bezpośredniego zastosowania do postępowania arbitrażowego[16]. Brak jest w k.p.c. przepisu, który nakazywałby odpowiednie stosowanie art. 365 i 366 k.p.c. do wyroków arbitrażowych[17]. Sam natomiast sąd

[11] I. Kunicki, *Związanie sądu wydanym orzeczeniem w procesie cywilnym*, 2010, s. 279.

[12] Tak: Z. *Resich, Res iudicata...*, s. 43, 115; J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, 2009, s. 467; P. Telenga, w: A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, 2008, s. 489.

[13] P. Grzegorczyk, *op.cit.*, s. 127–132.

[14] Zob.: M. Tomaszewski, w: A. Szumański (red.), *System prawa handlowego...*, s. 295; T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, 2008, s. 101.

[15] Na to, iż nie stanowi zapisu na sąd polubowny umowa o arbitraż, która nie przewiduje dla sądu polubownego funkcji rozstrzygania sporu, wielokrotnie zwracał już uwagę Sąd Najwyższy, zob.: wyrok Sądu Najwyższego z 11 lipca 2001 r., sygn. akt V CKN 379/00, OSNC 2002/3/37, LEX nr 48071; postanowienie Sądu Najwyższego z 8 sierpnia 2003 r., sygn. akt V CK 486/02, LEX nr 172836. W wyroku z 11 maja 2007 r., sygn. akt III CSK 82/07 (LEX nr 259065), Sąd Najwyższy wskazał natomiast, iż rozstrzygnięcia sądu arbitrażowego są wiążące, a sąd powszechny poza ustawowo wskazanymi wyjątkami nie ma prawa do merytorycznego rozpatrzenia sprawy zakończonej wyrokiem sądu polubownego.

[16] Zob. W. Popiołek, *O powadze rzeczy osądzonej w postępowaniu arbitrażowym*, w: P. Nowaczyk et al. (red.), *op.cit.*, s. 175–176.

[17] W. Popiołek prezentuje stanowisko, iż zasada braku zastosowania art. 365 k.p.c. do postępowania arbitrażowego doznaje wyjątku, jeśli działając na podstawie art. 1184 § 1 k.p.c., strony postępowania

polubowny, orzekając w sprawie dla której został powołany, związany jest wyłącznie bezwzględnie obowiązującymi przepisami części piątej k.p.c., *ergo* bez znaczenia pozostają dla niego pozostałe przepisy z zakresu postępowania cywilnego[18].

Nadto art. 1212 ust. 1 k.p.c. wskazuje wprost, iż wyrok sądu polubownego ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu dopiero po jego uznaniu przez sąd albo po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności. Przez zrównanie mocy wyroku arbitrażowego z wyrokiem sądu powszechnego rozumie się natomiast przyznanie temu wyrokowi takich samych skutków, jakie wywołuje wyrok sądu powszechnego[19]. Na uwagę zasługuje również to, że od nowelizacji k.p.c., która weszła w życie 3 maja 2012 r.[20], wyrok arbitrażowy nie stanowi już tytułu egzekucyjnego, a jako uzasadnienie tej zmiany wskazano charakter prawny wyroku arbitrażowego jako dokumentu prywatnego[21].

W konsekwencji wyrok arbitrażowy jako akt wydany przez prywatny sąd, który nie jest obdarzony władztwem publicznym, może wywołać w polskim porządku prawnym tylko takie skutki, jakie ustawodawca zgodził się mu przyznać. Ustawodawca natomiast uzależnił szereg skutków wyroku arbitrażowego od uznania lub stwierdzenia jego wykonalności, a zatem wprowadzenia wyroku sądu polubownego do polskiego porządku prawnego mocą postanowienia sądu państwowego, czyli aktu o charakterze publicznym. Takie wprowadzenie odbywa się po dokonaniu przez sąd państwowy kontroli wyroku sądu polubownego w oparciu o przesłanki wskazane w art. 1214 § 3 k.p.c., tj. badanie, czy rozstrzygnięty wyrokiem spór posiada zdatność arbitrażową i czy uznanie lub wykonanie wyroku jest zgodne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej.

W świetle treści art. 1212 § 1 k.p.c. konieczne staje się zatem poddanie głębszej analizie skutków wyroku arbitrażowego, które ustawodawca uwarunkował zatwierdzeniem tego wyroku przez sąd państwowy. W szczególności należy zbadać, czy powagę rzeczy osądzonej w myśl art. 366 k.p.c. posiadają tylko takie wyroki arbitrażowe, które zostały uprzednio zatwierdzone przez sąd państwowy.

2.1. Przegląd piśmiennictwa

Na tle art. 1212 § 1 k.p.c. zarysowały się w polskiej doktrynie przynajmniej trzy stanowiska. Pierwsze z nich odmawia wyrokowi arbitrażowemu przed jego uznaniem lub

arbitrażowego mocą swej zgodnej woli uczynią przepisy tego artykułu częścią toczącego się pomiędzy nimi postępowania przed sądem polubownym. Taki pogląd należy jednak odrzucić. Chociaż część skutków, o których mowa w art. 365 k.p.c., wywoływać będzie już samo związanie stron i sądu polubownego wydanym w sprawie wyrokiem arbitrażowym, to nie sposób przyjąć, iż dotyczy to wszystkich skutków prawomocności materialnej orzeczenia. W szczególności trudno byłoby zgodzić się z tym, iż wyłącznie mocą swej zgodnej woli poprzez odpowiednie sformułowanie treści zapisu na sąd polubowny strony mogłyby sprawić, że wyrok arbitrażowy będzie wiązał sąd państwowy i inne organy wymienione w treści art. 365 § 1 k.p.c. Zob. W. Popiołek, *op.cit.*, s. 175.

[18] Art. 1184 § 2 k.p.c. wprost stanowi, iż sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem powszechnym. Zob. np.: postanowienie Sądu Najwyższego z 2 kwietnia 2003 r., sygn. akt I CK 287/02, OSNC 2004/6/100, LEX nr 106555; T. Ereciński, w: J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Część czwarta. *Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego*. Część piąta. *Sąd polubowny (arbitrażowy)*, 2006, s. 412.

[19] Zob. np.: M. Łaszczuk, J. Szpara, w: A. Szumański (red.), *System prawa handlowego...*, s. 651; T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 338, 349 i 351; B. Kordasiewicz, W. Sadowski, *Postępowanie w sprawach o uznanie i stwierdzenie wykonalności orzeczeń sądów polubownych w Polsce. Uwagi na tle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego*, KPP 2007, z. 2, s. 537; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, 2007, s. 198; R. Morek, *Mediacja i arbitraż (art. 183^1–183^{15}, 1154–1217 KPC). Komentarz*, 2006, s. 277 i n.

[20] Ustawa z 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 r. Nr 233, poz. 1381).

[21] Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Sejm RP VI kadencji, nr druku 4332, s. 31–32, http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/46931DF8C9071DE8C12578B1003FF809/$file/4332.pdf.

stwierdzeniem jego wykonalności powagi rzeczy osądzonej. Drugi pogląd, prezentowany przez zdecydowaną większość przedstawicieli literatury przedmiotu, dopuszcza możliwość, że wyrok arbitrażowy wywołuje pewne skutki już z chwilą jego wydania, a przynajmniej z chwilą doręczenia go stronom, w tym, że wyrok taki jeszcze przed jego zatwierdzeniem przez sąd państwowy wiąże strony. Trzeci pogląd zakłada, iż nawet wyrok arbitrażowy, który został uznany lub którego wykonalność została stwierdzona przez sąd państwowy, nie posiada powagi rzeczy osądzonej.

I tak Ł. Błaszczak wskazuje, że „fikcj[ą] niepopartą wyraźnie żadną normą prawną" byłoby zaakceptowanie, „iż wyrok sądu polubownego jeszcze przed jego uznaniem albo nadaniem mu klauzuli wykonalności korzysta ze swoistej powagi rzeczy osądzonej, umożliwiającej podniesienie zarzutu *ne bis in idem* w postępowaniu przed sądem polubownym"[22]. Autor ten zauważa, iż brak jest w takim przypadku podstaw do sięgnięcia nawet przez analogię do odpowiednich przepisów k.p.c.[23]. Podobnie niezatwierdzonemu przez sąd państwowy wyrokowi arbitrażowemu Ł. Błaszczak odmawia mocy prejudycjalnej w innych postępowaniach przed sądem polubownym[24]. Dopiero z momentem uznania lub stwierdzenia wykonalności krajowego wyroku arbitrażowego wyrok ten zdaniem autora uzyskuje powagę rzeczy osądzonej[25].

Przeciwny pogląd prezentują T. Ereciński i K. Weitz. Stoją oni na stanowisku, iż wyrok sądu polubownego, który nie został uznany lub którego wykonalność nie została stwierdzona, wywołuje między stronami skutki prawomocności materialnej i wobec tego ma moc wiążącą w innym postępowaniu arbitrażowym pomiędzy tymi samymi stronami[26]. Autorzy ci nie podają jednak szerszego uzasadnienia dla swojego poglądu. M. Łaszczuk i J. Szpara, koncentrując swoje uwagi na mocy wiążącej wyroku arbitrażowego, zauważają, że celem arbitrażu nie jest wydawanie wyroków, które muszą być wykonywane przy użyciu przymusu państwowego, i wyjaśniają, że już przez samo poddanie sporu pod arbitraż strony zobowiązują się podporządkować wydanemu przez sąd polubowny wyrokowi i wykonać go[27]. Wyrok arbitrażowy już zatem przed uznaniem lub stwierdzeniem wykonalności aktualizuje zobowiązanie stron do jego wykonania, które autorzy określają „skutkiem zobowiązaniowym wyroku"[28]. M. Łaszczuk i J. Szpara uznają przy tym za nieuzasadnione ograniczanie mocy wiążącej wyroku arbitrażowego do innego postępowania arbitrażowego między tymi samymi stronami. Taki pogląd zdaniem autorów jest wyrazem ujmowania wyroku arbitrażowego jako aktu o charakterze procesowym, a postępowania arbitrażowego – jako rodzaju postępowania cywilnego[29].

Na wolę stron wyrażoną w zapisie na sąd polubowny jako podstawę do związania stron wyrokiem arbitrażowym zwraca również uwagę M. Tomaszewski[30]. Autor ten moc wiążącą wyroku arbitrażowego upatruje jednak przede wszystkim w treści art. 1157 k.p.c., który zezwalając stronom na poddanie pod arbitraż sporów o prawa majątkowe i sporów o prawa niemajątkowe – mogące być przedmiotem ugody sądowej – z wyjątkiem spraw o alimenty, zakłada, że rozstrzygnięcie sądu polubownego ma mieć dla stron charakter wiążący[31]. Wskazuje on, iż żaden przepis nie uzależnia mocy wiążącej wyroku arbitrażowego w stosunkach pomiędzy stronami od jego zatwierdzenia przez sąd państwowy[32]. Jedyne warunki, które M. Tomaszewski stawia wyrokowi sądu polubownego, by był on

[22] Ł. Błaszczak, *op.cit.*, s. 333.
[23] *Ibidem*.
[24] *Ibidem*.
[25] *Ibidem*, s. 338.
[26] T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 337–338.
[27] M. Łaszczuk, J. Szpara, *op.cit.*, s. 651–652.
[28] *Ibidem*, s. 652.
[29] *Ibidem*, s. 652, przypis 3.
[30] M. Tomaszewski, *Skutki prawne...*, s. 1917.
[31] *Ibidem*, s. 1917–1918.
[32] *Ibidem*, s. 1916.

wiążący dla stron, to posiadanie przez spór objęty wyrokiem zdatności arbitrażowej oraz zgodność zawartego w wyroku rozstrzygnięcia z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego[33]. Zdaniem tego autora tylko prawomocne uchylenie wyroku arbitrażowego może pozbawić wyrok skuteczności[34], przy czym wydaje się, iż przez skuteczność autor ten ma rozumie wyłącznie moc wiążącą wyroku dla stron. W opinii Tomaszewskiego wyrok sądu polubownego przed jego uznaniem lub stwierdzeniem jego wykonalności wywołuje w stosunkach między stronami skutki analogiczne do tych, jakie wywołuje prawomocność materialna wyroku sądu państwowego[35].

R. Kulski uważa natomiast, iż wyrok sądu arbitrażowego uzyskuje prawomocność z chwilą doręczenia go obu stronom i z tym też momentem uzyskuje powagę rzeczy osądzonej bez konieczności zatwierdzania tego wyroku przez sąd państwowy[36].

W. Popiołek tymczasem stoi na stanowisku, iż wyrok sądu polubownego nie ma powagi rzeczy osądzonej nawet po jego wprowadzeniu do polskiego porządku prawnego mocą postanowienia sądu państwowego, przy czym uwagi te autor przedstawia w odniesieniu do wyroku arbitrażowego oddalającego powództwo[37]. Prezentowane stanowisko W. Popiołek uzasadnia przede wszystkim tym, że skoro istotę sądownictwa stanowią swoboda i autonomia działania stron, to nie ma przeszkód ku temu, by w toku kolejnego postępowania arbitrażowego strona oponowała przeciwko jego zakresowi przedmiotowemu[38].

2.2. Moc wiążąca i ostateczność wyroku arbitrażowego

Bardziej przekonują te poglądy, które dopuszczają wywoływanie przez wyrok arbitrażowy pewnych skutków jeszcze przed jego uznaniem lub stwierdzeniem jego wykonalności. Przeciwne stanowiska zdają się pomijać, iż nie w każdym przypadku dojść musi do uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczenia arbitrażowego przez polski sąd. Może się przecież zdarzyć, i takie założenie przyświecało arbitrażowi od początku[39], że wyrok sądu polubownego zostanie dobrowolnie uznany lub wykonany przez przegrywającą stronę. Taki wyrok nie zostanie zatem wprowadzony do polskiego porządku prawnego, a wobec tego w myśl art. 1212 § 1 k.p.c. nie będzie miał mocy prawnej równej wyrokowi sądu państwowego, co nie powinno jednak oznaczać, że nie ma on żadnej mocy i może być ignorowany przez strony.

Wymaga również odnotowania, iż przyjęta na gruncie k.p.c. koncepcja uznania i stwierdzenia wykonalności wyroków arbitrażowych jest przejawem postrzegania istoty arbitrażu jako zgody państwa na rozstrzyganie określonej kategorii sporów przez prywatne sądy, która eksponuje procesowe skutki wyroku arbitrażowego[40], a pomija skutki, które może wywierać on w sferze prawa materialnego. Tymczasem skutki wyroku arbitrażowego wykraczają poza sferę skutków procesowych.

Arbitraż stanowi prywatną metodę rozwiązywania sporów, której podstawę należy upatrywać w konsensusie stron osiągniętym w zapisie na sąd polubowny lub kompromisie. Mocą zatem swej zgodnej woli strony umowy o arbitraż poddają przyszłe lub istniejące pomiędzy nimi spory z określonego stosunku prawnego pod rozstrzygnięcie sądu polu-

[33] *Ibidem*, s. 1918.
[34] *Ibidem*, s. 1916.
[35] *Ibidem*, s. 1924.
[36] R. Kulski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 7 listopada 2001 r., sygn. akt V CKN 379/00*, PiP 2002, z. 11, s. 102.
[37] W. Popiołek, *op.cit.*, s. 177–179.
[38] *Ibidem*, s. 177.
[39] Zob. A. Zielony, *Wprowadzenie wyroku sądu polubownego do krajowego porządku prawnego na przykładzie wybranych obcych systemów prawnych*, w: J. Gudowski (red.), K. Weitz (red.), *op.cit.*, t. II, 2011, s. 2005–2007.
[40] Zob. M. Łaszczuk, J. Szpara, *op.cit.*, s. 651.

bownego i zobowiązują się, że zapadły w ten sposób wyrok będzie dla nich wiążący, ostateczny i dobrowolnie wykonany. Takie zobowiązanie należy uznać za konstytutywny element każdego zapisu na sąd polubowny, który odróżnia arbitraż od innych alternatywnych metod rozwiązywania sporu (ADR), jak mediacja czy koncyliacja. W przeciwieństwie do arbitrażu ADR prowadzą do wydania orzeczeń, które nie są wiążące dla spierających się stron[41]. Jeśli zatem „umowa nie przewiduje dla sądu polubownego funkcji rozstrzygnięcia sporu, to tego rodzaju zapis nie stanowi zapisu na sąd polubowny"[42]. Takie też założenie leżało u podstaw koncepcji arbitrażu: strony wyrażają wolę poddania sporu pod rozstrzygnięcie prywatnej osoby, której doświadczeniu i osądowi ufają i która podejmuje decyzję po ich wysłuchaniu[43]. Wydane w ten sposób rozstrzygnięcie jest ostateczne i wiążące dla stron, i to nie z uwagi na potencjalną groźbę zastosowania przymusu ze strony państwa, ale dlatego, że wolą stron było, by decyzja ta strony wiązała[44]. Polski ustawodawca wolę stron sankcjonuje, dopuszczając w art. 1157 k.p.c. możliwość poddania przez strony określonej kategorii sporów pod rozstrzygnięcie prywatnego sądu. Przepis art. 1165 § 1 k.p.c. wyklucza natomiast rozpoznanie sprawy objętej zakresem przedmiotowym klauzuli arbitrażowej lub kompromisem przez sąd państwowy, pod warunkiem że w przypadku wniesienia takiej sprawy do sądu państwowego strona przeciwna podniesie zarzut zapisu na sąd polubowny przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy. Wolę stron poddania sporu pod ostateczne rozstrzygnięcie sądu polubownego ustawodawca polski sankcjonuje jeszcze w ten sposób, iż dopuszcza uchylenie krajowego wyroku arbitrażowego przez sąd państwowy tylko w wyjątkowych wypadkach wyraźnie wskazanych w art. 1206 k.p.c., a przez zatwierdzenie wyroku arbitrażowego zrównuje go w skutkach z wyrokiem sądu państwowego. Nie zmienia to jednak źródła kompetencji sądu polubownego, którym pozostaje wola stron, a nie decyzja państwa o przekazaniu części swoich kompetencji w zakresie wymiaru sprawiedliwości prywatnemu sądowi[45].

Ostateczny i wiążący charakter przyszłego wyroku arbitrażowego zastrzegany jest często wprost w modelowych klauzulach arbitrażowych proponowanych przez stałe sądy polubowne[46]. W ślad za nimi postanowienia o zbliżonej treści zawiera większość regulaminów arbitrażowych. I tak dla przykładu § 40 ust. 1 Regulaminu Arbitrażowego Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie, który wejdzie w życie 1 stycznia 2015 r., wskazuje wprost: „Wyrok jest wiążący dla stron. Strony powinny dobrowolnie wykonać wyrok"[47]. Podobnie Regulamin Arbitrażowy Międzynarodowego Sądu Arbitrażo-

[41] Zob. A. Szumański, w: A. Szumański (red.), *System prawa handlowego...*, s. 23.

[42] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 3 lipca 2006 r., sygn. akt I ACa 46/06, LEX nr 278461. Tak również: wyrok Sądu Najwyższego z 11 lipca 2001 r., sygn. akt V CKN 379/00, LEX nr 48071.

[43] A. Redfern, M. Hunter et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, wyd. 4, 2009, s. 1–2.

[44] *Ibidem*.

[45] Zob. W. Popiołek, *op.cit.*, s. 175.

[46] Zob. modelowe klauzule arbitrażowe proponowane przez: Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy przy Międzynarodowej Izbie Handlowej (ICC) (*„All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules*", http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/); LCIA (*„Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause*", http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Recommended_Clauses.aspx); SCC (*„Any dispute, controversy or claim arising out of or in connection with this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be finally settled by arbitration in accordance with the Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*", na: http://www.sccinstitute.com/english-14.aspx).

[47] http://sakig.pl/uploads/upfiles/pdf/Regulamin_Arbitrazowy_SA_przy_KIG.pdf. Zgodnie natomiast z § 41 ust. 1 Regulaminu Arbitrażowego Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej z 1 stycznia 2007 r. „Wyrok jest wiążący dla stron, które przez poddanie sporu rozstrzygnięciu Sądu Arbitrażowego przy KIG zobowiązały się do jego wykonania", http://sakig.pl/uploads/pdf/regulaminy/regulamin-styczen2007.pdf.

wego przy Międzynarodowej Izbie Handlowej (ICC) postanawia w art. 34 ust. 6: „Każdy wyrok jest dla stron wiążący. Poprzez poddanie sporu pod arbitraż w ramach Regulaminu strony zobowiązują się do bezzwłocznego wykonania każdego wyroku oraz zrzekają się jakiejkolwiek formy odwołania, jeżeli takie zrzeczenie jest prawnie dopuszczalne"[48]. Artykuł 26.8 Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego w Londynie (LCIA) idzie nawet o krok dalej, stanowiąc wprost: „Każdy wyrok, w tym przyczyny rozstrzygnięcia, jest wiążący i ostateczny dla stron. Strony zobowiązują się wykonać wyrok natychmiast i bez zwłoki"[49].

Już więc z samej tylko natury arbitrażu i z zawarcia przez strony zapisu na sąd polubowny wynika, że spierające się strony są zobowiązane do podporządkowania się wyrokowi, który został wydany zgodnie z tym zapisem, bez względu na to, czy wynik sprawy jest dla danej strony korzystny czy nie. Wyrok arbitrażowy istnieje bowiem tylko dlatego, że wydał go prywatny sąd, który kompetencję do orzekania otrzymał od samych stron. Innymi słowy to nikt inny, jak tylko strony, umówiły się w klauzuli arbitrażowej lub w kompromisie, że powołany przez te strony sąd polubowny będzie rozstrzygał ich spory, i skoro nie zastrzegły instancji wyższych, godziły się na to, że wydany wyrok będzie dla nich ostateczny. To zatem z umowy, tj. zgodnej woli stron ostatecznego zakończenia istniejącego pomiędzy nimi sporu, wynika ich związanie zapadłym w sprawie wyrokiem. Nadto zobowiązanie stron do zaakceptowania ostatecznego charakteru wyroku i wykonania go znajduje co do zasady odzwierciedlenie w postanowieniach większości regulaminów arbitrażowych, które strony obierają dla postępowań arbitrażowych. Strony akceptują zatem również wiążący charakter wyroku arbitrażowego przewidziany przez postanowienia regulaminu arbitrażowego, poddając się temu regulaminowi mocą swej zgodnej woli.

Ostateczności wyroku arbitrażowego i jego związania nie zmienia przy tym możliwość wniesienia skargi o jego uchylenie do sądu powszechnego. Ostateczność wyroków sądów arbitrażowych należy bowiem rozumieć jako brak środka zaskarżenia w ramach arbitrażu. Jeśliby zatem strony postanowiły, że postępowanie arbitrażowe będzie dwuinstancyjne[50], to walor ostateczności i moc wiążącą dla stron będzie miał dopiero wyrok arbitrażowy wydany w wyniku merytorycznej kontroli pierwszego rozstrzygnięcia. Przy czym ostateczność wyroku arbitrażowego jest tylko odpowiednikiem prawomocności formalnej w rozumieniu art. 363 § 1 k.p.c.[51]. Wszak tego ostatniego przepisu nie można stosować wprost do wyroku sądu polubownego przed jego zatwierdzeniem przez sąd państwowy.

---

[48] Regulamin Arbitrażowy ICC w języku polskim: http://www.iccpolska.pl/images/stories/dokumenty/arbitration%20and%20adr%20rules%20polish.pdf.

[49] Tłumaczenie własne części postanowienia: *„Every award (including reasons for such award) shall be final and binding on the parties. The parties undertake to carry out any award immediately and without any delay (subject only to Article 27); and the parties also waive irrevocably their right to any form of appeal, review or recourse to any state court or other legal authority, insofar as such waiver shall not be prohibited under any applicable law*", http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx.

[50] Zgodnie z art. 1184 § 1 k.p.c. strony mogą uzgodnić zasady i sposób postępowania przed sądem polubownym. W gestii stron pozostaje zatem decyzja, czy postępowanie arbitrażowe będzie jednoinstancyjne czy też od wydanego wyroku przysługiwać będzie środek zaskarżenia do sądu polubownego. Uprawnienie spierających się stron do ustalenia, że postępowanie przed sądem polubownym będzie obejmowało więcej niż jedną instancję, potwierdza również wprost przepis art. 1205 § 2 k.p.c. W praktyce dominują jednak postępowania jednoinstancyjne. Wytłumaczyć to można chociażby tym, iż jedną z przyczyn, dla których strony wybierają arbitraż, jest wola uniknięcia wieloinstancyjnych postępowań przed sądami państwowymi. W konsekwencji nie jest co do zasady intencją stron wprowadzanie wieloinstancyjnego postępowania arbitrażowego.

[51] Tak również: M. Tomaszewski, *Skutki prawne...*, s. 1909; T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 337 (autorzy ci posługują się terminem „prawomocność formalna arbitrażowa"). W tym duchu: M. Łaszczuk, J. Szpara, *op.cit.*, s. 578.

Skarga o uchylenie wyroku arbitrażowego uregulowana w art. 1205 i n. k.p.c. nie ma natomiast charakteru zwyczajnego środka zaskarżenia[52]. Tak długo zatem, jak wyrok arbitrażowy nie zostanie wyeliminowany prawomocnym postanowieniem sądu uwzględniającego skargę, wyrok ten jest dla stron ostateczny i wiążący. Prawomocne uchylenie wyroku arbitrażowego przez sąd państwowy powoduje jego wyeliminowanie z porządku prawnego, i to ze skutkiem *ex tunc*[53]. Wyrok arbitrażowy przestaje zatem wiązać strony i stanowić dla nich ostateczne rozstrzygnięcie sporu. W konsekwencji ponownie aktualizuje się zobowiązania stron do poddania sporu rozstrzygniętego uchylonym wyrokiem arbitrażowym do rozpoznania przez sąd polubowny. Klauzula arbitrażowa bowiem nie wygasa[54], o czym wprost stanowi art. 1211 k.p.c. Dalsze losy sporu podlegają zatem od tego momentu ponownie wyłącznie woli stron, a w szczególności woli powoda. Od niego bowiem zależy, czy postanowi wszcząć kolejne postępowanie przed sądem polubownym lub państwowym[55] czy też zaniecha dochodzenia swoich roszczeń. Wyrok arbitrażowy wydany w wyniku kolejnego postępowania arbitrażowego, które zostało wszczęte w związku z uchyleniem poprzedniego wyroku, nie stanowi przy tym ponownego rozpoznania tej samej sprawy.

Skoro istotę arbitrażu stanowią autonomia i zgodna wola stron, należy zastanowić się, czy dopuszczalne jest również anulowanie skutków wyroku arbitrażowego przez same strony, zanim wyrok zostanie wprowadzony do polskiego porządku prawnego mocą postanowienia sądu państwowego, i przeprowadzenie ponownego postępowania arbitrażowego w tej samej sprawie. Bez wątpienia przeszkodą dla przyjęcia takiego rozwiązania nie będzie przepis art. 365 § 1 k.p.c., bowiem niezatwierdzony przez sąd państwowy wyrok arbitrażowy nie wywołuje jeszcze skutków wobec podmiotów, o których mowa w tym przepisie. Prawa i obowiązki objęte wyrokiem cały czas natomiast pozostają w dyspozycji stron. Za nieuzasadnione należałoby zatem w takim przypadku uznać wymaganie w odniesieniu do stron zwrócenia się na drogę sądową i wszczęcia postępowania ze skargi o uchylenie wyroku, skoro obie strony są niezadowolone z rozstrzygnięcia ich sprawy. Należy również pamiętać, iż podstawy skargi są ograniczone do uchybień wskazanych w art. 1206 k.p.c. Nie sposób zatem wykluczyć sytuacji, w której brak będzie przesłanki do uchylenia wyroku sądu polubownego, a mimo to w opinii stron wyrok arbitrażowy będzie niewłaściwy. W konsekwencji próżno szukać przeszkód, które zabraniałyby stronom mocą swej zgodnej woli uchylić skutki wyroku sądu polubownego. Wniosek ten potwierdza literatura przedmiotu, przy czym prezentuje ona w tym zakresie dwa nieco odmienne stanowiska. Otóż część autorów dopuszcza możliwość konsensualnego uchylenia wyroku arbitrażowego przez strony, podkreślając, iż do momentu wprowadzenia wyroku do polskiego porządku prawnego podlega on dyspozycji stron[56]. Druga część doktryny natomiast wskazuje możliwość umownego uchylenia skutków wyroku arbitrażowego w postaci zobowiązania stron do podporząd-

[52] Zob.: M. Łaszczuk, J. Szpara, *op.cit.*, s. 568; T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 392; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op.cit.*, s. 267; R. Morek, *op.cit.*, s. 253; A. Zieliński, w: A. Zieliński (red.), K. Flaga-Gieruszyńska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, wyd. 7, 2014, System Informacji Prawnej Legalis.

[53] Tak: M. Łaszczuk, J. Szpara, *op.cit.*, s.639.

[54] Strony mogą oczywiście postanowić w klauzuli arbitrażowej, że uchylenie wyroku spowoduje wygaśnięcie zapisu na sąd polubowny.

[55] W sytuacji gdy wyrok został uchylony z uwagi na brak zapisu na sąd polubowny, właściwą drogą do dochodzenia roszczeń będzie sąd państwowy, chyba że strony postanowią zawrzeć co do tego sporu kompromis. Sąd państwowy będzie również co do zasady właściwy, jeśli wyrok został uchylony ze względu na brak zdatności arbitrażowej sporu (zdatność arbitrażowa sporu jest jednak oceniana według stanu prawnego na dzień wyrokowania sądu państwowego co do uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku arbitrażowego lub uchylenia wyroku sądu polubownego, zatem może zdarzyć się i tak, że chociaż spór nie miał uprzednio zdatności arbitrażowej, w późniejszym okresie ten sam spór zdatność arbitrażową będzie posiadał). Wreszcie sąd państwowy będzie właściwy i wtedy, kiedy wyrok sądu polubownego został uchylony ze względu na zaistnienie innej podstawy niż brak zapisu na sąd polubowny lub brak zdatności arbitrażowej sporu, jednak pozwany nie podniesie przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy zarzutu zapisu na sąd polubowny.

[56] T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 338; M. Tomaszewski, *Skutki prawne...*, s. 1918–1920.

kowania się wyrokowi i jego wykonania, jednocześnie nie dopuszczając umownego uchylenia samego wyroku[57].

2.3. Skutki mocy wiążącej i ostateczności wyroku arbitrażowego

Przeprowadzona powyżej analiza dowodzi, iż każdy wyrok arbitrażowy cechują ostateczność i moc wiążąca jeszcze przed jego zatwierdzeniem przez sąd państwowy. Konsekwencją ostateczności i wiążącej mocy wyroku arbitrażowego jest natomiast brak możliwości ponownego prowadzenia postępowania arbitrażowego w tej samej sprawie pomiędzy tymi samymi stronami. Brak jednak podstaw, by do takiego wyroku sądu polubownego stosować przepisy art. 365 § 1 k.p.c. i art. 366 k.p.c.

Jeśliby więc zasadę powagi rzeczy osądzonej rozumieć wyłącznie jako instytucję polskiego prawa procesowego uregulowaną w art. 366 k.p.c., to na postawione we wstępie do niniejszej pracy pytanie należy udzielić negatywnej odpowiedzi. Innymi słowy wyrok arbitrażowy przed jego uznaniem lub stwierdzeniem jego wykonalności nie ma powagi rzeczy osądzonej, o której mowa w art. 366 k.p.c., ponieważ przepis ten nie znajduje zastosowania do takiego wyroku.

Wydaje się jednak, iż powagi rzeczy osądzonej nie należy pojmować wyłącznie w kategoriach regulacji czysto kodeksowych. Wszak nie powinno budzić wątpliwości, iż zasada *rei iudicatea* jest instytucją prawną o charakterze uniwersalnym, znaną nie tylko przez polski, ale i zagraniczny porządek prawny, do której odniesienia znaleźć można było już w prawie rzymskim i starożytnych tekstach hinduskich[58]. Obowiązuje ona od stuleci w różnych kręgach kultury prawnej i w konsekwencji traktowana jest jako przejaw ogólnej zasady prawa akceptowanej przez cywilizowane narody[59]. Zasada powagi rzeczy osądzonej nie ogranicza się zatem do normy wysłowionej w przepisie art. 366 k.p.c. Przeciwnie, *res iudicata* ma charakter uniwersalny i oznacza związanie stron ostatecznym rozstrzygnięciem wydanym w ich sprawie. Jeśli w ten sposób rozumieć zasadę powagi rzeczy osądzonej, to należy stwierdzić, iż stanowi ona właściwość wyroku arbitrażowego jeszcze przed jego wprowadzeniem do polskiego porządku prawnego mocą postanowienia sądu państwowego, skoro wyrok taki jest dla stron wiążący i ostateczny. W tym przypadku jednak źródłem powagi rzeczy osądzonej wyroku arbitrażowego nie jest art. 366 k.p.c., a wola stron wyrażona w zapisie na sąd polubowny.

Ostateczność i moc wiążącą wyroku arbitrażowego (powagę rzeczy osądzonej wyroku arbitrażowego) przed jego uznaniem lub stwierdzeniem jego wykonalności przez sąd państwowy należy rozpatrywać w innych kategoriach niż prawomocność materialna wyroków sądowych. Podczas gdy związanie tymi ostatnimi jako jeden ze skutków prawomocności materialnej wynika wprost z przepisów k.p.c., źródłem związania stron wyrokami arbitrażowymi jest w szczególności ich zgodna wola, której przejawem jest treść zapisu na sąd polubowny, a nie konkretny przepis ustawy. Skoro strony zobowiązały się, że wyrok wydany przez sąd polubowny zgodnie z zawartą przez strony klauzulą arbitrażową będzie dla nich ostateczny i wiążący, to umowy tej winny dotrzymać w myśl zasady „*pacta sunt servanda*". W konsekwencji strony mają nie tylko kontraktowy, ale i prawny[60] obowiązek podporządkowania się temu wyrokowi i wykonania go. *Ergo* nie mogą lekceważyć wydanego wyroku arbitrażowego, wytaczając pomiędzy sobą nowe powództwo o to samo roszczenie, chyba że taka jest ich zgodna wola. Na marginesie należy zauwa-

[57] M. Łaszczuk, J. Szpara, *op.cit.*, s. 568 i s. 652, przypis 6; W tym duchu również: K. Siedlik, *Charakter prawny umowy arbitrażowej w prawie niemieckim i polskim*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2000, nr 2, s. 23, przy czym autorka ogranicza się do stwierdzenia, iż strony mogą wyłączyć skutki wyroku arbitrażowego i wszcząć kolejne postępowanie arbitrażowe w sprawie.

[58] Zob. *International Law Association Interim Report...*, s. 2.

[59] *Ibidem*.

[60] Jak była o tym mowa, k.p.c. wspiera dobrowolne wykonanie wyroków arbitrażowych przez strony, wprowadzając np. ograniczone podstawy do uchylenia takiego wyroku.

żyć, iż taki sposób pojmowania mocy wiążącej wyroku arbitrażowego tłumaczy, dlaczego wyrok wydany w jednym państwie może wywierać skutki również na terytorium innego kraju.

Wymaga na koniec podkreślenia, iż skutek powagi rzeczy osądzonej wyroki arbitrażowe niezatwierdzone przez sąd państwowy wywołują tylko w stosunkach pomiędzy stronami. Skutek ten w szczególności nie może wiązać osób trzecich (tj. podmiotów, które nie są stronami danego postępowania arbitrażowego), ponieważ brak w takim przypadku normy, która spełniałaby zadanie przepisu art. 365 § 1 k.p.c.

3. Podstawy skargi o uchylenie wyroku arbitrażowego sprzecznego z innym wyrokiem arbitrażowym, który nie został uznany lub którego wykonalność nie została stwierdzona przez sąd państwowy

Skoro wyrok arbitrażowy wiąże strony i jest dla nich ostateczny jeszcze przed jego uznaniem lub stwierdzeniem wykonalności, oznacza to również, że wbrew woli drugiej strony zapisu na sąd polubowny spór rozstrzygnięty tym wyrokiem nie powinien być przedmiotem ponownej oceny sądu polubownego. Należy zatem ustalić, jakie mogą być konsekwencje orzeczenia przez sąd polubowny ponownie o tym samym roszczeniu pomiędzy tymi samymi stronami (tj. w przypadku tożsamości stron, sporu i podstawy) wbrew woli jednej z nich przy założeniu, że uprzedni wyrok arbitrażowy nie został do tej pory uznany ani nie stwierdzono jego wykonalności, nie doszło również do wykonania wyroku arbitrażowego. W szczególności wymaga analizy, czy w takim przypadku strona może powołać jedną z podstaw, które uzasadniają uchylenie wyroku sądu polubownego.

Katalog przypadków, w jakich wyrok arbitrażowy podlega uchyleniu, jest zamknięty i przewiduje go art. 1206 k.p.c. Podczas gdy uchybienia dotyczące wyroku arbitrażowego wymienione w art. 1206 § 1 k.p.c. sąd bierze pod uwagę tylko na zarzut zgłoszony przez stronę, podstawy wskazane w art. 1206 § 2 k.p.c. sąd ma obowiązek uwzględnić z urzędu. Wydaje się, iż szczególne znaczenie w analizowanym przypadku będą miały podstawy wskazane w art. 1206 § 1 pkt 1 (brak zapisu na sąd polubowny, nieważność, bezskuteczność albo utrata mocy przez zapis na sąd polubowny), pkt 4 (niezachowanie wymagań co do podstawowych zasad postępowania przed sądem, wynikających z ustawy lub określonych przez strony) lub pkt 6 (istnienie prawomocnego wyroku sądu wydanego w tej samej sprawie między tymi samymi stronami) oraz w art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c. (sprzeczność wyroku z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej).

Już na wstępie należy odrzucić jednak art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c. jako podstawę do uchylenia wyroku arbitrażowego, który ponownie rozstrzyga o sprawie rozpoznanej w innym wyroku sądu polubownego, a który nie został uznany lub którego wykonalność nie została stwierdzona przez sąd państwowy. Przepis tego artykułu wprost bowiem wskazuje, iż mowa w nim o „prawomocnym wyroku sądu", a wyrok arbitrażowy przed jego wprowadzeniem do polskiego porządku prawnego mocą postanowienia sądu państwowego takim wyrokiem nie jest. Należy zgodzić się ponadto z tymi przedstawicielami literatury przedmiotu, którzy wskazują, iż użyte w przepisie art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c. pojęcie „sąd" należy wykładać zgodnie z treścią przepisu art. 1158 § 1 k.p.c., a zatem rozumieć jako sąd państwowy, który byłby właściwy do rozpoznania sprawy, gdyby strony nie dokonały zapisu na sąd polubowny[61]. Zastosowanie podstawy z art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c. uzasadnione byłoby natomiast w sytuacji, w której wyrok sądu polubownego byłby sprzeczny z innym wyrokiem arbitrażowym, który został uznany lub którego wykonalność została

[61] Tak: K. Weitz, *op.cit.*, s. 699; W. Popiołek, *op.cit.*, s. 178. Tak również: wyrok Sądu Najwyższego z 26 listopada 2008 r. ...

stwierdzona przez sąd państwowy[62], a zatem który miałby moc równą wyrokowi sądu państwowego[63].

Doktryna zasadniczo podnosi, że w zakresie sporu już rozstrzygniętego zapis na sąd polubowny staje się bezskuteczny[64], tj. przestaje wywoływać zamierzone skutki. W tym kontekście M. Łaszczuk i J. Szpara wskazują, że wydanie wyroku arbitrażowego przez sąd polubowny powoduje, że w zakresie rozstrzygniętym takim wyrokiem dochodzi do wyczerpania zapisu na sąd polubowny[65]. M. Tomaszewski natomiast mówi o utracie mocy przez zapis na sąd polubowny w zakresie rozstrzygniętego wyrokiem arbitrażowym sporu[66]. Jak podkreślają z kolei T. Ereciński i K. Weitz, „[z]akładając, że nieważność zapisu na sąd polubowny wchodzi w grę, gdy zapis narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, a więc od początku nie wywołuje i nie może wywołać skutków prawnych, można przyjąć, iż bezskuteczność zapisu w świetle prawa polskiego nastąpi, gdy zapis przestaje wywoływać zamierzone skutki wskutek zdarzeń zaistniałych po jego sporządzeniu, a nie są to zdarzenia, które powodują utratę mocy zapisu (jego wygaśnięcie)"[67]. Takim zdarzeniem w opinii T. Erecińskiego i K. Weitza będzie wydanie wyroku arbitrażowego[68]. Zaakceptowanie tego poglądu doktryny oznaczałoby, że w analizowanych okolicznościach wyrok arbitrażowy zostaje wydany w tej samej sprawie pomiędzy tymi samymi stronami wbrew temu, iż w zakresie tego sporu zapis na sąd polubowny jest bezskuteczny. Takie uchybienie stanowiłoby podstawę do uchylenia wyroku sądu polubownego, o której mowa w art. 1206 § 1 pkt 1 k.p.c. Pogląd ten wydaje się jednak nieuzasadniony. Wszak istotą bezskutecznej klauzuli arbitrażowej jest brak wywoływania przez taką klauzulę zamierzonych skutków. W badanym przypadku zapis na sąd polubowny jednak skutki wywołuje, bowiem chociaż w wyniku wydania wyroku arbitrażowego zostało wykonane (wygasło) zobowiązanie stron do poddania sporu, którego dotyczy wyrok, pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, to w miejsce tego zobowiązania powstało nowe – obowiązek poddania się wyrokowi sądu polubownego i wykonania go, tj. obowiązek uznania wiążącej mocy ostatecznego wyroku arbitrażowego. Zapis na sąd polubowny nie jest zatem bezskuteczny, co w konsekwencji nie uzasadnia zaistnienia przesłanki uchylenia wyroku arbitrażowego, o której mowa w art. 1206 § 1 pkt 1 k.p.c.

Ponowne orzeczenie wbrew woli jednej ze stron o sprawie już raz rozstrzygniętej niezatwierdzonym dotychczas przez sąd państwowy wyrokiem arbitrażowym zdaje się raczej wyczerpywać podstawę do uchylenia wyroku arbitrażowego w postaci niezachowania podstawowych zasad postępowania przed sądem polubownym określonych przez strony,

---

[62] Poza zakresem niniejszego opracowania pozostaje kwestia tego, kiedy musi nastąpić prawomocne uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku arbitrażowego, aby mógł uzasadniać on zarzut, o którym mowa w art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c. Szerzej na ten temat zob. K. Weitz, *op.cit.*, s. 703–704.

[63] Tak: *ibidem*, s. 700; K. Weitz, T. Ereciński, *op.cit.*, s. 398; M. Łaszczuk, J. Szpara, *op.cit.*, s. 605; R. Morek, *op.cit.*, s. 265; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op.cit.*, s. 280; T. Zbiegień, *Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego*, w: P. Nowaczyk et al. (red.), *op.cit.*, s. 308; K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 3, 2007, s. 323; A. Zieliński, w: A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, 2010, s. 1804; D. Kała, *Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego* (cz. II), „Radca Prawny" 2010, nr 3, s. 62; Ł. Błaszczak, *Postępowanie o stwierdzenie wykonalności krajowego i zagranicznego wyroku sądu polubownego (wybrane zagadnienia)*, „Radca Prawny" 2012, nr 6, s. 15.
Odmiennie: W. Popiołek, *op.cit.*, s. 179; W. Popiołek, *Odmowa uznania (wykonania) zagranicznego orzeczenia arbitrażowego na podstawie art. V Konwencji Nowojorskiej*, w: J. Gudowski (red.), K. Weitz (red.), *op.cit.*, t. II, 2011, s. 1084 i n.; A.W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrów*, 2011, LEX.

[64] Tak: T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 157; M. Łaszczuk, J. Szpara, *op.cit.*, s. 597–598, s. 652.

[65] M. Łaszczuk, J. Szpara, *op.cit.*, s. 597–598. Autorzy ci zwracają uwagę, iż na zagadnienie „skonsumowania" zapisu na sąd polubowny wskutek rozstrzygnięcia sporu objętego takim zapisem, a w konsekwencji na niemożność ponownego orzekania w sprawie raz rozpoznanej, zwracano uwagę już w orzeczeniu z 26 października 1936 r., sygn. akt II C 1371/36, LEX nr 363367.

[66] M. Tomaszewski, *Skutki prawne...*, s. 1921.

[67] T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 157.

[68] *Ibidem*.

tj. podstawę z art. 1206 § 1 pkt 4 k.p.c. Nie można bowiem tracić z pola widzenia okoliczności, iż zapis na sąd polubowny obejmuje nie tylko zgodę stron na poddanie sprawy pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, lecz także zgodę na zastosowanie określonej procedury do rozstrzygnięcia tego sporu. Procedura ta zakłada natomiast ostateczność wyroku arbitrażowego i związanie stron tym wyrokiem[69]. Taki sposób procedowania wyklucza wobec tego prowadzenie – wbrew woli stron – kolejnego postępowania arbitrażowego i wydania kolejnego wyroku w sprawie już raz rozstrzygniętej przez sąd polubowny. O prowadzenie postępowania arbitrażowego w taki sposób strony się nie umawiały, zawierając zapis na sąd polubowny. Wyrok arbitrażowy miał być dla stron ostateczny i wiążący, ponowne zaś rozstrzygnięcie o tej samej sprawie spowoduje naruszenie owej fundamentalnej dla arbitrażu zasady postępowania.

Zastanawia na koniec, czy sprzeczność wyroku arbitrażowego z innym wyrokiem arbitrażowym wydanym w tej samej sprawie pomiędzy tymi samymi stronami może stanowić naruszenie klauzuli porządku publicznego, o której mowa w art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c. W uzasadnieniu wyroku z 26 listopada 2008 r. Sąd Najwyższy zawarł sugestię o możliwości sięgnięcia do klauzuli porządku publicznego w przypadku ponownego orzeczenia przez sąd polubowny o roszczeniach rozstrzygniętych już innym wyrokiem arbitrażowym. Takie rozwiązanie budzi jednak wątpliwości. W szczególności, jak słusznie zauważył K. Weitz[70], trudno znaleźć powody dla których sprzeczność wyroku sądu polubownego z prawomocnym wyrokiem sądu państwowego miałaby być brana pod uwagę przez sąd w postępowaniu ze skargi na zarzut strony, a sprzeczność wyroku sądu polubownego z innym wyrokiem arbitrażowym – z urzędu, a zatem bez względu na to, czy strona zgłosiłaby odpowiedni zarzut[71].

4. Podsumowanie

Brak zastosowania przepisów kodeksu postępowania cywilnego o prawomocności materialnej, w tym o powadze rzeczy osądzonej, do wyroku arbitrażowego przed jego wprowadzeniem do polskiego porządku prawnego mocą postanowienia sądu państwowego, nie przesądza o braku powagi rzeczy osądzonej tego wyroku. Nie jest to jednak powaga rzeczy osądzonej, o której mowa w art. 366 k.p.c. Zasady *rei iudicatea* nie należy jednakże ograniczać do normy wysłowionej w przepisie art. 366 k.p.c. Przeciwnie, zasada powagi rzeczy osądzonej ma charakter uniwersalny i oznacza związanie stron ostatecznym wyrokiem. Każdy zaś ostateczny wyrok arbitrażowy jest wiążący dla stron, a zatem posiada powagę rzeczy oznaczonej w znaczeniu szerokim. Wiążący charakter wyroków arbitrażowych stanowi konstytutywną cechę sądownictwa polubownego, która odróżnia tę metodę rozwiązywania sporów od innych, niewiążących form ADR.

Źródłem związania stron ostatecznym wyrokiem sądu polubownego nie jest przepis ustawy, a zgodna wola stron wyrażona w zapisie na sąd polubowny. Tak długo, jak wyrok arbitrażowy nie zostanie uchylony przez sąd państwowy lub pozbawiony mocy wiążącej przez same strony, jest dla stron wiążący i wyklucza (wbrew woli stron) ponowne rozstrzygnięcie tej samej sprawy. Uznanie albo stwierdzenie wykonalności wyroku arbitrażowego, które nadaje temu orzeczeniu moc równą wyrokowi sądu państwowego, dla zagadnienia związania stron tym wyrokiem nie ma zatem znaczenia. Podkreślić jednak należy, że niezatwierdzony przez sąd państwowy wyrok arbitrażowy ma moc wiążącą jedynie pomiędzy stronami. W szczególności nie wiąże on podmiotów, o których mowa w art. 365 § 1 k.p.c., ponieważ brak ku temu odpowiedniej podstawy prawnej. Taki sku-

[69] Założenie to jest właściwe, o ile strony nie przewidziały instancji odwoławczej w ramach postępowania arbitrażowego. W tym ostatnim przypadku, jak była o tym mowa, wiążący i ostateczny byłby dopiero wyrok wydany na skutek merytorycznej kontroli pierwszego wyroku sądu polubownego.

[70] K. Weitz, *op.cit.*, s. 699–700, przypis nr 37.

[71] Tylko na marginesie wypada zauważyć, że sąd państwowy nie posiadałby co do zasady wiedzy o innym wyroku arbitrażowym, chyba że sama strona zwróciłaby sądowi na to uwagę.

tek wywierać będzie dopiero uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku arbitrażowego przez sąd państwowy.

Powaga rzeczy osądzonej wyroku arbitrażowego rozumiana szeroko, tj. nieograniczana do kodeksowej instytucji prawa procesowego z art. 366 k.p.c., powoduje, iż ponowne orzeczenie przez sąd polubowny o tej samej sprawie pomiędzy tymi samymi stronami, lecz wbrew ich woli, jest co do zasady niedopuszczalne. Uzasadniać będzie ono uchylenie drugiego wyroku arbitrażowego na podstawie art. 1206 § 1 pkt 4 k.p.c., tj. naruszenia podstawowych zasad postępowania przed sądem polubownym. Taką fundamentalną zasadą postępowania arbitrażowego jest bowiem ustalona przez strony w zapisie na sąd polubowny reguła, iż wyrok arbitrażowy wydany zgodnie z tym zapisem jest dla stron ostateczny i wiążący.

Pozbawienie strony prawa do rozpoznania sprawy przez bezstronny sąd jako podstawa do uchylenia wyroku sądu polubownego (art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c.).

Anna Diaby*

1. Wprowadzenie

Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego stanowi jeden z nadzwyczajnych środków zaskarżenia o charakterze kasatoryjnym. Nie stanowi ona środka prowadzącego do merytorycznego rozpoznania przez sąd powszechny sporu rozstrzygniętego przez sąd polubowny[1]. Strony, decydując się na poddanie sporu sądowi polubownemu, muszą się liczyć z nikłą kontrolą zewnętrzną jego wyroków[2].

Orzeczenie sądu powszechnego wydane w wyniku wniesienia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego ogranicza się jedynie do uchylenia wyroku sądu polubownego w całości lub w części, ewentualnie oddalenia skargi. Sąd powszechny jest związany powołanymi w skardze podstawami uchylenia wyroku sądu polubownego, a z urzędu sąd powszechny bada tylko dwie przestanki wskazane w art. 1206 § 2 k.p.c.[3].

Ustawodawca, wprowadzając możliwość uchylenia wyroku sądu polubownego, miał na celu zagwarantowanie stronie postępowania polubownego podstawowych praw. Artykuł 1206 k.p.c. w sposób enumeratywny wymienia podstawy uchylenia wyroku sądu polubownego. Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego nie może się opierać na innych podstawach niż wymienione w przytoczonym artykule[4].

Przedmiotem niniejszego opracowania jest art. 1206 § 2 ust. 2 k.p.c. w świetle pozbawienia strony prawa do sądu jako podstawy do uchylenia wyroku sądu polubownego. Przede wszystkim celem jest odpowiedź na pytanie: „czy w każdym przypadku zajście okoliczności, które mogłyby budzić uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności arbitra, stanowi podstawę do uchylenia wyroku sądu polubownego?"

---

* Baker & McKenzie Krzyżowski i Wspólnicy sp.k.

[1] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 3 kwietnia 2013 r., I ACa 207/13.

[2] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30 października 2012 r., I ACa 634/12. Tak samo wyrok Sądu Najwyższego z 9 lipca 2008 r., V CZ 292/08.

[3] Wyrok Sądu Najwyższego z 21 grudnia 2004 r., I CK 405/04, MoP 2005, nr 2, s. 67.

[4] Ł. Błaszczak, *Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego*, „Prawo Spółek" 2005, nr 2, s. 30.

2. Podstawy prawne skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego

Zgodnie z treścią art. 1206 § 2 ust. 2 k.p.c. uchylenie wyroku sądu polubownego następuje między innymi wtedy, gdy wyrok sądu polubownego jest sprzeczny z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (klauzula porządku publicznego).

W doktrynie i judykaturze przyjmuje się, że na podstawowe zasady polskiego porządku prawnego składają się zarówno zasady wynikające z Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, jak i podstawowe zasady poszczególnych dziedzin prawa.

Należy podkreślić, że jedynie normy bezwzględnie wiążące (*ius cogens*), i to te, którym przypisuje się podstawowe znaczenie, mogą uzasadniać odwołanie się do klauzuli porządku publicznego. Mogą to być normy o charakterze ustrojowym, materialnym lub procesowym, których rola w krajowym systemie prawnym jest szczególna. Zdaniem K. Piaseckiego wyrok sądu polubownego nie powinien być sprzeczny z przepisami Konstytucji lub podstawowymi prawami człowieka[5]. Według większości doktryny i judykatury stosowanie klauzuli porządku publicznego nie ma służyć korekcie wszelkich nieprawidłowości pojawiających się w orzecznictwie polubownym, a ochronie integralności porządku publicznego[6].

Do podstawowych zasad porządku prawnego judykatura zaliczyła między innymi: zasadę wykonywania zobowiązań, zasadę autonomii woli stron, równości podmiotów, zasadę kompensacyjnego charakteru odpowiedzialności odszkodowawczej, zasadę równego traktowania wierzycieli w postępowaniu układowym, zasadę swobody umów[7]. Zdaniem Sądu Najwyższego przy zastosowaniu klauzuli porządku publicznego nie chodzi o to, aby oceniane orzeczenie było zgodne ze wszystkimi wchodzącymi w grę bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, lecz o to, czy wywarło ono skutek sprzeczny z podstawowymi zasadami krajowego porządku prawnego[8].

Moim zdaniem najlepiej zdefiniował naruszenie klauzuli porządku publicznego M. Tomaszewski, który stwierdził: „Klauzula porządku publicznego nie może opierać się na przepisach względnie obowiązujących ani na takich, które określony skutek prawny uzależniają wyłącznie od podniesienia przez strony odpowiedniego zarzutu lub występowania z odpowiednim wnioskiem (żądaniem). Tego rodzaju przepisów nie można w żadnym przypadku zaliczyć do podstawowych zasad porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Stosowanie w tym zakresie klauzuli porządku publicznego prowadziłoby np. do tego, że wyrok wydany przez arbitra, którego obie strony zgodnie wybrały, wiedząc o istnieniu podstawy do jego wyłączenia, musiałby spotkać się z odmową uznania lub wykonania przez sąd państwowy, mimo że żadna ze stron nie kwestionuje tego wyroku. Oznaczałoby to też, że w każdym postępowaniu o uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku sądu polubownego sąd państwowy musiałby badać z urzędu, czy wyrok taki był wydany przez arbitrów bezstronnych i niezależnych, skoro zgodnie z art. 1214 § 3 pkt 2 k.p.c., sąd musi odmówić uznania albo stwierdzenia wykonalności wyroku arbitrażowego, jeżeli jego uznanie lub wykonanie byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”[9].

---

[5] K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 1097–1217*, t. IV, 2013, art. 1206, pkt 10.4 i 10.5.

[6] Postanowienie Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 1978 r., IV CR 65/78, OSNC 1979, nr 1, poz. 12. Tak samo E. Marszałkowska-Krześ, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz 2014*, Legalis, C35.

[7] K. Knoppek, *Problem związania sądu polubownego przepisami prawa materialnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, nr 1, s. 71 i 72.

[8] Wyrok Sądu Najwyższego z 9 marca 2012 r., I CSK 312/11.

[9] M. Tomaszewski, *Wniosek o wyłączenie arbitra i tryb rozpoznania wniosku*, „Przegląd Sądowy”, luty 2012.

Ze względu na swoją doniosłość nie może być wątpliwości, że klauzula porządku publicznego jako podstawa uchylenia wyroku sądu polubownego powinna być interpretowana w sposób zawężający[10].

Klauzula porządku publicznego była również przedmiotem rozważań Stowarzyszenia Prawa Międzynarodowego na konferencji w New Delhi w 2002 roku. Wynikiem tych rozważań było przyjęcie rezolucji dotyczącej rekomendacji w przedmiocie stosowania klauzuli porządku publicznego jako podstawy odmowy uznania lub wykonania międzynarodowych orzeczeń arbitrażowych[11].

W rezolucji tej stwierdzono, że ostateczność wyroków sądów polubownych powinna być uwzględniana z wyłączeniem wyjątkowych sytuacji. Taka wyjątkowa sytuacja to okoliczność, gdy uznanie wyroku sądu polubownego byłoby sprzeczne z międzynarodowym porządkiem publicznym. W rozumieniu rezolucji „międzynarodowy porządek publiczny" to zespół zasad i reguł przyjęty w danym państwie, który obejmuje: (i) podstawowe zasady odnoszące się do sprawiedliwości i moralności, które państwo chroni nawet w przypadkach, które go bezpośrednio nie dotyczą; (ii) normy służące ochronie podstawowych interesów politycznych, społecznych i ekonomicznych danego państwa znane jako przepisy wymuszające swoje zastosowanie; (iii) obowiązek poszanowania przez państwo jego zobowiązań względem innych państw i organizacji międzynarodowych.

3. Prawo do sądu

Jedna z podstawowych zasad porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej została wyrażona w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Zgodnie z treścią tego przepisu każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia spawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Artykuł 77 ust. 2 stanowi natomiast, że ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowego dochodzenia naruszonych wolności lub praw.

Zgodnie z treścią art. 175 ust. 1 Konstytucji wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe. Przedmiotowa lista jest zamknięta i wymienia wszystkie sądy sprawujące wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej[12]. Nawet pod rządami Konstytucji PRL nie było wątpliwości, że wymiar sprawiedliwości sprawowany jest w imieniu państwa[13].

Na prawo do sądu składają się w szczególności: prawo dostępu do sądu, prawo do odpowiedniego kształtowania procedury (zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności) oraz prawo do wyroku sądowego (prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia). Sąd należy rozumieć jako zespół osób, do którego odnosi się wymaganie właściwości, niezależności, bezstronności i niezawisłości[14]. Niezależność sądu stanowi gwarancję instytucjonalną, rzeczową i osobową niezależności sądów względem podmiotów państwowych lub osób. Sąd bezstronny to taki, który jest neutralny względem jakichkolwiek interesów oraz orzekający w sposób służący dobru wspólnemu. Sąd niezawisły natomiast to taki, który jest podporządkowany wyłącznie Konstytucji i ustawom[15]. Pra-

[10] E. Marszałkowska-Krześ, *op.cit.* Tak samo wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 29 grudnia 2006 r., I ACa 1589/06.

[11] Resolution 2/2002 International Commercial Arbitration.

[12] Ł. Błaszczak, *Wyrok sądu polubownego a zagadnienie wymiaru sprawiedliwości. Zasada prawa do sądu. Wyrok sądu polubownego w postępowaniu cywilnym*, LEX, pkt 6.1.I.

[13] A. Łazarska, *Sądowy wymiar sprawiedliwości. Rzetelny proces cywilny*, WKP 2012, LEX, pkt 4.

[14] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck 2012, art. 45.

[15] A. Wasilewski, *Władza sądownicza w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Państwo i Prawo" 1998, nr 7, s. 7.

wo do sądu wyraża się w tym, że każdy może zobowiązać sądy do rozpoznania sprawy i wydania orzeczenia[16].

4. Sądownictwo polubowne a prawo do sądu

Konstytucjonaliści są zgodni co do tego, że wymóg bezstronności jest elementem prawa do sądu (art. 45 Konstytucji)[17]. Są oni również zgodni co do tego, że konstytucyjne wymogi właściwości, niezależności, bezstronności oraz niezawisłości odnoszą się do sądów powszechnych, a wymiar sprawiedliwości wykonywany jest wyłącznie przez sędziów[18].

Wykazując, że sądownictwo polubowne znajduje się poza zakresem wymiaru sprawiedliwości w rozumieniu Konstytucji, warto również wskazać, że sąd polubowny nie orzeka w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej, nie ma możliwości stosowania środków przymusu, a postępowanie (co do zasady) jest jednoinstancyjne[19].

Sądownictwo polubowne jest instytucją funkcjonującą obok sądownictwa powszechnego[20]. Sąd polubowny to sąd niepaństwowy, powołany umową przez strony do rozstrzygnięcia, a nie rozwiązania, ich sporu[21]. Kompetencje tej instytucji wynikają przede wszystkim z umowy stron. Umowa ta jest zawierana poza procesem i ma charakter umowy prawa materialnego[22]. Arbiter (w odróżnieniu od sędziego państwowego) nie jest funkcjonariuszem publicznym, pełni swoją funkcję odpłatnie i jest w stosunku do stron usługodawcą, a nie władzą sądowniczą[23].

Jak już to zostało wskazane powyżej, w świetle art. 175 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej należy bezdyskusyjnie uznać, że sprawowanie wymiaru sprawiedliwości zostało zastrzeżone wyłącznie dla sądów. Zatem monopol sprawowania przez sądy wymiaru sprawiedliwości oznacza, że władza sądownicza nie może być w żadnym razie delegowana na inne podmioty[24]. W rezultacie można przyjąć, że sąd polubowny jest pozasądowym organem ochrony prawnej. Skoro tak, to zasadne jest twierdzenie, że sąd polubowny nie należy do organów wymiaru sprawiedliwości, o których mowa w Konstytucji. W konsekwencji należy uznać, że prawo do sądu nie obejmuje swoim zakresem sądu polubownego.

Jak słusznie wskazuje Ł. Błaszczak, „wydaje się, że nie ma potrzeby rozszerzania prawa do sądu na organy pozasądowe, jak właśnie sądy polubowne, tym bardziej że nie sposób odnieść wszystkich gwarancji dotyczących sądu państwowego do sądu polubownego. Wystarczy tu wskazać na kryterium niezawisłości, które nie będzie miało zastosowania do sądu polubownego oraz orzekających w nim arbitrów. Należy więc stwierdzić, że prawo do sądu nie obejmuje swoim zakresem sądu polubownego, a jedynie sąd państwowy"[25].

---

[16] D.P. Kała, *O relacjach między sądownictwem państwowym a polubownym w znaczeniu szerokim*, „Radca Prawny" 6.2.2012, s. 8D.

[17] B. Banaszak, *op.cit.*, art. 45.

[18] A. Wasilewski, *op.cit.*, s. 8. Tak samo A. Łazarska, *Prawnoustrojowa pozycja sądów. Rzetelny proces cywilny*, WKP 2012, LEX, pkt 3. Tak samo K. Weitz, *Sądownictwo polubowne a sądy państwowe*, „Przegląd Sądowy", marzec 2007, s. 6.

[19] D.P. Kała, *op.cit.*, s. 7D.

[20] B. Banaszak, *op.cit.*, art. 45.

[21] A. Jakubiak-Mirończuk, *Sądownictwo polubowne. Alternatywne a sądowe rozstrzyganie sporów sądowych*, „Oficyna" 2008, LEX, pkt 4.7. Tak samo K. Weitz, *op.cit.*, s. 6.

[22] M.P. Wójcik, *Komentarz aktualizowany do art. 1161 kodeksu postępowania cywilnego*, LEX, pkt 3. Tak samo A. Jakubecki, *Komentarz do art. 1161 Kodeksu postępowania cywilnego*, LEX, pkt 2.

[23] A. Jakubiak-Mirończuk, *Miejsce alternatywnych trybów rozwiązywania sporów cywilnych w polskim systemie prawa. Alternatywne a sądowe rozstrzyganie sporów sądowych*, „Oficyna" 2008, LEX, pkt 4.7.

[24] K. Weitz, *op.cit.*, s. 9.

[25] A. Deryng, *Sąd polubowny a realizacja konstytucyjnej zasady prawa do sądu*, ADR 2009, nr 1.

Podobny pogląd został wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z 13 grudnia 2006 r. (II CSK 289/06). Sąd Najwyższy uznał, że błędne jest uznanie sądu polubownego za państwowy organ wymiaru sprawiedliwości, do którego wprost odnosi się art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Zgodnie z jednolitym stanowiskiem doktryny każdy ma prawo zwrócenia się do sądu z żądaniem określenia swojego statusu prawnego[26]. W świetle art. 175 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej nie powinno budzić wątpliwości, że sądownictwo polubowne znajduje się poza zakresem przedmiotowej definicji[27]. Rozstrzygnięcie sprawy przez sąd polubowny jest dobrowolne, oparte na zgodnej woli stron. Doktryna traktuje zapis na sąd polubowny jako rezygnację w pewnym zakresie z realizacji prawa do sądu[28].

Państwo, zgodnie z postanowieniami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (w ramach prawa do sądu), ma obowiązek zapewnienia, aby każdy sąd rozpoznający sprawę działał bezstronnie, sprawiedliwie, jawnie i bez nieuzasadnionej zwłoki. „Powszechnie przyjmuje się, zarówno w orzecznictwie TK, jak również w doktrynie, że prawo do sądu obejmuje, po pierwsze, prawo dostępu do sądu, po drugie, prawo do właściwej procedury przed sądem, a po trzecie, prawo do wyroku sądowego, tzn. do otrzymania w orzeczeniu wypowiedzi sądu na temat sprawy poddanej jego rozstrzygnięciu"[29]. Odnosząc powyższe uwagi do sądownictwa polubownego, należy zastanowić się, w jakim stopniu zasady te znajdują zastosowanie do tego trybu rozstrzygania konfliktów, a tym samym czy można bezpośrednio na grunt postępowania polubownego przenosić instytucje postępowania przed sądem powszechnym.

Po pierwsze postępowanie przed sądem powszechnym charakteryzuje się tym, że strony mają bardzo ograniczone możliwości kształtowania zasad obowiązujących w postępowaniu przed tym sądem. Co do zasady przepisy postępowania przed sądem powszechnym (państwowym) mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Tylko w bardzo wąskim zakresie reguły postępowania przed sądem powszechnym mogą być kształtowane przez strony.

W postępowaniu przed sądem polubownym zasada jest całkowicie odmienna. Tam przede wszystkim strony określają reguły postępowania w ramach autonomii woli stron[30]. Co więcej, jeśli strony nie postanowią inaczej, sąd polubowny może prowadzić postępowanie w taki sposób, jaki uzna za właściwy (art. 1184 k.p.c.). Granicą swobody kształtowania postępowania przed sądem polubownym przez strony są przepisy bezwzględnie obowiązujące[31] dotyczące postępowania przed sądem polubownym, które zostały zebrane w części piątej (*Sąd Polubowny (Arbitrażowy)*) kodeksu postępowania cywilnego. Zgodnie z treścią art. 1184 § 1 zd. 2 k.p.c. sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem powszechnym. Tym samym należy uznać, że przedmiotowe ograniczenie nie odnosi się do wszystkich przepisów bezwzględnie obowiązujących w kodeksie postępowania cywilnego, a jedynie do przepisów bezwzględnie obowiązujących zawartych w części piątej[32] k.p.c.

---

[26] W. Piątek, *Prawo do sądu. Podstawy skargi kasacyjnej w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, LEX 2011, pkt 2.1.

[27] Patrz tak samo T. Wiśniewski, *Charakter prawa procesowego. Przebieg procesu cywilnego*, LEX 2013, nr 3.

[28] A. Łazarska, *Sądowy wymiar sprawiedliwości...*, pkt 4. Tak samo Ł. Błaszczak, *Wyrok sądu polubownego...*, pkt 6.2; D.P. Kała, *op.cit.*

[29] W. Piątek, *op.cit.*, pkt 2.1.

[30] T. Wiśniewski, *op.cit.*, nr 3. Tak samo T. Ereciński, *Arbitraż a sądownictwo państwowe*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 1994, nr 2, s. 3–4.

[31] T. Ereciński, *op.cit.*, s. 4. Tak samo B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz, *Przyczynek do rozważań na temat odrębności postępowania dowodowego w sprawach rozstrzyganych przez sądy polubowne*, „Kwartalnik ADR" 2009, nr 1 (5), s. 92.

[32] B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz, *op.cit.*, s. 92.

Po wtóre gwarancja z art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej dotyczy jedynie sądów państwowych. Brak jest podstaw do przyjęcia, by w zakresie prawa do sądu mieściło się sądownictwo polubowne[33].

Z powyższego wynika, że skoro do sądów polubownych nie stosuje się zasady prawa do sądu, to można byłoby stanąć na stanowisku, że rzekome naruszenie tej zasady w postępowaniu polubownym nie daje podstawy do uchylenia wyroku sądu polubownego na podstawie art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c.

Znamienne jest, że wymagania, jakim należy sprostać, aby pełnić rolę sędziego i arbitra, są diametralnie różne. Zgodnie z treścią art. 1170 k.p.c. arbitrem może być osoba fizyczna bez względu na obywatelstwo, mająca pełną zdolność do czynności prawnych. Kodeks postępowania cywilnego nie stawia arbitrom wymagania posiadania określonych kwalifikacji. Arbiter nie musi na przykład mieć wyższego wykształcenia prawniczego. Nie wyklucza to oczywiście uzgodnienia między stronami, że przy rozstrzyganiu ich sprawy arbitrzy (arbiter) muszą spełniać jakieś dodatkowe kwalifikacje niezbędne ich zdaniem do prawidłowego rozpoznania sprawy. Kwestia ta została pozostawiona do decyzji stron.

Kodeks postępowania cywilnego stanowi, że arbitrem nie może być sędzia państwowy, chyba że jest to sędzia w stanie spoczynku. Część doktryny stoi na stanowisku, że wyłączenie sędziów państwowych od orzekania w sądach polubownych jest konsekwencją uznania, że sądy te są sądami niepaństwowymi[34].

W świetle przytoczonych powyżej regulacji nie może budzić wątpliwości, że wymagania stawiane arbitrom są bardzo liberalne. Wymagania, jakie należy spełnić, aby zostać sędzią sądu powszechnego, są bezdyskusyjnie bardziej restrykcyjne. Państwo przykłada szczególną wagę do tego, żeby obsada stanowisk sędziowskich była w pełni profesjonalna. Osoby pełniące tę funkcję muszą mieć szczególne kwalifikacje zawodowe i osobiste.

Sędzia nie może orzekać wedle własnych przekonań, bez podstawy prawnej, sprzecznie z obowiązującymi normami prawnymi. Jest on zobowiązany zawsze orzekać na podstawie i w granicach prawa[35].

Arbiter natomiast może prowadzić postępowanie w taki sposób, jaki uzna za właściwy, jak również nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem (art. 1184 k.p.c.). Arbiter rozstrzyga spór według prawa właściwego dla danego stosunku (tutaj arbiter jest ograniczony jedynie podstawowymi zasadami porządku prawnego), a gdy strony go do tego wyraźnie upoważniły – według ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności (art. 1194 k.p.c.).

„Co do pojęcia ogólnych zasad prawa w piśmiennictwie przyjmuje się, że chodzi tu o ponadkrajowe, podstawowe normy prawne, powszechnie przyjmowane w cywilizowanych porządkach prawnych [...], np. zasadę dobrej wiary, praw nabytych, swobody umów, *pacta sunt servanda*, *clausula rebus sic stantibus* i inne [...]"[36]. Z orzekaniem według zasad słuszności mamy do czynienia wtedy, gdy arbitrzy orzekają w oparciu o zasady pozaprawne.

Ważne jest również, że arbitrzy nie korzystają z takich samych przywilejów jak sędziowie (gwarancji niezawisłości, nieusuwalności ze stanowiska, immunitetu sędziowskiego). Arbitrzy, w odróżnieniu od sędziów sądów powszechnych, są wybierani przez strony.

Już choćby te różnice wskazują, że nie wszystkie wymagania, które muszą zostać spełnione w postępowaniu przed sądem powszechnym, można w sposób bezpośredni przenosić na postępowanie polubowne.

---

[33] T. Wiśniewski, *op.cit.*, nr 3.

[34] Por. A. Jakubiak-Mirończuk, *Sądownictwo polubowne...*, pkt 4.7.

[35] A. Wasilewski, *op.cit.*, s. 8.

[36] A. Jakubecki, *Komentarz do art. 1194 Kodeksu postępowania cywilnego*, LEX, pkt 2.

Jak już o tym była mowa, większość przedstawicieli doktryny stoi na stanowisku, iż postępowanie przed sądem polubownym nie jest postępowaniem sądowym, lecz pozasądowym[37].

5. Wyłączenie sędziego

W oparciu o przedstawioną powyżej argumentację dalsza części niniejszej pracy skupiać się będzie na bezstronności sędziego jako elemencie prawa do sądu, a pośrednio również jako podstawie do uchylenia wyroku sądu polubownego w przypadku jej braku.

W celu ustalenia, czy rzekomy brak bezstronności arbitra może być podstawą uchylenia wyroku sądu polubownego, należy przyjrzeć się bliżej kwestii, jakie są podstawy wyłączenia sędziego w postępowaniu cywilnym, jakie są podstawy wyłączenia arbitra w postępowaniu polubownym, czy można odnosić wskazane w k.p.c. podstawy wyłączenia sędziego bezpośrednio na grunt wyłączenia arbitra oraz jakie są skutki ziszczenia się w postępowaniu polubownym przesłanek wskazanych w art. 48 lub 49 k.p.c.

Doktryna jest zgodna co do tego, że bezstronność sędziego (w aspekcie proceduralnym) wyraża się w braku więzów czy innego rodzaju relacji sędziego ze stronami danego postępowania i samej sprawy, które mogłyby wpłynąć na wynik postępowania. Bezstronność oznacza brak uprzedzeń i stronniczości[38].

Jak już była o tym mowa powyżej, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w art. 45 ust. 1 przyznaje prawo do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd. Jednym ze sposobów realizacji tej konstytucyjnej zasady jest instytucja wyłączenia sędziego, która stanowi gwarancję procesową dla stron postępowania. Stąd też w postępowaniu cywilnym zawarto regulacje w tym zakresie (art. 48–54 k.p.c.)[39].

Przyczyny wyłączenia sędziego kodeks postępowania cywilnego dzieli na dwie grupy. Po pierwsze sędzia jest wyłączony z mocy samej ustawy (*iudex inhabilis*). Kodeks postępowania cywilnego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący wskazuje przyczyny wyłączenia sędziego z mocy samej ustawy[40]. Po drugie wyłączenie sędziego może nastąpić na wniosek (*iudex suspectus*), gdy istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności w danej sprawie.

Zgodnie z treścią art. 48 k.p.c. sędzia jest wyłączony z mocy samej ustawy z następujących powodów:

- w sprawach, w których jest stroną lub pozostaje z jedną ze stron w takim stosunku prawnym, że wynik sprawy oddziaływa na jego prawa lub obowiązki;
- w sprawach swego małżonka, krewnych lub powinowatych w linii prostej, krewnych bocznych do czwartego stopnia i powinowatych bocznych do drugiego stopnia;
- w sprawach osób związanych z nim z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli;
- w sprawach, w których był lub jest jeszcze pełnomocnikiem albo był radcą prawnym jednej ze stron;
- w sprawach, w których w instancji niższej brał udział w wydaniu zaskarżonego orzeczenia, jak też w sprawach o ważność aktu prawnego z jego udziałem sporządzonego lub przez niego rozpoznanego oraz w sprawach, w których występował jako prokurator;

[37] D.P. Kała, *op.cit.*, s. 9D.

[38] A. Łazarska, *Prawo do sądu niezależnego, niezawisłego i bezstronnego. Rzetelny proces cywilny*, WKP 2012, LEX, pkt 4.

[39] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 17 stycznia 2013 r. (I FSK 2125/11).

[40] Tak samo Sąd Najwyższy w wyroku z 20 grudnia 2012 r. (IV CZ 141/12).

- w sprawach o odszkodowanie z tytułu szkody wyrządzonej przez wydanie prawomocnego orzeczenia niezgodnego z prawem, jeżeli brał udział w wydaniu tego orzeczenia.

Naruszenie art. 48 k.p.c. skutkuje nieważnością postępowania (art. 379 pkt 4 k.p.c.) i jest podstawą do wznowienia postępowania (art. 401 pkt 1 k.p.c.).

Wyłączenie sędziego z mocy ustawy z udziału w sprawie oznacza, że dany sędzia nie może dokonywać w sprawie jakichkolwiek czynności postępowania, niezależnie od rodzaju posiedzenia i od pełnionej funkcji[41].

Zgodnie z treścią art. 49 k.p.c. sąd wyłącza sędziego na jego żądanie lub na wniosek strony, jeżeli istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego w danej sprawie. Kodeks postępowania cywilnego nie wskazuje przyczyn wyłączenia sędziego na podstawie art. 49 k.p.c. Przyczyny te każdorazowo zależą od danych okoliczności faktycznych sprawy i muszą być za każdym razem analizowane indywidualnie w świetle konkretnego przypadku i z uwzględnieniem zasad doświadczenia życiowego[42]. We wniosku o wyłączenie sędziego na podstawie art. 49 k.p.c. należy uprawdopodobnić przyczyny wyłączenia. Zgodnie z najnowszym orzecznictwem instytucja wyłączenia sędziego na wniosek nie jest związana z wystąpieniem jakiejkolwiek wątpliwości co do bezstronności sędziego. O możliwości wyłączenia sędziego od rozpoznania sprawy nie decyduje samo odczucie strony co do bezstronności sędziego, ale odczucie co do tych wątpliwości musi być uzasadnione okolicznościami danej sprawy[43]. W celu wykazania zasadności wniosku o wyłączenie sędziego strona musi przedstawić konkretne fakty świadczące o różnym traktowaniu stron. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie tylko takie traktowanie może u strony (a także u postronnych) wywoływać wątpliwości co do bezstronności sędziego i stać się przyczynkiem do wyłączenia sędziego[44].

Sędzia, co do którego został złożony wniosek o wyłączenie, nie powinien w sprawie podejmować żadnych czynności, i to bez względu na to, jakie są perspektywy uwzględnienia tego wniosku, może jednak aż do chwili prawomocnego rozstrzygnięcia wniosku dokonywać jedynie czynności niecierpiących zwłoki[45]. Jak zostanie to wskazane w dalszej części niniejszej pracy, uprawnienia sędziego, którego dotyczy wniosek o wyłączenie, są zdecydowanie ograniczone względem uprawnień, jakie przysługują arbitrowi, względem którego wniesiono wniosek o wyłączenie.

6. Wyłączenie arbitra

Bezsporny w judykaturze i doktrynie jest fakt, iż ustawodawca nie przewiduje w postępowaniu polubownym wyłączenia arbitra z mocy samego prawa. Wyłączenie arbitra w postępowaniu polubownym jest możliwe tylko i wyłącznie na żądanie strony[46]. W doktrynie wyrażono w związku z tym pogląd, że przyczyny wyłączenia sędziego wymienione w art. 48 i 49 k.p.c. nie mają zastosowania do wyłączenia arbitra[47]. Część doktryny stoi na stanowisku, że można je jednak stosować pomocniczo[48]. A. Zieliński idzie nawet dalej

[41] M.P. Wójcik, *Komentarz aktualizowany do art. 48 Kodeksu postępowania cywilnego*, LEX, nr 2.

[42] B. Bladowski, *Wyłączenie sędziego. Metodyka pracy sędziego cywilisty*, LEX 2013, pkt 9.

[43] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 7 lutego 2014 r., I Acz 130/14. Tak samo wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 30 grudnia 2013 r.

[44] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 29 sierpnia 2012 r., III AUz 95/12. Tak samo T. Żyznowski, *Komentarz do art. 49 Kodeksu postępowania cywilnego*, LEX, nb. 3.

[45] B. Bladowski, *op.cit.*, pkt 9.

[46] Wyrok Sądu Najwyższego z 24 września 1999 r., I CKN 141/98.

[47] M.P. Wójcik, *Komentarz aktualizowany do art. 1174 KPC*, LEX, nb. 3. Tak samo J. Ciszewski, P. Grzegorczyk, K. Weitz, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy). Komentarz do art. 1174 KPC*, Legalis, nb. 5.

[48] A. Jakubecki, *Komentarz do art. 1174 Kodeksu postępowania cywilnego*, LEX, nb. 4.

i stwierdza, że przesłanka braku bezstronności stanowiąca uzasadnienie dla wyłączenia arbitra jest analogiczna jak w przepisie art. 49 k.p.c.[49].

Zgodnie z treścią art. 1174 § 2 k.p.c. arbiter może być wyłączony tylko wtedy, gdy zachodzą okoliczności, które budzą uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności lub niezależności, a także wtedy, gdy nie ma kwalifikacji określonych w umowie stron. Wyłączenia arbitra, którego strona sama powołała lub w powołaniu którego uczestniczyła, może ona żądać tylko z przyczyn, o których się dowiedziała po jego powołaniu.

Wskazany powyżej przepis nakłada na arbitra obowiązek poinformowania stron o wszelkich okolicznościach, które mogłyby wzbudzić wątpliwości co do jego bezstronności lub niezależności. Chodzi przede wszystkim o okoliczności natury zawodowej, finansowej, osobistej. Obowiązek ten spoczywa na arbitrze w trakcie całego postępowania polubownego.

Arbiter nie może reprezentować interesów którejś ze stron postępowania, a tym bardziej wykonywać jej poleceń lub stosować się do jej wskazówek. Arbiter jest zobowiązany do obiektywnego korzystania ze swojej wiedzy i bezstronnej analizy okoliczności rozpoznawanej sprawy. Treść art. 1174 k.p.c. stanowi właśnie gwarancję bezstronności arbitra[50].

W uzasadnieniu do wyroku z 24 września 1999 r. (I CKN 141/98) Sąd Najwyższy uznał, iż instytucja wyłączenia sędziego przewidziana jest przez kodeks postępowania cywilnego zarówno w postępowaniu przed sądem państwowym, jak i w postępowaniu przed sądem polubownym. Zdaniem Sądu Najwyższego zachodzą jednak różnice w unormowaniu tej instytucji przez kodeks dla obydwu rodzajów postępowania. Zasadnicza różnica polega na tym, że w postępowaniu przed sądem polubownym kodeks nie przewiduje wyłączenia arbitra lub superarbitra z mocy prawa, jak to ma miejsce w postępowaniu przed sądem państwowym w odniesieniu do sędziego (art. 48 k.p.c.). W postępowaniu polubownym wyłączenie arbitra zawsze następuje na wniosek[51]. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że z tej różnicy wynikają doniosłe konsekwencje, jeśli chodzi o skutki naruszenia przepisów o wyłączeniu sędziego w postępowaniu przed sądem polubownym. W postępowaniu przed sądem państwowym udział sędziego wyłączonego z mocy ustawy staje się przyczyną nieważności postępowania i stwarza podstawę do uchylenia wyroku przez sąd apelacyjny, a także przez Sąd Najwyższy, przy czym przyczynę tę oba sądy biorą z urzędu pod rozwagę. Poza tym w przypadku zakończenia postępowania prawomocnym wyrokiem udział sędziego wyłączonego z mocy ustawy stanowi podstawę skargi o wznowienie postępowania, jeżeli strona przed uprawomocnieniem się wyroku nie mogła domagać się wyłączenia. W postępowaniu przed sądem państwowym choćby strona wiedziała o przyczynie uzasadniającej wyłączenie sędziego z mocy ustawy i pomimo tej świadomości wyłączenia nie zażądała, postępowanie dotknięte jest nieważnością i sąd apelacyjny oraz Sąd Najwyższy z urzędu fakt ten biorą pod rozwagę. Takiej bezwzględnej nieważności kodeks postępowania cywilnego nie ustanawia w postępowaniu przed sądem polubownym. Sąd Najwyższy uznał, że wyjątkowo jedynie podstawę uchylenia wyroku sądu polubownego mógłby stanowić udział w składzie sądu polubownego arbitra lub superarbitra, na którego prawa i obowiązki oddziaływałby wynik sprawy[52].

Sąd Najwyższy w jednym z późniejszych orzeczeń stanął na stanowisku, że przepisy art. 48 k.p.c. i art. 413 k.p.c. określają w sposób wyczerpujący sytuacje, gdy sędzia jest wyłączony z mocy ustawy od orzekania w sprawie. Przepisy te mają gwarancyjny charak-

[49] A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Komentarz do art. 1174 KPC*, 2014, Legalis, nb. 4.

[50] W arbitrażu międzynarodowym najważniejszym źródłem określającym standardy bezstronności i niezależności arbitrów są *Wytyczne International Bar Association dotyczące konfliktu interesów w międzynarodowym arbitrażu*, zatwierdzone przez Radę Międzynarodowego Stowarzyszenia Prawników w 2004 r.

[51] Tak samo T. Ereciński, *op.cit.*, s. 5; a także R. Morek, *Mediacja i arbitraż (art. 183^1–183^{15}, 1154––1217 KPC)*, Krótkie Komentarze Becka, C.H. Beck, 2006, s. 189.

[52] Tak samo T. Ereciński, *op.cit.*, s. 5.

ter. Służą one realizacji wyrażonej w art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zasady sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez niezależny i bezstronny sąd[53]. Przepisy te nie podlegają interpretacji rozszerzającej. Charakterystyczne jest, że takiej samej rangi nie nadano postanowieniom art. 49 k.p.c.

Okolicznością potwierdzającą fakt, że wyłączenie arbitra ma inny charakter niż wyłączenie sędziego w postępowaniu przed sądem powszechnym, jest treść art. 1176 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem wniesienie wniosku o wyłączenie arbitra nie ma wpływu na bieg postępowania przed tym sądem. Wniesienie tego wniosku nie pozbawia więc arbitra prawa uczestniczenia w czynnościach postępowania polubownego i nie ma on obowiązku wstrzymania się od udziału w sprawie, jak w przypadku art. 51 k.p.c. dotyczącego wyłączenia sędziego. Postępowanie przed sądem polubownym toczy się nadal z udziałem tego arbitra, co oznacza, że może również zakończyć się wyrokiem przed wyłączeniem arbitra, a zatem z jego udziałem[54]. Tym bardziej trudno uznać, że konsekwencje wydania wyroku przez arbitra w okolicznościach wskazanych w art. 48 k.p.c. oraz w okolicznościach objętych treścią art. 49 k.p.c. powinny być takie same, tj. że w obu przypadkach dochodzi do naruszenia klauzuli porządku publicznego, a w konsekwencji w obu sytuacjach istnieją przesłanki do uchylenia wyroku sądu polubownego.

Z orzecznictwa jednoznacznie wynika, że przepisem o charakterze gwarancyjnym (emanacją art. 45 Konstytucji) jest art. 48 k.p.c. Oznacza to, że w przypadku, gdy w wydaniu wyroku sądu polubownego uczestniczył arbiter, co do którego zachodziły okoliczności wskazane w art. 49 k.p.c., wyrok ten nie może zostać uznany za naruszający klauzulę porządku publicznego, a w konsekwencji nie może zostać uchylony. Postanowieniom art. 49 k.p.c. nie można przypisać rangi zasady porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej.

Podstawą do uchylenia wyroku sądu polubownego nie byłaby nawet okoliczność, że po wydaniu wyroku sądu polubownego strona dowiedziała się, iż w wydaniu przedmiotowego wyroku brał udział arbiter, co do którego zachodziły okoliczności, które budziły uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności.

W powyższym przedmiocie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 24 września 1999 r. (I CKN 141/98). Sąd ten stwierdził, iż w postępowaniu przed sądem polubownym wyłączenie arbitra lub superarbitra z tych przyczyn, które uzasadniają wyłączenie sędziego, może nastąpić tylko na wniosek strony. W uzasadnieniu do tego wyroku Sąd Najwyższy stwierdził: „Jeżeli strona nie zażądała wyłączenia arbitra lub superarbitra, to nie ma podstawy prawnej do zwalczania wyroku sądu polubownego. Wyjątkowo jedynie podstawę uchylenia tego wyroku mógłby stanowić udział w składzie sądu polubownego arbitra lub superarbitra, na którego prawa i obowiązki oddziaływałby wynik sprawy. Naruszenie bowiem zasady *nemo in re sua iudex* niewątpliwie uchybiałoby praworządności w rozumieniu art. 712 § 1 pkt 4 k.p.c."[55].

Przepis art. 1206 k.p.c. jest wyjątkiem od reguły stanowiącej, iż wyroku sądu polubownego uchylić nie można, i jako taki, przepis ten nie może być interpretowany rozszerzająco[56]. Okoliczność, że przepis ten nie może być interpretowany rozszerzająco, powinna być przesłanką do odmowy uchylenia wyroku sądu polubownego w przypadku wystąpienia innych okoliczności niż wskazane w art. 48 k.p.c.

Ewentualne stwierdzenie przez stronę, że w postępowaniu arbitrażowym brał udział arbiter, co do którego zachodziły okoliczności, które budziły lub mogły budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności, powinno skutkować podniesieniem względem tego arbitra roszczenia o naprawienie szkody na zasadach ogólnych. W doktrynie nie ma

[53] Postanowienie Sądu Najwyższego z 2 sierpnia 2011 r., II UO 2/11.

[54] Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 18 października 2012 r., I Acz 1703/12.

[55] Tak samo T. Ereciński, *op.cit.*, s. 5.

[56] M. Bieniak, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 24 września 1999 r.*, I CKN 141/98, „Monitor Prawniczy" 2001, nr 21.

wątpliwości co do tego, że arbitra ze stronami łączy stosunek zobowiązaniowy. Kwestia istnienia i charakteru umowy stron z arbitrem przejawia się między innymi w dochodzeniu odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania wynikających z tej umowy obowiązków[57].

Z punktu widzenia ryzyka poniesienia odpowiedzialności z tytułu nieujawnienia przez arbitra okoliczności, które mogłyby budzić uzasadniane wątpliwości co do jego bezstronności, zasadne wydaje się uwzględnienie *Wytycznych International Bar Association dotyczących konfliktu interesów w międzynarodowym arbitrażu*. Wytyczne te zostały zatwierdzone przez Radę Międzynarodowego Stowarzyszenia Prawników w 2004 roku.

Przedmiotowe wytyczne dzielą na trzy kategorie sytuacje, w jakich może zaistnieć wątpliwość co do zachowania przez arbitra bezstronności. Każda z kategorii została ujęta w oddzielnej liście. Lista czerwona wskazuje sytuacje, w których zachodzą oczywiste wątpliwości co do zachowania przez arbitra bezstronności ze względu na wyraźny konflikt interesów. Lista pomarańczowa opisuje sytuacje, w których arbiter ma obowiązek ujawnienia danych okoliczności stronom ze względu na fakt, że strony postępowania mogą powziąć uzasadnione wątpliwości co do zachowania bezstronności przez arbitra. Wreszcie lista zielona wskazuje sytuacje, w których mimo związku arbitra ze stroną postępowania brak jest z obiektywnego punktu widzenia możliwości podjęcia przez stronę uzasadnionych wątpliwości co do zachowania przez arbitra bezstronności. W dużym uproszczeniu można uznać, że lista czerwona wskazuje sytuacje objęte dyspozycją art. 48 k.p.c., natomiast lista zielona – art. 49 k.p.c.

Zasadne wydaje się twierdzenie, że w przypadku naruszenia przez arbitra wytycznych IBA objętych listą czerwoną naraża się on na ryzyko poniesienia odpowiedzialności odszkodowawczej względem jednej ze stron postępowania.

Okoliczność, że to art. 48 k.p.c. zawiera postanowienia, które można zakwalifikować jako przepisy rangi zasady porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, potwierdzają konsekwencje naruszenia postanowień tego przepisu. Konsekwencją wydania wyroku przez sędziego wyłączonego z mocy ustawy jest nieważność postępowania. Taka konsekwencja nie została przewidziana w przypadku wydania wyroku przez sędziego, co do którego zachodzą okoliczności tego rodzaju, że mogłyby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego w danej sprawie. Dodatkowo w przypadku wyłączenia sędziego na podstawie art. 48 k.p.c. postanowienie sądu ma charakter deklaratoryjny, natomiast postanowienie o wyłączeniu sędziego na podstawie art. 49 k.p.c. ma charakter konstytutywny[58].

7. Wyrok Sądu Najwyższego z 9 września 2010 roku

Sąd Najwyższy w wyroku z 9 września 2010 r. (I CSK 535/09) orzekł, iż zasada rozpoznania sprawy przez niezawisły, niezależny i bezstronny sąd dotyczy każdego postępowania sądowego, także przed sądami polubownymi, które traktowane są jako sądy zaufania. Niewyłączenie się ze sprawy przez arbitra wbrew obowiązującemu w sądzie polubownym regulaminowi i niewyjawienie charakteru znajomości z jedną ze stron pozbawia drugą stronę oceny, czy skład sądu jest właściwy. Brak bezstronności powoduje, że wyrok sądu polubownego jest sprzeczny z zasadami porządku publicznego.

Zacytowany wyrok został oparty na poniższych okolicznościach faktycznych sprawy.

Wyrokiem z 19 kwietnia 2006 r. Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie ustalił, iż Zdzisławowi M. przysługują prawa i obowiązki dzierżawcy nieruchomości należącej do Uzdrowiska K. spółki z ograniczona odpowiedzialnością. Skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego wniosło Uzdrowisko. Sąd pierwszej instancji od-

[57] R. Morek, *op.cit.*, s. 172.

[58] B. Bladowski, *op.cit.*, pkt 9.

dalił przedmiotową skargę, uznając między innymi, że zarzut braku bezstronności arbitrów został podniesiony dopiero w postępowaniu ze skargi, a zatem jako spóźniony nie mógł być skuteczną podstawą zaskarżenia. Dodatkowo sąd pierwszej instancji stanął na stanowisku, że zarzut ten i tak nie zasługiwał na podzielenie. Sąd drugiej instancji zmienił wyrok Sądu Okręgowego w ten sposób, że uchylił wyrok sądu polubownego w całości.

Z przedstawionych w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego okoliczności faktycznych wynika, że Uzdrowisko w toku postępowania przed sądem polubownym nie znało okoliczności wynikających z zeznań świadka Wojciecha T. (arbitra w postępowaniu polubownym prowadzonym między stronami). Z zeznań tych wynikało, że znał on Zdzisława M. nie tylko z racji reprezentowania go w innych procesach, gdyż obaj byli związani ze środowiskiem lewicy. Wojciech T. utrzymywał, że nie miał ze Zdzisławem M. kontaktów towarzyskich, nie wchodziła w grę żadna poufność, obsługiwał spółkę „C", której prezesem był Zdzisław M. Wojciech T. nie wykluczył, że był u Zdzisława M., poznał jego żonę, spotykali się na „jajeczku" i „śledziku" w obecności kilkuset osób, robił coś dla spółki „I", ale nie pamiętał szczegółów. Wojciech T. nie dostrzegł potrzeby ujawnienia tych aspektów znajomości stronom postępowania polubownego, bo wydawało mu się, że nie ma to związku z samodzielnym rozstrzygnięciem sprawy. Uzdrowisko dowiedziało się o tych okolicznościach dopiero w toku postępowania przed sądem pierwszej instancji, a zatem na etapie postępowania polubownego nie mogło ocenić, czy okoliczności te mogłyby wywołać wątpliwości co do bezstronności tego arbitra w kontekście przesłanek przewidzianych w art. 703 k.p.c., skoro wskazywały na naruszenie § 12 ust. 3, § 16 ust. 1 zd. 2 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej oraz art. 2 kodeksu etyki arbitra tego sądu.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu prawnym stwierdził, że do rozpoznania tej sprawy zastosowanie miały przepisy ustawy z 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, stosownie do art. 2, skoro skarga została wniesiona po dniu wejścia w życie tej ustawy. W związku z tym do oceny okoliczności stanowiących podstawę skargi, które nastąpiły wcześniej, w odniesieniu do ich spełnienia się należy jednak brać pod uwagę przepisy dotychczas obowiązujące.

Zdaniem Sądu Najwyższego określone w statucie Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej oraz w zasadach etyki arbitra tego sądu wymagania stawiane osobom pełniącym funkcje arbitra łączyć należy z uprawnieniem uczestnika postępowania do uzyskania wiedzy o wszelkich ewentualnych jego powiązaniach z podmiotami występującymi w postępowaniu. To ocenie uczestnika postępowania podlegają te okoliczności, jak i podłoże decyzji o wyborze arbitra lub żądania wyłączenia go. Własna ocena arbitra nie ma znaczenia, skoro istota rzetelności postępowania jest związana z zewnętrznym, dokonywanym przez inne podmioty, osądem. Zdaniem Sądu Najwyższego w rozpoznawanej przez niego sprawie doszło do naruszenia przekonania uczestnika postępowania o niezależności sądu, któremu powierzono rozstrzygnięcie sporu, i zaufania, że o jego wyniku decydować będą jedynie przedstawiane, obiektywnie oceniane, racje i przepisy prawa. Do podstawowych zasad porządku prawnego należy także przewidziane w art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej prawo do sądu, którego elementem jest uprawnienie strony do rozpoznania jej sprawy przez niezależny sąd w ramach rzetelnie prowadzonego postępowania. Zdaniem Sądu Najwyższego wyrok sądu polubownego wydany został z naruszeniem tej podstawowej zasady porządku prawnego, która dotyczy każdego postępowania sądowego, również arbitrażowego.

W świetle wskazanej we wcześniejszej części niniejszej pracy argumentacji należy uznać, że wyrok ten w stanie prawnym obowiązującym w obecnej chwili nie może być podstawą orzekania w przedmiocie uchylenia wyroku sądu polubownego w zakresie bezstronności arbitra.

Po pierwsze według nieobowiązujących już przepisów (które stanowiły podstawę prawną przedmiotowego orzeczenia) strona mogła żądać wyłączenia arbitra „z tych samych przyczyn, które uzasadniają wyłączenie sędziego". Ustawodawca zrezygnował z rozwią-

zania przyjętego w dawnym art. 703 § 1 k.p.c. W chwili obecnej „arbitra można wyłączyć tylko wtedy, gdy zachodzą okoliczności, które budzą uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności lub niezależności, a także wtedy, gdy nie ma kwalifikacji określonych w umowie stron". W konsekwencji przyjmuje się, że art. 48 i 49 k.p.c. nie znajdują zastosowania do postępowania polubownego i przepisy te mogą być stosowane jedynie pomocniczo.

Po drugie klauzula porządku publicznego odnosi się jedynie do norm bezwzględnie wiążących, i to takich, którym przypisuje się podstawowe znaczenie. Podstawą zastosowania klauzuli porządku publicznego nie mogą być normy względnie wiążące ani takie, które określony skutek prawny uzależniają wyłącznie od podniesienia przez strony odpowiedniego zarzutu lub występowania z odpowiednim wnioskiem (żądaniem). Na tle obowiązującej treści art. 1174 k.p.c. nie może być wątpliwości, że wyłączenie arbitra możliwe jest tylko i wyłącznie na żądanie strony.

Po trzecie postępowanie polubowne nie jest postępowaniem sądowym. Sądy polubowne nie sprawują wymiaru sprawiedliwości ani nie stosuje się do nich art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Po czwarte ewentualne zastosowanie klauzuli porządku publicznego uzasadniałoby jedynie wydanie wyroku przez sędziego, w stosunku do którego zaszła którakolwiek z okoliczności opisanych w art. 48 k.p.c., gdyż to ten artykuł stanowi emanację prawa strony do rozpoznania sprawy przez bezstronny sąd. Wydanie wyroku przez sędziego, co do którego mogą zachodzić okoliczności budzące uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności (nawet w sytuacji gdy strona o przedmiotowych okolicznościach dowiedziała się już po zakończeniu postępowania polubownego), mogłoby ewentualnie stanowić podstawę do podnoszenia względem tego arbitra roszczeń odszkodowawczych.

8. Podsumowanie

Uważam, że w świetle przedstawionej w niniejszej pracy argumentacji sąd powszechny jest upoważniony do uchylenia wyroku sądu polubownego ze względu na naruszenie przez wyrok sądu polubownego klauzuli porządku publicznego tylko w przypadku, gdy ziściła się którakolwiek z przesłanek wskazanych w art. 48 k.p.c. W pozostałym zakresie, to jest w sytuacjach niemieszczących się w ramach wskazanych w tym przepisie okoliczności, sąd powszechny powinien oddalić skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego.

Odmowa oddalenia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego w okolicznościach wykraczających poza sytuacje wymienione w art. 48 k.p.c. stanowiłaby nadużycie stosowania klauzuli porządku publicznego i nieuzasadnioną ingerencję sądu powszechnego w orzecznictwo sądu polubownego.

Konkludując, stoję na stanowisku, że nie każde wydanie wyroku sądu polubownego z udziałem arbitra, względem którego zachodzą lub zachodziły okoliczności budzące uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności, może stanowić podstawę do uchylenia wyroku sądu polubownego. Jedynie wystąpienie okoliczności wskazanych w art. 48 k.p.c. uzasadniałoby uchylenie wyroku sądu polubownego ze względu na naruszenie klauzuli porządku publicznego.

Zakres związania sądów arbitrażowych prawem Unii Europejskiej w świetle podstaw do uchylenia wyroku sądu arbitrażowego bądź odmowy uznania lub stwierdzenia jego wykonalności

Mateusz Irmiński*

1. Wprowadzenie

Temat artykułu wiąże się z zagadnieniem prawa właściwego dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd arbitrażowy[1]. Sama w sobie problematyka z tym związana była przedmiotem stosunkowo licznych wypowiedzi doktryny, zarówno zagranicznej – jak i – w odpowiednim zakresie także doktryny polskiej. Wydaje się jednak, że na głębszą refleksję zasługuje kwestia związania sądów arbitrażowych prawem Unii Europejskiej przy wyborze podstawy merytorycznej orzeczenia arbitrażowego. Wartościowa zarówno z teoretycznego, jak i praktycznego punktu widzenia wydaje się analiza podstaw uchylenia bądź odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku arbitrażowego.

W ramach wprowadzenia trzeba przypomnieć, że zgodnie z art. 1194 § 1 k.p.c. prawem materialnym, na podstawie którego orzeka sąd arbitrażowy, jest prawo „właściwe dla danego stosunku", jednak sąd arbitrażowy może rozstrzygać spór w razie wyraźnego upoważnienia stron na podstawie ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności (w ramach *amiable composition* lub orzekania *ex aequo et bono*). Niezależnie od prawa właściwego sąd arbitrażowy zgodnie z art. 1194 § 2 k.p.c. bierze pod uwagę postanowienia umowy i ustalone zwyczaje.

Odwołanie tak do prawa właściwego, jak i do ogólnych zasad prawa rodzi pytanie o zakres materialny prawa właściwego lub zasad prawa. Istotne jest, czy w zakres materialny prawa właściwego wchodzą normy prawa Unii Europejskiej, a jeśli tak, to które

* Doktor nauk prawnych, adwokat, „Sołtysiński, Kawecki & Szlęzak" w Warszawie. Poglądy wyrażone w artykule nie stanowią opinii SK&S i wyrażają osobiste stanowisko autora.

[1] W artykule używane będzie pojęcie „sąd arbitrażowy", a nie „polubowny", jako jedno z dwóch równoprawnych określeń używanych przez kodeks postępowania cywilnego – zob. tytuł części piątej k.p.c.; por. także A. Szumański, *Pojęcie, rodzaje i charakter prawny arbitrażu handlowego*, w: S. Włodyka (red.), *System prawa handlowego. Tom 8. Arbitraż handlowy*, A. Szumański (red.), Warszawa 2010, s. 12.

z nich[2]. Kwestia ta związana jest z następującymi pytaniami: czy wybór jako prawa właściwego w rozumieniu art. 1194 § 1 k.p.c. prawa państwa członkowskiego UE innego niż prawo *loci arbitri* bądź prawa państwa trzeciego (spoza UE) oznacza, że sąd arbitrażowy zobowiązany jest zawsze stosować m.in. odpowiednie normy prawa UE? Jeśli tak, to czy zasada ta rozciąga się jedynie na sądy arbitrażowe, których orzeczenia uznawane są za wydane na terytorium państw członkowskich UE czy też także na sądy arbitrażowe, których orzeczenia uznawane są za wydane na terytorium państw niebędących członkami UE. Pojawia się także pytanie, czy w razie wyboru jako prawa właściwego w rozumieniu art. 1194 § 1 k.p.c. prawa państwa UE w zakres prawa materialnego tak wybranego prawa wchodzi również automatycznie prawo UE i jaka jest granica autonomii woli stron umowy o arbitraż przy wyłączeniu zastosowania prawa UE przy określeniu podstawy merytorycznej orzekania. Kwestie te same w sobie są istotne z teoretycznego punktu widzenia, albowiem kwestia zgodności wyroku arbitrażowego z prawem i jego skuteczności gwarantowanej przymusem państwowym pojawia się dopiero na etapie uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczenia arbitrażowego. Kwestia ta wchodzi w rachubę również w przypadku, gdy jedna ze stron sporu przed sądem arbitrażowym żąda uchylenia wyroku przez sąd państwowy.

Uznanie i stwierdzenie wykonalności bądź też uchylenie wyroku arbitrażowego w państwach innych niż Polska nie będą analizowane w tym artykule, gdyż ramy publikacji uniemożliwiają przedstawienie choćby węzłowych zagadnień z tym związanych. Artykuł nie dotyczy także uznawania lub stwierdzenia wykonalności bądź uchylenia orzeczenia arbitrażowego w państwach członkowskich UE innych niż Polska, z tym jednak zastrzeżeniem, że zasady stosowania prawa UE, w tym dotyczące orzeczeń arbitrażowych, wywodzące się z prawa UE powinny mieć odpowiednie zastosowanie we wszystkich państwach członkowskich. Wreszcie trzeba określić, że zagadnienia analizowane w artykule dotyczą jedynie arbitrażu handlowego.

Przy tak zawężonym zakresie przedmiotowym zagadnienia można je sformułować jako pytanie: czy jeżeli sąd arbitrażowy pominie lub błędnie zastosuje normy prawa UE – czy może to stanowić podstawę ingerencji polskiego sądu powszechnego w skuteczność orzeczenia arbitrażowego w postępowaniu postarbitrażowym[3], a jeżeli tak, to czy w takim przypadku tego rodzaju ingerencja skutkująca odmową uznania lub stwierdzenia wykonalności bądź uchyleniem orzeczenia arbitrażowego może nastąpić z urzędu czy jedynie na zarzut strony?

W artykule tym zostanie więc poddane analizie zagadnienie zakresu związania sądu arbitrażowego prawem materialnym Unii Europejskiej, przy czym analiza prowadzona będzie z perspektywy dwóch głównych środków prawnych w ramach postępowania postarbitrażowego w Polsce – tj. postępowania o uchylenie wyroku sądu polubownego oraz postępowania o uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku sądu polubownego[4]. Rozważania nad obowiązkami sądów arbitrażowych można bowiem prowadzić z perspektywy wewnętrznej – arbitrażowej, opartej na *receptum arbitrii* i teorii arbitrażu, jak również z perspektywy zewnętrznej – statusu arbitrażu, a w szczególności statusu wyroku arbitrażowego w porządku prawnym. Wydaje się, że w literaturze przedmiotu przeważa perspektywa wewnętrzna (perspektywa arbitra)[5] . Jednak to ta ostatnia perspektywa (perspektywa zewnętrzna – tj. perspektywa sądu państwowego) zdaje się wykazywać więcej

[2] Pojęcie „prawo Unii Europejskiej" zdefiniować można jedynie formalnie, poprzez wskazanie źródeł tego prawa, gdyż na gruncie prawa materialnego prawem UE *sensu largo* jest także prawo krajowe wykonujące prawo UE (zob. 291 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/2).

[3] Co do pojęcia „postępowanie postarbitrażowe" patrz: M. Łaszczuk, J. Szpara, *Postępowania postarbitrażowe*, w: A. Szumański (red.), *op.cit.*, s. 559 i n.

[4] Poza zakresem artykułu pozostają inne środki prawne, których przedmiotem jest orzeczenie arbitrażowe lub ugoda zawarta przed sądem arbitrażowym – por. *ibidem*, s. 567, przyp. 4.

[5] Np. P. Nowaczyk i in., *Arbitraż a prawo konkurencji – wybrane zagadnienia teoretyczne i praktyczne*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2013, nr 5(2), s. 83.

doniosłości praktycznej. Uwzględnia ona w wyższym stopniu prawo powszechnie obowiązujące odnoszące się do zagadnienia stwierdzenia wykonalności lub przesłanek ewentualnego uchylenia wyroku arbitrażowego. Uwzględnienie skutków wyroku arbitrażowego i ich ewentualnych ograniczeń spowodowanych interwencją sądów państwowych jest niewątpliwym walorem tej perspektywy badawczej i z tego powodu w artykule tym ten punkt odniesienia został przyjęty jako punkt wyjścia do rozważań nad obowiązkami arbitrów.

2. Prawo właściwe dla merytorycznego rozstrzygnięcia w arbitrażu

Charakterystyczną cechą przypisywaną arbitrażowi jest brak *forum* w rozumieniu prawa prywatnego międzynarodowego[6]. W konsekwencji arbitrzy nie stosują norm kolizyjnych wynikających z *legis fori* i nie mogą ustalić prawa właściwego dla merytorycznego rozstrzygnięcia sporu poprzez odwołanie się do prawa merytorycznego wskazanego jako właściwe przy zastosowaniu reguł kolizyjnych, które stosują sądy państwowe. Wynika to z braku *forum* rozumianego jako miejsce orzekania sądu, powiązanego z siedzibą sądu i z określonym systemem prawnym, który nadaje decyzjom tego sądu przymiot autorytatywnych, ale również z tego, że wybór prawa co do zasady wskazuje jedynie normy merytoryczne państwa, którego prawo zostało przez strony wybrane, z wyłączeniem norm kolizyjnych. Innymi słowy wybór prawa jest co do zasady tożsamy z wyborem prawa merytorycznego, z wyłączeniem norm kolizyjnych obowiązujących w państwie, którego prawo merytoryczne zostało wybrane.

Brak *forum* w postępowaniu arbitrażowym w rozumieniu przyjętym na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego przyczynił się do rozpowszechnienia teorii, zgodnie z którą prawem właściwym dla merytorycznego rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu arbitrażowym powinno być co do zasady prawo wybrane przez strony. Takie rozwiązanie zostało przyjęte w art. 28 ust. 1 prawa modelowego UNCITRAL z 1985 r.[7], jak również w art. 1194 k.p.c.[8]. W art. 1194 k.p.c. mowa jest o „prawie właściwym dla danego stosunku", co oznacza, że sąd arbitrażowy może rozstrzygnąć spór zgodnie z prawem wybranym przez strony[9], gdyż w sprawach, które mogą być przedmiotem orzeczenia arbitrażowego, wybór prawa jest z natury zawsze dopuszczalny. Autonomia woli stron jest bowiem jednym z aspektów dobrowolności samego arbitrażu i prawa do zawarcia zapisu na sąd polubowny. Zasada autonomii woli stron leży także u podstaw samego międzynarodowego prawa handlowego i znajduje zastosowanie również do międzynarodowego arbitrażu handlowego[10].

Oprócz prawa wybranego przez strony jako prawo właściwe dla *meritum* sporu rozstrzygnięcie arbitrażu co do istoty może podlegać prawu właściwemu dla danego stosunku ustalonemu przez samych arbitrów. W doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego i arbitrażowego wysuwa się różne wnioski co do uprawnienia arbitrów do stosowania krajowych lub międzynarodowych norm kolizyjnych w celu ustalenia prawa właściwego. Odsyłając w tym miejscu do literatury i orzecznictwa, można stwierdzić, że na ogół uważa się, iż arbitrzy nie są związani prawem materialnym, co oznacza, że mogą wybrać normę prawną takiego systemu prawnego, który wykazuje związek ze sprawą[11]. Ściśle

[6] Zob. T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy,* Warszawa 2008, s. 322.

[7] *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 1985, z uwzględnieniem zmian przyjętych w 2006 r.

[8] Zob. także § 8 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej.

[9] Por. art. 4 ustawy z 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 2011 r. Nr 80, poz. 432).

[10] Zob. też J. Poczobut, *Zagadnienia kolizyjnoprawne w międzynarodowym arbitrażu handlowym*, w: A. Szumański (red.), *op.cit.*, s. 180.

[11] Tak m.in. M. Pilich, *Prawo właściwe dla meritum sporu zawisłego przed sądem arbitrażowym w braku wyboru prawa*, w: J. Gudowski, K. Weitz, *Aurea praxis. Aurea theoria. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, Warszawa 2011, s. 1786. Zob. także orzeczenie SN z 8 lutego 1937 r., III C 1254/35, Zb.Orz. 1938, nr 1, poz. 44 oraz wyrok SN z 3 września 2009 r., I CSK 53/09, Biul.SN 2009, nr 12, s. 9.

rzecz biorąc, arbitrzy nie są związani określoną normą kolizyjną w tym znaczeniu, w jakim obowiązek stosowania norm kolizyjnych jako części prawa powszechnie obowiązującego spoczywa na sądach państwowych. Przykładowo w prawie polskim obowiązek stosowania norm prawa *forum* nakłada na sędziów sądów powszechnych już stosowana bezpośrednio Konstytucja RP[12]. Natomiast analogiczna zasada nie obowiązuje w tym kształcie w stosunku do arbitrów; poza ewentualnymi obowiązkami nakładanymi na arbitrów przez strony umowy z arbitrem (*receptum arbitrii*), a także poza obowiązkami wynikającymi z umowy o arbitraż, przepisy k.p.c. nie określają obowiązków arbitrów co do stosowania określonego prawa merytorycznego do rozstrzygnięcia sporu poddanego pod arbitraż. Przepisy k.p.c. nie określają tego rodzaju obowiązków, natomiast przewidują podstawowe kwalifikacje arbitra powoływanego w trybie zastępczym przez sąd państwowy[13]; do kwalifikacji tych k.p.c. zalicza w art. 1173 § 1 niezależność oraz bezstronność, jak również te kwalifikacje, które wynikają z porozumienia stron. Natomiast skoro arbitrami mogą być osoby fizyczne z pełną zdolnością do czynności prawnych niezależnie od obywatelstwa[14], to tym bardziej arbitrzy nie są funkcjonariuszami publicznymi, nie sprawują wymiaru sprawiedliwości i są związani przepisami prawa powszechnie obowiązującego jedynie w takim samym sensie, w jakim obowiązani do przestrzegania prawa powszechnie obowiązującego są wszystkie osoby, do których przepisy tego prawa się odnoszą.

Niezależnie od tego, czy przyjmuje się koncepcję tzw. metody pośredniej ustalenia przez arbitrów prawa właściwego do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy wniesionej przed sąd polubowny (*voie indirecte*) czy też metody bezpośredniej (*voie directe*)[15], uznaje się, że arbitrzy mogą wybrać prawo właściwe do rozstrzygnięcia sporu i mają w tym zakresie dużą swobodę, a wręcz dyskrecjonalność, gdyż – znów przyjmując perspektywę „zewnętrzną" – nie są w prawie polskim przewidziane żadne skuteczne instrumenty prawne, które pozwalałyby sądowi powszechnemu na weryfikację prawidłowości dokonanego wyboru prawa materialnego[16]. Dość wspomnieć, że art. 1206 k.p.c., nie wspominając już o art. 1215 k.p.c. o znacznie węższym zastosowaniu, nie przewiduje możliwości wzruszenia wyroku sądu arbitrażowego wydanego na podstawie nieprawidłowo wybranych, a wręcz nieprawidłowo zastosowanych przepisów merytorycznych. Pośrednio podstawę do wzruszenia wyroku arbitrażowego – w świetle art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c. – bądź do odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności tego wyroku – w świetle art. 1214 § 2 pkt 2 k.p.c. oraz art. V ust. 2 lit. b Konwencji nowojorskiej – może stanowić tylko taki wybór prawa właściwego dla *meritum* sporu, którego wynik prowadzi do kwalifikowanego naruszenia podstawowych zasad polskiego porządku prawnego[17]. Innymi słowy jeżeli orzeczenie arbitrażowe zostało wydane w oparciu o błędnie wybrane lub wprawdzie prawidłowo wybrane, lecz błędnie zastosowane, prawo merytoryczne, to w ramach skargi o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego lub zarzutu braku przesłanek uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku sądu arbitrażowego nie ma możliwości wzruszenia skutków takiego wyroku lub odmowy jego uznania bądź stwierdzenia wykonalności. Jedynym wyjątkiem od tej zasady jest kwalifikowane naruszenie podstawowych zasad porządku prawnego przez wyrok arbitrażowy.

W tym kontekście warto uwypuklić fakt, iż wybór prawa merytorycznego – niezależnie od tego, czy dokonany wolą stron czy przez arbitrów – ograniczony jest na dwa sposoby:

[12] Zob. art. 178 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483).

[13] Art. 1173 § 1 k.p.c.

[14] Zob. art. 1170 § 1 k.p.c. oraz art. 1173 § 2 *in fine* k.p.c.

[15] Zob. J. Poczobut, *op.cit.*, s. 192–196.

[16] Por. wyrok SN z 8 grudnia 2006 r., V CSK 321/06.

[17] M. Pilich, *op.cit.*, s. 1796 oraz wyrok SN sygn. I CSK 53/09, *iud.cit.*, w którym Sąd Najwyższy wyraźnie stwierdził: „[n]aruszenie przez sąd polubowny prawa materialnego właściwego dla rozstrzyganego stosunku – którego przestrzeganie, co do zasady, nakazuje art. 1194 § 1 k.p.c. – uzasadnia uchylenie wyroku tego sądu jedynie wtedy, gdy łączy się z pogwałceniem podstawowych zasad porządku prawnego (art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c.)"; por. także M. Łaszczuk, J. Szpara, *op.cit.*, s. 607 i n.

normami wymuszającymi swoje zastosowanie oraz podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Nie analizując szczegółowo tych pojęć, które były przedmiotem bardzo licznych opracowań zarówno w literaturze polskiej, jak i obcojęzycznej, wypada zaznaczyć, że prawo Unii Europejskiej, a przynajmniej niektóre jego normy, postrzegane są zarówno jako przepisy wymuszające swoje zastosowanie, jak i jako element klauzuli porządku publicznego[18]. Niewątpliwie również pojęcia te znaczą co innego. Klauzula porządku publicznego stanowi przesłankę do uchylenia wyroku arbitrażowego lub do odmowy jego uznania lub stwierdzenia wykonalności. Natomiast to, czy określona zasada wymusza swoje zastosowanie czy też może być pominięta w razie wyboru prawa lub wskazania prawa właściwego przez odpowiednie normy kolizyjne, nie ma bezpośredniego związku z przesłankami wzruszenia wyroku arbitrażowego lub pozbawienia go mocy wiążącej i wykonalności. Między przepisami wymuszającymi swoje zastosowanie a klauzulą porządku publicznego zachodzi tylko taka relacja, że wydanie orzeczenia z naruszeniem lub pominięciem norm wymuszających swoje zastosowanie może jednocześnie naruszać podstawowe zasady porządku prawnego.

Na podkreślenie zasługuje również to, że czym innym od wyboru prawa merytorycznego jest wybór prawa właściwego dla samego zapisu na sąd polubowny (umowy o arbitraż). Wybór prawa właściwego dla zapisu na sąd polubowny poddany jest również pewnym ograniczeniom ze względu na prawo UE. Jak zauważają niektórzy autorzy, „[n]ie chodzi tu przy tym *sensu stricto* o ważność wyboru prawa, lecz o intencję stron poddania lub wykluczenia ich roszczeń opartych na prawie konkurencji UE właściwości sądu arbitrażowego […]"[19]. Oczywiście rodzi się przy tym pytanie, czy cytowany pogląd można odnosić tylko do unijnego prawa konkurencji czy też do innych dziedzin prawa UE.

Jak wspomniano na wstępie, ograniczenia arbitrów w swobodzie wyboru prawa można postrzegać nie tylko z perspektywy zewnętrznej (tj. z perspektywy sądu powszechnego), lecz także z perspektywy zasad samego arbitrażu. W tym sensie można mówić o obowiązku wydawania w arbitrażu wyroków wykonalnych oraz o obowiązku przestrzegania zasad porządku publicznego[20]. Mowa tu o aspekcie arbitrażu jako o alternatywnym sposobie rozstrzygania sporów, który dla osiągnięcia swoich celów musi cechować się skutecznością przestrzegania przez strony, osoby trzecie i organy państwowe, a także ewentualnego przymusowego wykonania wyroku arbitrażowego przez państwowe organy egzekucyjne. W interesujący sposób zwrócił na to uwagę Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie *Eco Swiss*[21], aczkolwiek wydaje się, że trudno na podstawie tego orzeczenia twierdzić, iż TSUE „powierzył" arbitrom rolę „stróżów wspólnotowego porządku prawnego"[22]. Taka konkluzja musiałaby znaleźć oparcie w innej koncepcji statusu arbitrów w unijnym porządku prawnym. O ile bowiem sędziowie sądów krajowych państw członkowskich UE mogą być postrzegani jako osoby wydające orzeczenia na podstawie prawa UE, a więc sprawiedliwości w wymiarze unijnym, o tyle arbitrzy jako osoby prywatne takiego obowiązku na siebie nie przyjmują.

Analizując, które przepisy prawa UE stanowią przepisy wymuszające swoje zastosowanie i które wyznaczają zasady podstawowe porządku prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej, z pewnością należy stosować kryteria brane pod uwagę przy ocenie przepisów pochodzących z porządków prawnych państw. Jest tak dlatego, że zgodnie z prawem UE przepisy

[18] Zob. np. J. Kolber, *Zasady stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej przez sądy arbitrażowe*, „Kwartalnik ADR" 2012, nr 3(19), s. 68.

[19] *Ibidem*, s. 69.

[20] Por. A. Żabówka, *Stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji w międzynarodowym arbitrażu handlowym*, w: E. Piontek (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Warszawa 2008, s. 511–512.

[21] Wyrok TSUE z 1 czerwca 1999 r., C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd przeciwko Benetton International NV*, pkt 35: „[…] *it is in the interest of efficient arbitration proceedings that review of arbitration awards should be limited in scope and that annulment of or refusal to recognize an award should be possible only in exceptional circumstances*".

[22] A. Żabówka, *op.cit.*, s. 516.

tego porządku prawnego stanowią część krajowych porządków prawnych z każdego z państw członkowskich. Normy pochodzące z prawa UE różnią się w stosunku od norm krajowych jedynie co do trybu przyjęcia i źródła powstania. Ich moc prawna w krajowych porządkach prawnych jest różna w zależności od tego, czy przepisy te są stosowane bezpośrednio czy wymagają transpozycji do prawa krajowego. Po nabyciu skuteczności w prawie krajowym stają się one jednak częścią krajowego porządku prawnego.

Z powyższego ujęcia konsekwentnie wynika, że jeżeli prawem merytorycznym właściwym do rozstrzygnięcia sporu zawisłego przed sądem polubownym jest prawo jednego z państw członkowskich UE, to w zakres przedmiotowy tego wyboru wchodzą wszystkie normy prawa UE stosowane w tym państwie.

Niektóre przepisy prawa UE mogą jednak wymuszać swoje zastosowanie w przypadku, gdy prawem wybranym do merytorycznego rozstrzygnięcia sporu zawisłego przed sądem arbitrażowym jest prawo państwa trzeciego. Taki przypadek może mieć miejsce w sytuacji, gdy wyrok arbitrażowy został wydany na terytorium państwa członkowskiego UE mimo wyboru prawa merytorycznego prawa obcego albo w sytuacji, gdy wyrok arbitrażowy został wydany poza terytorium UE, lecz albo dotyczy stosunku prawnego między podmiotami z państw członkowskich UE, albo gdy prawem właściwym merytorycznie jest prawo jednego z państw członkowskich UE i gdy – w obu przypadkach – dochodzi do jego uznania lub stwierdzenia wykonalności na terytorium jednego z państw członkowskich.

Tym samym teoretycznie problem niezastosowania odpowiednich norm prawa UE przez sąd arbitrażowy może zaistnieć w trzech przypadkach: po pierwsze może on mieć miejsce w sytuacji, gdy prawem właściwym dla rozstrzygnięcia sporu jest prawo państwa członkowskiego, a sąd arbitrażowy pominął właściwe normy prawa UE. Przypadek ten może wystąpić w dwóch rodzajach sytuacji: gdy sąd arbitrażowy zastosował merytorycznie właściwe prawo państwa członkowskiego UE z wyłączeniem pewnych norm prawa UE z powodu błędnego zastosowania prawa bądź w sytuacji, gdy wyłączenie pewnych norm prawa UE było skutkiem umowy stron sporu poddającej *meritum* sporu prawu właściwemu zdefiniowanemu w ten sposób, że już z wyboru prawa wynika, iż strony zamierzały wyłączyć zastosowanie niektórych bezwzględnych norm prawa UE bądź też je zmodyfikować.

Po drugie omawiany problem może wystąpić w sytuacji, gdy prawem wybranym dla rozstrzygnięcia sporu jest prawo państwa trzeciego, lecz wyrok został wydany na terenie jednego z państw członkowskich UE i na terenie tego państwa dochodzi do złożenia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego, bądź gdy przed sądami tego lub innego państwa członkowskiego UE dochodzi do złożenia wniosku o uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku arbitrażowego.

Po trzecie problem ten może zaistnieć w sytuacji, gdy wyrok arbitrażowy został wprawdzie wydany w państwie trzecim, lecz gdy w sprawie znajdowały zastosowanie odpowiednie normy prawa UE jako przepisy wymuszające swoje zastosowanie w stosunku prawnym rozpoznawanym przez sąd, lub też gdy wybrane zostało przez strony jako prawo właściwe dla *meritum* sporu prawo jednego z państw członkowskich. Omawiane zagadnienie nabiera istotności wówczas, gdy przed sądami jednego z państw członkowskich jedna ze stron sporu podnosi zarzut niezgodności zapadłego w państwie trzecim orzeczenia z podstawowymi zasadami porządku prawnego tego państwa.

3. Podstawy odmowy uchylenia, odmowy uznania lub odmowy stwierdzenia wykonalności wyroku sądu arbitrażowego w prawie polskim

Jedną z przesłanek uchylenia wyroku arbitrażowego lub odmowy jego uznania lub stwierdzenia wykonalności jest nieważność zapisu na sąd polubowny. Przesłanka ta może zachodzić m.in. wówczas, gdy zapis na sąd polubowny wyłącza zastosowanie prawa UE

w sprawie poddanej pod arbitraż w sytuacji, gdy w zakres prawa właściwego dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy poddanej pod rozstrzygnięcie wchodzi prawo UE. Nie jest jednak jasne, czy sankcją z tytułu tego rodzaju zastrzeżenia jest nieważność zapisu na sąd polubowny czy jedynie jego częściowa nieskuteczność[23]. Przyjęcie koncepcji nieważności uzasadniałoby uchylenie wyroku arbitrażowego lub odmowę jego uznania lub stwierdzenia wykonalności na podstawie odpowiednio art. 1206 § 1 pkt 1 k.p.c. lub art. 1215 § 2 pkt 1 k.p.c. Natomiast gdyby przyjąć koncepcję częściowej nieskuteczności zapisu, oznaczałoby to, że owa częściowa nieskuteczność byłaby równoważna z dokonaniem nieskutecznego wyboru prawa merytorycznego – tym samym uzasadniałaby ona nie tyle zakwalifikowanie zapisu jako bezskutecznego w rozumieniu art. 1206 § 1 pkt 1 k.p.c. lub art. 1215 § 2 pkt 1 k.p.c., lecz pozwalałaby na potraktowanie znajdującego się w zapisie zastrzeżenia o wyłączeniu lub modyfikacji odpowiednich przepisów prawa UE jako nieskutecznego. W miejsce nieskutecznie wybranego prawa właściwego dla rozstrzygnięcia sporu stosowane byłyby zasady ogólne wyboru tego prawa właściwego znajdujące zastosowanie w sytuacji, gdy nie został dokonany wybór prawa.

Koncepcja częściowej nieskuteczności zapisu wydaje się właściwsza; pozwala ona chronić zapis na sąd polubowny jako taki, czego wymaga wzgląd na ochronę oświadczenia woli przed taką jego interpretacją, która mogłaby spowodować zakwalifikowanie jako nieważnej czynności prawnej podjętej przez strony jedynie z zamiarem częściowego ograniczenia skutków przewidzianych w ustawie (*benigna interpretatio*). Ponadto koncepcja ta zdaje się odróżniać wybór prawa właściwego dokonany w zapisie na sąd polubowny od samej ważności zapisu na sąd polubowny. Nieskuteczność wyboru prawa właściwego dla merytorycznego rozstrzygnięcia sporu nie powinna być również rozstrzygana w postępowaniu postarbitrażowym przez pryzmat przesłanki nieskuteczności zapisu na sąd polubowny, lecz ewentualnie na podstawie naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego.

Inną z przesłanek uchylenia wyroku sądu polubownego jest sprzeczność wyroku z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c.). Podobnie w odniesieniu do porządku publicznego (*public policy*) państwa, w którym została złożona skarga, ujęta jest przesłanka uchylenia wyroku w art. 34 ust. 2 lit. b pkt (ii) prawa modelowego UNCITRAL. Przesłanka ta, nazywana w doktrynie i orzecznictwie „klauzulą porządku publicznego" (*ordre public*), odwołuje się do pojęcia „zasady podstawowe", które to pojęcie interpretowane jest wąsko jako sprzeczność z jedynie takimi normami, którym przypisać można cechę przynależności do zbioru „zasad „podstawowych". Nie każde zatem naruszenie prawa materialnego w wyroku sądu polubownego kwalifikuje się jako naruszenie *ordre public*[24]. Przede wszystkim bowiem ów porządek publiczny to co do zasady porządek procesowy, a nie materialnoprawny[25]. Można jednak uznać, że spośród zasad materialnoprawnych w zakres pojęcia „podstawowe zasady porządku prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej" wchodzą takie zasady naczelne i ustrojowe, jak ochrona wolności człowieka, wolności działalności gospodarczej czy własności[26]. Jednak również naczelne zasady poszczególnych dziedzin prawa – np. cywilnego, w tym rodzinnego, prawa pracy czy samego prawa procesowego – mogą również być kwalifikowane jako zasady podstawowe[27]. Innymi słowy problem kwalifikacji odpowiednich zasad jako zasady podstawowe dotyczy nie tyle oceny doniosłości samych tych zasad, ile raczej ustalenia zakresu pojęcia „porządek prawny". Zastosowanie bowiem lite-

[23] Por. M. Szpunar, *Sądownictwo polubowne wobec prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej*, w: L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Zakamycze 2006, s. 504.

[24] Zob. np. wyrok SA w Warszawie z 25 stycznia 2013 r., I ACa 374/12.

[25] Zob. T. Zbiegień, *Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego*, w: P. Nowaczyk, S. Pieckowski, J. Poczobut, A. Szumański, A. Tynel (red.), *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*, Warszawa 2008, s. 309.

[26] *Ibidem.*

[27] Zob. postanowienie SN z 26 lutego 2003 r., II CK 13/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 80.

ralnej wykładni mogłoby wskazywać, że pojęcie to odnosi się do porządku prawnego jako całości – w tym również i do wchodzącego w zakres polskiego porządku prawnego prawa UE – a nie do poszczególnych jego dziedzin. Jeśli jednak przyjąć, że „zasady podstawowe" w omawianym tu znaczeniu mogą nie mieć znaczenia dla systemu prawnego jako takiego, lecz także dla poszczególnych jego dziedzin, a to np. z uwagi na ich zakres merytoryczny, to wówczas odpowiednie zasady prawa UE odnoszące się do tych dzień (np. do prawa konkurencji) i wykazujące odpowiedni stopień doniosłości będą musiały być kwalifikowane jako zasady naczelne, których naruszenie skutkuje wadliwością wyroku arbitrażowego.

Przesłanka niedopuszczalności nadania orzeczeniu arbitrażowemu waloru publicznego uznania w postaci *ordre public* została podobnie ujęta w instytucji odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności[28] orzeczenia arbitrażowego, uregulowanej w art. 1214 § 3 pkt 2 k.p.c., stanowiącym refleksję art. 36 ust. 1 lit. b pkt (ii) prawa modelowego UNCITRAL. Podobnie przesłankę odmowy uznania lub stwierdzenia prawomocności reguluje art. V ust. 2 lit. b Konwencji nowojorskiej[29]. W przepisie tym mowa jednak nie o „podstawowych zasadach porządku prawnego", lecz o „porządku prawnym" jako takim. Różnica polega jednak przede wszystkim na tym, że Konwencja nowojorska przewiduje jedynie standard minimalny, obejmujący jedynie fakultatywną odmowę uznania lub stwierdzenia wykonalności. Tymczasem art. 1214 § 3 k.p.c. przewiduje obowiązek odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczenia arbitrażowego.

Jak wynika z orzecznictwa TSUE, w zakres podstawowych zasad porządku prawnego państw członkowskich UE mogą wchodzić niektóre przepisy prawa UE[30]. W bodaj najważniejszej w tym zakresie sprawie *Eco Swiss* TSUE odniósł się wprost do przesłanek odmowy stwierdzenia wykonalności lub uznania wyroku arbitrażowego wymienionych w art. V ust. 2 lit b Konwencji nowojorskiej. Trybunał stwierdził, że art. 85 ówczesnego Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską stanowił „zasadnicze postanowienie niezbędne do wypełniania zadań powierzonych Wspólnocie, a w szczególności do funkcjonowania rynku wewnętrznego. Znaczenie tego przepisu skłoniło autorów Traktatu do wyraźnego zaznaczenia w art. 85, ust. 2 Traktatu, że porozumienia lub decyzje zakazane na mocy niniejszego artykułu są nieważne z mocy prawa"[31]. Tym samym według Trybunału Sprawiedliwości ówczesny art. 85 TWE wchodził w zakres zasad podstawowych porządku prawnego państw członkowskich z tego względu, że stanowił on postanowienie „zasadnicze" i „niezbędne" z punktu widzenia celów powierzonych Wspólnocie Europejskiej.

Jak się wydaje, o zakwalifikowaniu określonych przepisów prawa UE do grupy przepisów wyrażających podstawowe zasady porządku prawnego decyduje charakter prawny tych przepisów jako przepisów z zakresu prawa publicznego. Prawo konkurencji jest dobrym przykładem dziedziny, której normy w wielu przypadkach wymuszać będą swoje zastosowanie w stosunkach prywatnoprawnych z elementem zagranicznym, ponieważ ten dział prawa reguluje m.in. stosunki prywatnoprawne, w tym przy użyciu instrumentów zarówno prawa prywatnego, jak i prawa publicznego. Stąd zapewne teza o przynależności reguł konkurencji do podstawowych zasad porządku publicznego, będąca konsekwen-

[28] Uznanie i stwierdzenie wykonalności oparte są na tej samej zasadzie *exequatur* orzeczenia arbitrażowego, z tą różnicą, że stwierdzenie wykonalności dotyczyć może jedynie tych orzeczeń, które zgodnie ze swą treścią nadają się do wykonania (niezależnie od tego, czy mowa tu o wykonaniu w drodze egzekucji czy o wykonaniu w inny sposób).

[29] Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku 10 czerwca 1958 r. (Dz.U. z 1962 r. Nr 9, poz. 41, zał.). *Notabene* Konwencja nowojorska ma charakter samowykonalny, a tym samym nie wymaga transpozycji do prawa polskiego i jest w prawie polskim bezpośrednio stosowana (czego przykładem jest orzecznictwo SN – zob. np. postanowienie SN z 13 września 2012 r., V CSK 323/11 czy postanowienie SN z 3 listopada 2004 r., III CK 510/03). Konwencja nowojorska przewiduje standard minimalny (fakultatywna odmowa uznania lub stwierdzenia wykonalności), podczas gdy k.p.c. przewiduje obowiązek odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności.

[30] Wyrok TSUE, sygn. C-126/97 *Eco Swiss*, *iud.cit.*, pkt 36–39.

[31] *Ibidem*, pkt 36.

cją stanowiska, że prawo konkurencji ma ze swej istoty realizować interes publiczny, co ująć można za jednym z autorów sformułowaniem, że prawo konkurencji „ma […] charakter publiczny i stanowi wyraz realizowanej przez daną władzę polityki społeczno-gospodarczej (*public policy*)"[32].

Problematyczne jest przy tym, czy błędna – w świetle późniejszego wyroku TSUE – interpretacja przepisu prawa UE przez sąd arbitrażowy oznacza automatycznie naruszenie podstawowych zasad porządku prawnego. Co do zasady bowiem orzecznictwo polskie przyjmuje wspomnianą klasyczną koncepcję klauzuli porządku publicznego, zgodnie z którą związane z nią sankcje aktualizują się tylko w przypadku, gdy sprzeczne z *ordre public* byłoby wykonanie lub uznanie wyroku w jego ostatecznym kształcie[33], a nie samo naruszenie określonych zasad w trakcie przebiegu postępowania arbitrażowego[34]. Nakazuje to przyjąć, że ocenie pod kątem zgodności z podstawowymi zasadami porządku publicznego podlegać powinna jedynie sentencja wyroku, a nie jego uzasadnienie, i to przy zastosowaniu wykładni zwężającej[35]. Tym bardziej ocenie z perspektywy zgodności z klauzulą porządku publicznego nie może podlegać przebieg postępowania utrwalony w pismach procesowych, protokołach i zarządzeniach sądu arbitrażowego, których załączanie nie jest zresztą w ogóle obowiązkiem strony dochodzącej uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku[36].

Cel klauzuli porządku publicznego polega na zapewnieniu przestrzegania podstawowych zasad porządku publicznego przed ich naruszeniem na skutek wykonania wyroku – o ile podlega on wykonaniu – lub wskutek samego jego uznania. Nie chodzi zatem o to, by w ramach klauzuli porządku publicznego badać zgodność wyroku arbitrażowego ze wszystkimi znajdującymi zastosowanie normami prawa materialnego. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wprost ujęto to w zdaniu, że „przyjęcie przez Sąd Arbitrażowy jednej z możliwych interpretacji przepisu nie może stanowić dowodu na naruszenie podstawowych zasad porządku prawnego"[37]. Chodzi zatem o to, by brać pod uwagę ewentualne naruszenia fundamentalnych zasad konstytucyjnych odnoszących się do „ustroju społeczno-gospodarczego" oraz do naczelnych zasad rządzących „poszczególnymi dziedzinami prawa materialnego i procesowego"[38].

Z orzecznictwa sądów powszechnych wynika również, że nie chodzi też o to, by w ramach klauzuli porządku publicznego badać zgodność uzasadnienia wyroku lub orzeczeń wpadkowych zapadłych w toku postępowania arbitrażowego z owymi podstawowymi zasadami porządku publicznego. Jeżeli takie kwestie wpadkowe mają wpływ na ustalenie, że wyrok arbitrażowy jako taki sprzeciwia się *ordre public*, to jedynie przez to, że skutki określonych naruszeń mają wpływ na wynik sprawy. Jak się wydaje, uzasadniona jest w tym kontekście analogia do zarzutu naruszenia przepisów postępowania w środkach odwoławczych. Uchylenie wyroku sądu I instancji (wyroku sądu powszechnego) mogą powodować tylko takie uchybienia proceduralne, które mają wpływ na wynik postępowania[39]. Podobnie orzecznictwo sądowe definiuje przesłankę stwierdzenia nieważności uchwały zgromadzenia wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub walnego zgroma-

[32] J. Kociubiński, *Arbitraż w europejskim prawie konkurencji – zarys problemu*, „Kwartalnik ADR" 2012, nr 2(18), s. 159.

[33] Por. postanowienie SN z 9 marca 2012 r., I CSK 312/11, LEX nr 1163190 oraz postanowienie SN z 5 listopada 1975 r., I CR 625/75, OSNCP 1976, nr 10, poz. 215.

[34] Wyrok SN z 31 marca 2006 r., IV CSK 93/05, LEX nr 490442; nieco inaczej M. Łaszczuk, J. Szpara, *op.cit.*, s. 608 oraz M. Pilich, *Klauzula porządku publicznego w postępowaniu o uznanie i wykonanie zagranicznego orzeczenia arbitrażowego*, KPP 2003, nr 1.

[35] Tak m.in. wyrok SN z 11 maja 2007 r., I CSK 82/07, OSNC 2008, nr 6, poz. 64.

[36] Zob. art. IV Konwencji nowojorskiej oraz art. 1213 k.p.c.

[37] *Ibidem.*

[38] M. Łaszczuk, J. Szpara, *op.cit.*, s. 609.

[39] Por. np. T. Wiśniewski, *Komentarz do art. 368 Kodeksu postępowania cywilnego*, pkt 7–8, w: H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), J. Iwulski, G. Jędrejek, I. Koper, G. Misiurek, P. Pogonowski, D. Zawistowski*, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Artykuły 367–505(37)*, LEX 2013.

dzenia spółki akcyjnej[40]. Również w tych przypadkach naruszenia procedury zwołania lub przebiegu zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia bądź też uchybienia w zakresie sporządzenia samej uchwały co do zasady nie stanowią automatycznej przesłanki stwierdzenia nieważności uchwały, o ile wpływ wspomnianych uchybień proceduralnych na treść uchwały nie jest wystarczająco istotny. W przypadku odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności bądź też uchylenia wyroku polubownego naruszenia formalne sądu arbitrażowego przy rozpoznaniu sprawy również nie przemawiają automatycznie za naruszeniem podstawowych zasad porządku publicznego.

Odpowiedzi na pytanie o kwalifikację odpowiednich przepisów prawa UE jako statuujących zasady podstawowe porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej należy jednak szukać nie tyle w abstrakcyjnej analizie doniosłości poszczególnych zasad, ile w konkretnym ustaleniu, czy dana zasada prawa UE ma swoje źródło w przepisie wymuszającym swoje zastosowanie z uwagi na wyłączny charakter regulacji prawnej prawa UE i jego materialnoprawne zastosowanie. Wydaje się więc, że analiza ta musi uwzględniać to, czy potencjalnie naruszone zasady zaczerpnięte z prawa UE mają swoje źródło w przepisach wchodzących w zakres wyłącznych kompetencji UE czy też stanowionych w ramach kompetencji dzielonych UE i państw członkowskich. Znaczenie tego podziału wydaje się jedynie pomocnicze, gdyż status prawny norm prawa UE w prawie polskim nie różni się co do zastosowania i interpretacji w zależności od tego, czy dany przepis został ustanowiony w ramach kompetencji wyłącznej czy w ramach kompetencji dzielonej. Wydaje się jednak, że przepisy wchodzące w zakres kompetencji wyłącznych stanowią przepisy wymuszające swoje stosowanie, o ile *in concreto* wchodzą w zakres zastosowania jako normy merytoryczne. Nie można tracić z pola widzenia faktu, że *gros* przepisów prawa UE nie reguluje w ogóle stosunków prywatnoprawnych, nawet jeśli nieznaczna część przepisów danej dziedziny może być *sensu stricte* stosowana przez sąd arbitrażowy przy rozstrzyganiu sprawy. Wynika to z publicznoprawnego charakteru większej części przepisów prawa UE. Dobrym przykładem jest unijne prawo konkurencji, w którym spośród zasad wywodzonych z art. 101 TFUE sąd arbitrażowy może zastosować co najwyżej zasady odnoszące się do sankcji nieważności umów zawieranych przez przedsiębiorców, natomiast przepisy z zakresu prawa publicznego w ogóle nie dotyczą kognicji sądu arbitrażowego i w sensie materialnym dziedzina przez nie regulowana nie posiada w ogóle zdatności arbitrażowej.

Do kompetencji wyłącznych UE należą: unia celna, reguły konkurencji na rynku wewnętrznym, polityka pieniężna w odniesieniu do państw, których walutą jest euro, zachowanie morskich zasobów biologicznych w ramach wspólnej polityki rybołówstwa oraz wspólna polityka handlowa[41]. Oprócz tych enumeratywnie wymienionych dziedzin do kompetencji wyłącznej UE należą, zgodnie z art. 3 ust. 2 TFUE, zawieranie niektórych umów międzynarodowych, jednak kwestia ta pozostaje bez znaczenia dla dalszych rozważań, gdyż dotyczy kompetencji do tworzenia prawa w ramach *ius tractatuum*, a nie bezpośrednio kwestii merytorycznych. Trudno określić *in abstracto*, które spośród reguł wspomnianych dziedzin mogą mieć merytoryczne zastosowanie dla rozstrzygnięcia sporu przed sądem arbitrażowym. Ponadto oprócz dziedzin kompetencji wyłącznej UE prawo UE przewiduje przepisy tworzone w ramach tzw. kompetencji dzielonej między UE i jej państwa członkowskie. Zasadą jest, że w przypadku dziedzin kompetencji dzielonej państwa członkowskie mogą wydawać krajowe akty prawne jedynie w zakresie, w jakim UE nie skorzystała ze swojej kompetencji, lub w zakresie, w jakim UE zaprzestała wykonywania kompetencji, z której wcześniej korzystała.

Wydaje się, że uzasadnienie bezwzględnego charakteru zasad prawa UE stanowi zasada pierwszeństwa. Pozostając przy przykładzie unijnego prawa konkurencji, można powiedzieć, że bez uwzględnienia wyłącznego charakteru kompetencji UE w zakresie reguł konkurencji zawsze wątpliwa może być kwalifikacja przepisów prawa konkurencji jako

[40] Zob. np. wyrok SN z 12 października 2012 r., IV CSK 186/12; wyrok SN z 19 września 2007 r., II CSK 165/07; wyrok SN z 5 lipca 2007 r., II CSK 163/07; wyrok SN z 10 marca 2005 r., III CK 477/04 oraz wyrok SA w Łodzi z 31 maja 2011 r., I ACa 328/11.

[41] Zob. 3 ust. 1 TFUE.

statuujących zasady podstawowe, których naruszenie może być podstawą uchylenia wyroku arbitrażowego bądź odmowy jego uznania lub stwierdzenia wykonalności. Dopiero fakt, że reguły konkurencji mogą być tworzone wyłącznie przez UE, pozwala uzasadnić tezę, iż naruszenie unijnych reguł konkurencji w wyroku arbitrażowym może być przesłanką zastosowania opisanych form ingerencji sądu powszechnego w skuteczność wyroku arbitrażowego.

Niewątpliwie jednak pominięcie przepisów wymuszających swoje zastosowanie, w tym odpowiednich przepisów prawa UE, nie stanowi uchybienia formalnego sądu arbitrażowego, lecz musi być rozpatrywane na płaszczyźnie naruszenia prawa materialnego. Jest więc warte podkreślenia, że ograniczenie skutków klauzuli porządku publicznego jedynie do oceny wyniku postępowania, tj. samej treści orzeczenia, z pominięciem przebiegu postępowania arbitrażowego oznacza, iż uchybienia sądu arbitrażowego w zakresie zastosowania prawa merytorycznego dla rozstrzygnięcia sprawy również nie oznaczają *per se* naruszenia podstawowych zasad porządku publicznego. Wynika to jednak z faktu, że klauzula *ordre public* dotyczy zasad podstawowych, a więc jedynie zasad najważniejszych i stanowiących podstawę dla ewentualnych zasad szczegółowych.

Istotne wydaje się także ustalenie, która zasada porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej jest ową zasadą podstawową, której naruszenie przez sąd arbitrażowy na skutek całkowitego lub częściowego pominięcia właściwych przepisów prawa UE oznacza sprzeczność z *ordre public.* Pytanie to sprowadza się do wyjaśnienia, czy sprzeczność z klauzulą porządku publicznego powoduje naruszenie samej odpowiedniej normy prawa UE – a przy takim założeniu ową podstawową zasadą byłaby właśnie zasada wynikająca z określonej normy prawnej prawa UE – czy też ową zasadą podstawową jest zasada głosząca, że przepisy prawa UE podlegają stosowaniu w prawie państw członkowskich UE i mogą wywoływać skutek bezpośredni. Wydaje się, że w prawidłowym ujęciu naruszenie *ordre public* może mieć miejsce wówczas, gdy określona zasada wynikająca z prawa UE zostanie naruszona na skutek całkowitego lub częściowego pominięcia określonych przepisów prawa UE.

Powyższą tezę zdaje się wspierać argument, iż klauzula porządku publicznego dotyczy *meritum* orzeczenia, a zatem istotne jest nie to, że sąd arbitrażowy pominie określone przepisy wchodzące w zakres prawa właściwego dla merytorycznego rozstrzygnięcia sporu, lecz to, jaką treść w wyniku takiego uchybienia przybierze wyrok arbitrażowy. Przyjęcie tej tezy wymaga zatem zaakceptowania dość oczywistego poglądu, że nie każda norma prawna prawa UE adresowana do państw członkowskich i jednostek może być kwalifikowana jako norma prawna stanowiąca źródło zasad podstawowych porządków prawnych państw członkowskich. Z kolei konsekwencją takiego poglądu musi być uznanie, że naruszenie prawa UE przez sąd arbitrażowy w sprawie, w której prawo to wchodzi w zastosowanie albo jako część prawa właściwego do merytorycznego rozstrzygnięcia sporu, albo jako przepisy wymuszające swoje zastosowanie, może naruszać podstawowe zasady porządku prawnego tylko wtedy, gdy pominięte przepisy prawa UE statuują daną podstawową zasadę.

Natomiast przyjęcie drugiej z wymienionych koncepcji musiałoby prowadzić do wniosku, że w wyniku całkowitego lub częściowego pominięcia przez sąd arbitrażowy prawa UE znajdującego zastosowanie dochodzi do naruszenia zasady podstawowej porządku prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej, którą jest zasada głosząca, że prawo UE stanowi część prawa polskiego i akty prawne stanowione przez organy UE stanowią źródło prawa powszechnie obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej[42].

Powstaje zatem pytanie, czy w zakres klauzuli porządku publicznego wchodzi takie orzeczenie arbitrażowe, które opiera się na wadliwej wykładni prawa UE stosowanego jako część prawa państwa członkowskiego, tj. prawa właściwego do merytorycznego rozpoznania sporu, czy tylko takie orzeczenie, które zostało wydane z całkowitym pominięciem

[42] Art. 91 ust. 3 Konstytucji RP.

prawa UE. Pytanie to sprowadza się do ustalenia, czy nieuwzględnienie prawa UE – czy to poprzez jego pominięcie czy to poprzez błędną wykładnię – ma taki wpływ na zapadłe orzeczenie arbitrażowe, że można mówić o naruszeniu podstawowych zasad porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Jak się wydaje, ustalenie tej kwestii powinno nastąpić przy uwzględnieniu zarówno orzecznictwa sądów krajowych, jak i orzecznictwa TSUE, ponieważ państwa członkowskie ponoszą odpowiedzialność z tytułu naruszenia prawa UE, związaną z naruszeniem prawa UE przez sądy powszechne.

Niektórzy autorzy udzielają na powyższe pytanie jednoznacznej odpowiedzi, aczkolwiek formalnie wypowiadając się jedynie na temat unijnego prawa konkurencji, uznając, że przyczyną uchylenia wyroku arbitrażowego może być naruszenie prawa konkurencji UE w stopniu poważnym lub też niezastosowanie prawa konkurencji UE w ogóle[43].

Wydaje się jednak, że ujęcie problemu wymaga odwrócenia perspektywy. O tym, czy wyrok sądu arbitrażowego może zostać uchylony, lub o tym, czy są przesłanki odmowy jego uznania lub stwierdzenia wykonalności, nie powinno decydować jedynie przesądzenie, że sąd arbitrażowy zobowiązany był zastosować unijne prawo konkurencji, czego w danej sprawie zaniechał. Niezależnie od odpowiedzi na pytanie, czy wystarczające dla uchylenia wyroku lub odmowy *exequatur* jest oparcie go na błędnej wykładni określonych zasad konkurencji w prawie UE czy też dopiero taką przesłanką jest całkowite pominięcie prawa UE, istotne powinno być ustalenie, czy *in concreto* uznanie lub stwierdzenie wykonalności (i w konsekwencji wykonanie) wyroku naruszy podstawowe zasady porządku prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej. Wyrok w sprawie *Eco Swiss* nie modyfikuje tego poglądu w sposób zasadniczy; potwierdza ono jedynie, że przez „porządek prawny w Rzeczypospolitej Polskiej" należy rozumieć także zasady podstawowe prawa UE. Nie zmienia to faktu, że przesłanką uchylenia wyroku arbitrażowego lub odmowy udzielenia *exequatur* może być tylko kwalifikowane naruszenie zasad porządku prawnego. Innymi słowy to, że w praktyce zdarzać się będzie, iż naruszenie lub niezastosowanie prawa UE będzie wprost prowadzić do naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego, nie powinno z góry przesądzać o zakwalifikowaniu wszelkich przepisów prawa UE jako norm, których naruszenie lub pominięcie przez sąd arbitrażowy będzie dawało podstawę do uchylenia wyroku arbitrażowego lub odmowy udzielenia *exequatur*.

W tym kontekście warto zauważyć, że wykładnia pojęcia „porządek publiczny", dokonana w wyroku *Eco Swiss*, wskazuje na to, iż TSUE świadomie obarcza sądy krajowe (tj. sądy państwowe) odpowiedzialnością za uchybienia dokonane przez sądy arbitrażowe przy stosowaniu przez te sądy prawa UE. Taką odpowiedzialność państwo członkowskie – już oczywiście nie sam sąd państwowy – ponosi w związku z faktem, że lista przesłanek do uchylenia wyroku arbitrażowego lub odmowy jego uznania bądź stwierdzenia wykonalności jest ograniczona. Ponieważ jednak prawo UE nie reguluje w ogóle zagadnień arbitrażu, a wręcz wyraźnie wyklucza go z zakresu przedmiotowego aktów prawa pochodnego dotyczących Przestrzeni Wolności Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości, należy powtórzyć tezę, że z prawa UE nie wynika jakikolwiek obowiązek nałożony na arbitrów dotyczący przestrzegania prawa UE, a sądy krajowe państw członkowskich UE, w tym Polski, mają obowiązek uznać wyrok arbitrażowy za sprzeczny z klauzulą porządku publicznego tylko wówczas, gdy spełniona jest przesłanka naruszenia „podstawowych zasad" porządku prawnego, i to naruszenia będącego wyłącznie wynikiem uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku (a nie, jak wynika z przytoczonej wyżej argumentacji, np. wynikiem przebiegu samego postępowania arbitrażowego).

Za powyższą tezą zdaje się przemawiać argument związany z traktowaniem Konwencji nowojorskiej jako umowy zawartej przed datą przystąpienia niektórych państw członkowskich UE, w tym Polski, do UE[44]. Wydaje się bowiem, że powyższe zasady modyfiku-

[43] A. Żabówka, *op.cit.*, s. 531.

[44] Konwencja nowojorska weszła w życie w stosunku do Polski 1 stycznia 1962 r., tj. 90 dni po dacie złożenia przez Polską Rzeczpospolitą Ludową Sekretarzowi Generalnemu NZ aktu ratyfikacji tej konwencji z 19 lipca 1961 r. (zob. art. XII ust. 2 Konwencji nowojorskiej).

je art. 351 TFUE, wyrażający tzw. zasadę poszanowania praw i zobowiązań wynikających dla państw członkowskich UE z tzw. umów przedakcesyjnych[45]. Jedynie dla sześciu państw członkowskich UE[46] Konwencja nowojorska jest umową zawartą po 1 stycznia 1958 r., tj. po dacie wejścia w życie Traktatu rzymskiego i wskazanej w art. 351 TFUE. Pozostałe państwa członkowskie UE przystąpiły do Konwencji nowojorskiej przed przystąpieniem do EWG (odpowiednio – Wspólnoty Europejskiej i Unii Europejskiej)[47].

Zgodnie z art. 351 TFUE postanowienia traktatów[48] nie naruszają praw i obowiązków wynikających z umów zawartych przed 1 stycznia 1958 r. – lub w przypadku państw później przystępujących do EWG (i ich następców prawnych) – przed datą ich przystąpienia do tej organizacji międzynarodowej. Przepis ten obwarowany jest zastrzeżeniem, że dotyczy tylko umów zawartych między jednym lub większą liczbą państw członkowskich UE z jednej strony – i jednym lub większą liczbą państw trzecich z drugiej strony. Tym samym przepis ten, formułujący tzw. klauzulę poszanowania prawa międzynarodowego czy precyzyjniej – klauzulę poszanowania zobowiązań międzynarodowych państw członkowskich – nie dotyczy praw i obowiązków wynikających z umów międzynarodowych zawartych wyłącznie między państwami członkowskimi UE. W stosunku do tego rodzaju umów orzecznictwo TSUE konsekwentnie przyjmuje, że ustępują one pierwszeństwa zobowiązaniom wynikającym dla państw członkowskich UE z członkostwa w tej organizacji międzynarodowej[49].

Biorąc pod uwagę zasadę poszanowania zobowiązań międzynarodowych państw członkowskich powstałych przed datą przystąpienia danego państwa do UE, należy rozważyć, czy rozciąga się ona na zawarte w art. V Konwencji nowojorskiej przesłanki odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku arbitrażowego. Jak się bowiem wydaje, przyjęcie, iż prawo UE nie narusza praw i obowiązków wynikających dla państw członkowskich UE z umów przedakcesyjnych, oznacza w tym przypadku, że państwa członkowskie nie są zobowiązane do stosowania bardziej restrykcyjnych przesłanek stosowania prawa UE w związku ze stwierdzeniem wykonalności lub uznania wyroku arbitrażowego niż te, które wynikają z art. V Konwencji nowojorskiej, a zwłaszcza z art. V ust. 2 lit. b tej Konwencji. Przy tej literalnej interpretacji art. 351 TFUE można byłoby bronić tezy, że późniejsze orzecznictwo TSUE np. w sprawie *Eco Swiss* nie powinno wpływać na zakres przesłanek odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności zagranicznego wyroku arbitrażowego (w rozumieniu Konwencji nowojorskiej) w tych państwach członkowskich UE (w tym w Polsce), dla których Konwencja nowojorska stanowi umowę międzynarodową zawartą przed datą przystąpienia tego państwa członkowskiego do UE. W konsekwencji należałoby twierdzić, że tym bardziej – właśnie z uwagi na art. 351 TFUE – odmowa uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku arbitrażowego zgodnie z art. V Konwencji nowojorskiej z powodu sprzeczności z „porządkiem publicznym tego kraju" (art. V ust. 2 lit. b Konwencji nowojorskiej) mogłaby nastąpić jedynie w razie, gdyby naruszenie porządku publicznego powstało dopiero wskutek uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku arbitrażowego (a nie już na skutek samego faktu naruszenia kwalifikowanych co do rangi zasad prawa UE w toku postępowania arbitrażowego).

Takiemu zastosowaniu art. 351 TFUE zdaje się jednak sprzeciwiać orzecznictwo TSUE, który interpretuje pojęcia „prawa" i „obowiązki", o których mowa w art. 351 TFUE,

[45] Pojęcie „umowa przedakcesyjna" użyte jest w tym artykule jako skrótowe określenie kategorii umów międzynarodowych, o których mowa w art. 351 TFUE.

[46] Tj. dla Niemiec, Holandii, Belgii, Luksemburga, Francji i Włoch.

[47] Zob. dane z *United Nations Treaty Series*: https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=080000028002a36b (dostęp: 12 listopada 2014 r.).

[48] Tj. Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i Traktatu o Unii Europejskiej.

[49] Zob. np. wyroki TS w sprawach: 286/86 *Postępowanie karne przeciwko Gérard Deserbais* (Zb.Orz. z 1988 r., s. 04907), C-158/91 *Ministère public* i *Direction du travail et de l'emploi przeciwko Jean-Claude Levy* (Zb.Orz. z 1993 r., s. I-04287) czy C-147/03 *Komisja Europejska przeciwko Republice Austrii* (Zb.Orz. z 2005 r., I-05696).

w rygorystyczny sposób. Przede wszystkim w orzecznictwie TSUE akcentuje się wymóg istnienia dla państwa członkowskiego UE wynikającego z danej umowy międzynarodowej obowiązku określonego działania w stosunku do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowych[50]. W przypadku odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku arbitrażowego na podstawie art. V Konwencji nowojorskiej trudno natomiast mówić o „obowiązku" określonego działania państwa będącego stroną tej konwencji w stosunku do jakiejkolwiek innej strony Konwencji nowojorskiej. W tym bowiem przypadku istnieje wątpliwość, czy kompetencja sądu państwa członkowskiego do odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności jest tego rodzaju, że jakiekolwiek inne państwo członkowskie może wymagać od państwa *forum* określonego rezultatu działania (tj. odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności), zwłaszcza skoro zgodnie z art. V Konwencji nowojorskiej to sąd danego państwa musi ocenić, czy zachodzi przesłanka sprzeczności z „porządkiem publicznym" tego państwa. Ponadto przepis art. V Konwencji nowojorskiej jako wyjątek od generalnej zasady przewidzianej w art. III tej konwencji ma charakter uprawnienia procesowego przyznanego jednostce (stronie postępowania arbitrażowego, przeciwko której wyrok arbitrażowy został wydany), zatem problematyczne jest tu zagadnienie obowiązku państwa *forum* określonego sposobu interpretacji i stosowania art. V Konwencji nowojorskiej, albowiem to nie państwa-strony Konwencji są rzeczywistymi beneficjentami korzyści przewidzianych w art. V Konwencji, lecz są nimi konkretne strony postępowania arbitrażowego.

Z powyższych względów odwołanie do art. 351 TFUE wydaje się niewystarczające dla uzasadnienia tezy, że klauzula *ordre public* w kontekście niezastosowania lub wadliwego zastosowania prawa UE przez sąd arbitrażowy powinna być rozumiana jako zezwalająca na odmowę uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku arbitrażowego, tylko gdy z określonymi zasadami podstawowymi porządku publicznego sprzeczne będzie uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku arbitrażowego, a nie jedynie pośrednie naruszenie owych zasad podstawowych w toku postępowania.

Wydaje się również, że niezależnie od przyjętej interpretacji art. 351 TFUE przepis ten w niczym nie uchybia zasadzie, że w zakres „porządku publicznego" w rozumieniu art. V ust. 2 lit. b Konwencji nowojorskiej wchodzą również odpowiednie przepisy prawa UE. Konwencja nowojorska, mimo wyłącznego charakteru przesłanek odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku arbitrażowego, nie definiuje bowiem pojęcia porządku publicznego kraju będącego stroną tej Konwencji.

4. Kontrola zgodności orzeczeń postarbitrażowych z prawem Unii Europejskiej

Prawomocne postanowienie sądu o uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności wyroku sądu arbitrażowego lub prawomocne postanowienie rozstrzygające o skardze o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego kończą postępowanie postarbitrażowe. Następujące po prawomocnym stwierdzeniu wykonalności postępowanie egzekucyjne ma już charakter wykonawczy, prowadzony w oparciu o przepisy części trzeciej k.p.c. Jednak tok postępowań postarbitrażowych nie ma wpływu na kontrolę orzeczniczą zgodności orzeczenia z prawem Unii Europejskiej. Instrumenty tej kontroli przewidziane są w TFUE i obejmują skargę przeciwko państwu członkowskiemu opartą na art. 258 lub 259 TFUE bądź procedurę prejudycjalną (art. 267 TFUE).

[50] Zob. np. wyrok TS z 14 stycznia 1997 r., C-124/95 *The Queen, ex parte: Centro-Com Srl przeciwko HM Treasury i Bank of England* (Zb.Orz. z 1997 r., s. I-00081); wyrok TS C-158/91 *Levy… iud.cit.*, pkt 13; wyrok Sądu T-2/99 *T. Port GmbH & Co. przeciwko Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, pkt 60–61 (Zb.Orz. z 2001 r., s. II-02093) oraz wyrok TS C-324/93 *The Queen przeciwko Secretary of State for Home Department, ex parte: Evans Medical Ltd. and Macfarlan Smith Ltd.*, pkt 28 (Zb. Orz. z 1995 r., s. I-00563).

Sądy arbitrażowe nie mogą występować do TSUE z pytaniami prejudycjalnymi. Mają natomiast do tego kompetencję sądy państwowe, które zgodnie z wyrokiem TSUE w sprawie *Eco Swiss* powinny w sprawach, w których w postępowaniu krajowym dotyczącym uchylenia wyroku sądu arbitrażowego, pojawia się konieczność dokonania jednolitej wykładni przepisów prawa UE mogących wchodzić w zastosowanie przez sąd arbitrażowy[51]. Sądy państwowe nie tylko mogą występować z pytaniami prejudycjalnymi, ale w postępowaniu przed tymi sądami może wziąć udział Komisja Europejska, inaczej niż ma to miejsce w przypadku sądów arbitrażowych[52]. Udział Komisji Europejskiej może wynikać z art. 23a rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 wprowadzonego rozporządzeniem Rady (UE) nr 734/2013[53]. Poza tym z uwagi na bezwzględnie obowiązujący charakter przepisów traktatów założycielskich UE w prawie polskim, w tym unijnych reguł konkurencji, sądy polskie mają obowiązek stosować unijne prawo konkurencji na zasadach w tym prawie przewidzianych. Wydaje się, że poddanie orzeczeń sądów polskich – jako działań przypisywanych państwu członkowskiemu UE – kontroli na podstawie art. 258 lub 259 TFUE daje podstawy współpracy sądów polskich z Komisją Europejską także na etapie postępowania postarbitrażowego, aczkolwiek w braku przepisów krajowych regulujących tę formę udziału Komisji zastosowanie muszą znaleźć przepisy unijnego prawa pochodnego.

Warto przy tym dodać, że w odniesieniu do unijnych reguł konkurencji stosowny akt prawa pochodnego – rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003[54] – nakłada na państwa członkowskie obowiązek raportowania Komisji Europejskiej wszystkich wyroków wydanych przez sądy krajowe, w których stosowane były art. 81 lub 82 TWE (obecnie art. 101 lub 102 TFUE). Przepis art. 15 rozporządzenia nr 1/2003 pozostaje w ścisłym związku z art. 6 rozporządzenia nr 1/2003, który wprost zezwala sądom krajowym na stosowanie (obecnych) art. 101 i art. 102 TFUE. Pojęcie „sąd krajowy" niewątpliwie odnosi się wyłącznie do sądów państwowych, co wskazuje wykładnia systemowa stosowana w orzecznictwie TSUE dotyczącym przesłanek legitymacji różnych instytucji o charakterze sądowym do występowania z pytaniami prejudycjalnymi na podstawie art. 267 TFUE. Tym samym sądy arbitrażowe nie mają oczywiście obowiązku przedstawiania Komisji Europejskiej wyroków, w których stosowane były art. 101 lub 102 TFUE. Wydaje się też, że obowiązku przedłożenia Komisji Europejskiej wyroku arbitrażowego, w którym zastosowanie znalazły art. 101 lub 102 TFUE, nie ma sąd powszechny na etapie postępowania postarbitrażowego.

Niezależnie jednak od kwestii ewentualnych obowiązków notyfikacyjnych ciążących na sądach powszechnych w stosunku do Komisji Europejskiej samo uznanie wyroku lub stwierdzenie jego wykonalności, a także oddalenie skargi o uchylenie wyroku arbitrażowego, podlega wtórnej kontroli pod kątem zgodności z prawem unijnym. Podstawowe dwie procedury skargowe przewidują art. 258 i 259 TFUE. Oprócz tego pośrednio zgodność orzeczenia postarbitrażowego z prawem jest kontrolowana w procedurze prejudycjalnej (art. 267 TFUE) oraz w związku z oceną odpowiedzialności odszkodowawczej państwa członkowskiego UE wobec jednostki z tytułu wyrządzenia jednostce szkody na skutek naruszenia prawa UE.

Należy pamiętać, że praktyczne znaczenie procedur określonych w art. 258 TFUE, a zwłaszcza w art. 259 TFUE, w kontekście opisywanej kontroli orzeczeń postarbitrażo-

[51] Wyrok TSUE z 23 marca 1982 r. w sprawie 102/81 *„Nordsee" Deutsche Hochseefischerei GmbH przeciwko Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG i Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*; wyrok TSUE w sprawie C-126/97 *Eco Swiss…*, *iud.cit.*, pkt 40.

[52] Zob. P.L. Landolt, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, The Hague 2006, s. 198.

[53] Rozporządzenie Rady (UE) nr 734/2013 z 22 lipca 2013 r., zmieniające rozporządzenie WE nr 659/1999 ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE.

[54] Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.Urz. UE L z 4 stycznia 2003 r.).

wych dotyczących arbitrażu handlowego wydaje się nieduże[55]. Niemniej jednak istotne znaczenie może mieć procedura prejudycjalna i dokonywane za jej pośrednictwem ujednolicenie wykładni prawa unijnego, zwłaszcza zaś zasady lojalności i zasady pierwszeństwa w kontekście ich znaczenia przy ocenie przesłanek uchylenia bądź odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku arbitrażowego.

5. Podsumowanie

Prawo UE stanowi część prawa krajowego państw członkowskich UE i wskazanie prawa państwa członkowskiego UE jako prawa właściwego dla rozstrzygnięcia *meritum* sporu rozpoznawanego przez sąd arbitrażowy rozciąga się na właściwe merytorycznie normy prawa UE. Nie wszystkie przepisy prawa UE mają charakter przepisów wymuszających swoje zastosowanie, choć przy ustaleniu, czy w danej sytuacji zachodzi taki przypadek, należy uwzględnić dziedzinę, w której dany przepis prawa UE został ustanowiony, oraz to, czy dziedzina ta wchodzi w zakres kompetencji wyłącznych UE czy kompetencji dzielonych między UE i jej państwa członkowskie. W przypadku przepisów tworzonych w ramach kompetencji wyłącznych UE ich charakter prawny często decydować będzie o tym, że przepisy te będą wymuszać swoje zastosowanie.

Wydanie przez sąd arbitrażowy wyroku z naruszeniem zasad wynikających z prawa UE może prowadzić do uchylenia lub odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku sądu arbitrażowego, wówczas gdy naruszenie to dotyczy zasad o kwalifikowanym stopniu istotności w systemie prawa lub w obrębie danej dziedziny prawa. Naruszenie prawa UE przez sąd arbitrażowy może mieć miejsce albo w razie gdy właściwe merytorycznie jest prawo państwa trzeciego, niebędącego państwem członkowskim UE, wskutek niezastosowania przepisów prawa UE wymuszających swoje zastosowanie, albo w przypadku gdy właściwe co do *meritum* sporu jest prawo państwa członkowskiego UE, gdy jednocześnie sąd arbitrażowy pominie lub błędnie zastosuje właściwe przepisy prawa UE. Samo jednak tak rozumiane naruszenie nie musi prowadzić do uchylenia lub odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku arbitrażowego, o ile uchybienie to nie powoduje naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego państwa, w którym dochodzi do uznania, stwierdzenia wykonalności wyroku arbitrażowego lub rozpoznania skargi o uchylenie tego wyroku. Dopiero naruszenie zasad podstawowych wypełnia przesłankę naruszenia porządku publicznego w rozumieniu art. V ust. 2 lit b Konwencji nowojorskiej.

To, czy określona norma prawa UE statuuje zasadę o podstawowym znaczeniu dla porządku prawnego UE, a raczej – czy naruszenie danej normy powoduje naruszenie takiej podstawowej zasady – musi zostać rozstrzygnięte *in concreto*. Jednak przy ustaleniu tym może być pomocny podział kompetencji UE na tzw. kompetencje wyłączne UE i kompetencje dzielone między UE i państwa członkowskie. Wprawdzie sam fakt, że określona norma wynika z przepisów prawa UE ustanowionych w ramach kompetencji wyłącznej UE, nie przesądza sama w sobie o doniosłości tych norm w porządku prawnych państw członkowskich, jednak w powiązaniu z celami UE, których osiągnięciu służyć ma wykonanie poszczególnych kompetencji prawodawczych UE, poszczególne dziedziny kompetencji i ich podstawowe zasady mogą definiować zakres podstawowych zasad porządków prawnych państw członkowskich UE.

[55] Inaczej jest w przypadku międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego; zob. M. Burgstaller, *European Law challenges to enforcement: securing the correct application of EU law*, s. 472 i n., w: M. Waibel (red.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Austin–Boston–Chicago–New York–The Netherlands 2010.

Zgodność inwestycji i działań inwestora z prawem na tle sprawy Jukosu

Monika Diehl[1]

1. Wprowadzenie

„Federacja Rosyjska zapłaci najwyższe zasądzone odszkodowanie w historii arbitrażu inwestycyjnego"– to najczęstszy komentarz, jaki pojawiał się w mediach związku z wyrokami w sprawie rosyjskiego koncernu naftowego Jukos, wydanymi 18 lipca 2014 r. w trzech postępowaniach arbitrażowych toczących się w Hadze[2]. Wyroki mają znaczenie historyczne nie tylko w związku z wysokością zasądzonego odszkodowania, ale też dlatego, że mogą istotnie wpłynąć na kształt przyszłego orzecznictwa trybunałów arbitrażowych orzekających na podstawie międzynarodowych traktatów o ochronie inwestycji zagranicznych.

Wieloletnie i uwzględniające bardzo szeroko zakrojone postępowanie dowodowe postępowania arbitrażowe w sprawie Jukosu śledzone były z niecierpliwością przez media na całym świecie. Przede wszystkim z powodu aresztowania jednego z najbardziej prominentnych rosyjskich biznesmenów – byłego prezesa zarządu Jukosu Michaiła Chodorkowskiego, ale także z uwagi na potencjalną możliwość pociągnięcia Federacji Rosyjskiej do odpowiedzialności na arenie międzynarodowej. Możliwość ta wraz z wydaniem wyroków stała się całkowicie realna. Pełnomocnik inwestorów Emmanuel Gaillard podczas konferencji prasowej po wydaniu wyroków nazwał ich wydanie „świętem dla rządów prawa", dowodzącym, że tak potężne państwo jak Federacja Rosyjska może być pociągnięte do odpowiedzialności za naruszenie prawa międzynarodowego przez niezależny trybunał arbitrażowy[3].

Jak wskazał bowiem trybunał arbitrażowy w wyrokach, Federacja Rosyjska swoimi działaniami, rzekomo uzasadnionymi unikaniem przez Jukos opodatkowania, w ciągu zaled-

---

[1] Autorka jest aplikantem adwokackim w Departamencie Postępowań Spornych Clifford Chance, Janicka, Krużewski, Namiotkiewicz i Wspólnicy sp.k.

[2] Dalej: „wyroki". Trzech byłych akcjonariuszy OAO Yukos Oil Company: Veteran Petroleum Limited z siedzibą na Cyprze, Hulley Enterprises Limited z siedzibą na Cyprze oraz Yukos Universal Limited z siedzibą na wyspie Man (łącznie dalej: „Jukos") w 2005 r. wytoczyło równolegle powództwa przeciwko Rosji na podstawie Traktatu Karty Energetycznej. Trzy postępowania arbitrażowe toczyły się jednocześnie przed tym samym trybunałem arbitrażowym w składzie L. Yves Fortier, Charles Poncet oraz Stephan M. Schewebel. Trybunał arbitrażowy 18 lipca 2014 r. wydał w tych sprawach trzy zasadniczo identyczne wyroki arbitrażowe, zasądzając na rzecz powodów odszkodowanie z tytułu wywłaszczenia inwestycji. Nawiązania do poszczególnych paragrafów w tym artykule odnoszą się bezpośrednio do numeracji paragrafów w wyroku w sprawie *Yukos Universal Limited przeciwko Rosji*.

[3] A. Ross, *Yukos investors win record sum against Russia*, „Global Arbitration Review" z 15 sierpnia 2014 r.

wie kilku lat doprowadziła do upadku koncernu i przejęcia jego majątku przez podmioty powiązane ze Skarbem Państwa i w związku z tym zakwalifikował działania Federacji Rosyjskiej jako działania o skutkach wywłaszczeniowych lub nacjonalizacyjnych[4]. „Atak" Federacji Rosyjskiej na Jukos polegał zdaniem trybunału m.in. na nałożeniu na koncern ogromnych obciążeń podatkowych, których celem nie było w istocie opodatkowanie, lecz doprowadzenie koncernu do upadku. Wskazywać na to miała m.in. procedura wymuszonej przez państwo sprzedaży najcenniejszego majątku Jukosu – spółki Yuganskneftegaz, która została w drodze przetargu zakupiona przez spółkę „wydmuszkę", w istocie należącą do kontrolowanego przez Skarb Państwa koncernu Rosneft, po zaniżonej cenie oraz ujawnione w toku postępowania wypowiedzi Władimira Putina, wskazujące konieczność znalezienia rozwiązania dla braków surowca w zasobach Rosneftu[5]. W związku z tym trybunał zasądził na rzecz byłych akcjonariuszy Jukosu odszkodowanie w wysokości 50 miliardów dolarów, wielokrotnie przewyższające najwyższe dotychczas odszkodowanie zasądzone w sprawie inwestycyjnej (*Occidental Petroleum przeciwko Ekwadorowi* w 2012 roku w niebagatelnej kwocie 1,7 mld dolarów)[6].

Chociaż w toku postępowania arbitrażowego rozważane były liczne roszczenia inwestorów i zarzuty Federacji Rosyjskiej, analiza uzasadnienia wyroków szczególnie zwraca uwagę na podejście trybunału arbitrażowego do tzw. doktryny „czystych rąk". Federacja Rosyjska zarzucała, jakoby Jukos w toku powstawania i prowadzenia inwestycji działał w sposób sprzeczny z prawem rosyjskim. Zdaniem Federacji Rosyjskiej „nieczyste ręce" i zła wiara podmiotów kontrolujących Jukos objawiały się w kilkudziesięciu działaniach Jukosu polegających m.in. na unikaniu opodatkowania poprzez lokowanie środków w regionach Rosji o niższym opodatkowaniu oraz nadużywanie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartej pomiędzy Federacją Rosyjską a Cyprem[7].

Trybunał arbitrażowy przeanalizował więc wpływ nielegalnych działań inwestorów na ich ochronę na gruncie właściwego traktatu o ochronie inwestycji zagranicznych – Traktatu Karty Energetycznej[8], a także na wysokość należnego inwestorowi odszkodowania. Przyznając, że unikanie opodatkowania stanowiło naruszenie prawa rosyjskiego[9], trybunał uznał, iż działania te nie mogą pozbawiać inwestorów ochrony na podstawie TKE, lecz jednocześnie nie mogą pozostać bez wpływu na orzeczenie trybunału arbitrażowego. Tym samym trybunał arbitrażowy uznał, iż skoro Jukos, unikając opodatkowania, przyczynił się do wyrządzonej inwestorom szkody (*contributory fault*), należne odszkodowanie należy odpowiednio obniżyć i w związku z tym obniżył je o jedną czwartą[10].

Wydaje się, iż w czasach, kiedy takie działania podmiotów gospodarczych jak korupcja czy unikanie opodatkowania nie są rzadkie, pytanie, jak na takie działania inwestora powinien zareagować trybunał arbitrażowy w sprawie wniesionej przeciwko państwu, jest jak najbardziej aktualne. Istotne jest, czy inwestor zagraniczny powinien ponosić konsekwencje swoich nielegalnych działań w państwie przyjmującym i jeżeli tak, jakie. W sprawach inwestycyjnych coraz bardziej widoczny staje się także problem nie tyle samego powstania inwestycji w sposób niezgodny z prawem państwa przyjmującego (tak jak zdobycie licencji na działalność w państwie przyjmującym z naruszeniem reguł przetargów publicznych), ale też jej późniejsze wykonywanie z naruszeniem lokalnych przepisów i zasad poprzez bardziej wyrafinowaną działalność, taką jak w sprawie Jukosu, długodystansowe unikanie opodatkowania.

---

[4] *Yukos Universal Limited przeciwko Rosji*, § 1580.

[5] A. Ross, *op.cit.*

[6] *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company przeciwko Ekwadorowi*, wyrok z 5 października 2012 r.

[7] *Yukos Universal Limited przeciwko Rosji*, § 1281 i n.

[8] Dalej: „TKE".

[9] *Ibidem*, § 1611.

[10] *Ibidem*, § 1637.

Niniejszy artykuł stara się odpowiedzieć na pytania, jakie mogą być potencjalne konsekwencje nielegalnych działań inwestorów zagranicznych w państwie przyjmującym; czy niezgodny z prawem charakter tych działań może mieć znaczenie dla właściwości trybunału arbitrażowego do rozpoznania sprawy czy też powinien raczej skutkować nieprzyjęciem roszczenia do rozpoznania bądź jego oddaleniem; i wreszcie czy jedną z metod sankcjonowania nielegalnych działań inwestora może być obniżenie należnego mu odszkodowania, jak to miało miejsce w sprawie Jukosu. Poniżej przedstawione zostaną pokrótce konkluzje dotychczasowego orzecznictwa trybunałów arbitrażowych w sprawach inwestycyjnych co do wpływu niezgodności inwestycji z prawem na ochronę przysługującą inwestorom zagranicznym na podstawie traktatów o ochronie inwestycji oraz sposób uwzględniania przyczynienia się przez inwestora do szkody jako warunku obniżenia należnego odszkodowania. Następnie opisane w tym kontekście zostaną wnioski trybunału arbitrażowego w sprawie Jukosu i ich potencjalny wpływ na przyszłe orzecznictwo.

2. Wymóg zgodności inwestycji i działań inwestora z prawem w dotychczasowym orzecznictwie

Orzecznictwo trybunałów arbitrażowych w sprawach inwestycyjnych wskazuje, że nielegalność inwestycji, a więc jej niezgodność z prawem państwa przyjmującego, może stanowić istotną barierę w dochodzeniu roszczeń przez inwestorów na podstawie międzynarodowych traktatów o ochronie inwestycji zagranicznych. Stanowi to odzwierciedlenie znanej prawu międzynarodowemu tzw. zasady „czystych rąk", zgodnie z którą działalność niezgodna z prawem powoduje zablokowanie możliwości dochodzenia roszczeń na arenie międzynarodowej[11]. Zasada ta znalazła odzwierciedlenie już z początkiem XX wieku w orzecznictwie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości[12]; dużo później została podkreślona w zdaniu odrębnym sędziego Stephena M. Schwebla (orzekającego zresztą też w wyrokach) do wyroku MTS w sprawie militarnej i paramilitarnej aktywności w i przeciwko Nikaragui[13]. Zastosowanie doktryny „czystych rąk" jest uzasadnione zasadą, iż ten, kto przychodzi po sprawiedliwość, musi mieć „czyste ręce", podobnie jak ten, kto przychodzi szukać sprawiedliwości, powinien sam być sprawiedliwy[14]. Choć sam MTS nigdy nie powołał się na zasadę „czystych rąk" w swoim orzecznictwie, nigdy też jej nie zakwestionował jako obowiązującej zasady prawa międzynarodowego[15].

Zasada „czystych rąk" jest coraz częściej podnoszona przez pozwane państwa jako forma obrony przed roszczeniami inwestorów zagranicznych. Mimo iż wydaje się brzmieć rozsądnie, a jej charakter jako zasady prawa międzynarodowego nie jest raczej kwestionowany, z uwagi na brak szczególnego ugruntowania w prawie międzynarodowym i orzecz-

[11] I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, wyd. 7, Oxford University Press 2008, s. 503; R. Moloo, *A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law*, Transnational Dispute Management, t. 8, nr 1, luty 2011, s. 6; K. Lim, *Upholding Corrupt Investors' Claims Against Complicit or Compliant Host States – Where Angels Should Not Fear to Tread*, (2012) Yearbook on International Investment Law & Policy 2011/2012, pkt 15.

[12] Dalej: „MTS". Chodzi o sprawę dotyczącą zmiany kierunku rzeki Mozy (*Holandia v. Belgia*), wyrok z 28 czerwca 1937 r., PCIJ Series A/B, No. 70.

[13] W sprawie tej Nikaragua pozwała Stany Zjednoczone za rzekomy atak zbrojny na terytorium Nikaragui, który w opinii sędziego Schwebla był odpowiedzią na zbrojny atak Nikaragui na Salwador. MTS nie dopatrzył się bezpośredniego związku przyczynowego pomiędzy atakami na Salwador a działaniami zbrojnymi Stanów Zjednoczonych w Nikaragui i większością głosów uwzględnił roszczenia Nikaragui. Jednakże sędzia Schwebel w swoim zdaniu odrębnym podkreślił, iż skoro Nikaragua w istocie sama była agresorem w tej sprawie, a więc ma „nieczyste ręce", jej roszczenia przeciwko Stanom Zjednoczonym powinny zostać oddalone w całości, zob. *Sprawa militarnej i paramilitarnej aktywności w i przeciwko Nikaragui (Nikaragua v. Stany Zjednoczone)*, wyrok z 27 czerwca 1986 r., zdanie odrębne sędziego Stephena M. Schwebla, ICJ Reports 1986.

[14] Zob. sędzia G. Fitzmaurice, cyt. przez R. Hofman et. al., *Max Planck Institute for International Law World Court Digest 1986–1990*, Springer-Verlag 1993, s. 5.

[15] R. Moloo, *op.cit.*, s. 4.

nictwie MTS międzynarodowe trybunały inwestycyjne stosują ją jeszcze z pewną dozą trudności. Nie oznacza to jednak, że nie znajduje ona odzwierciedlenia w ich orzecznictwie. Wręcz przeciwnie, wiele międzynarodowych traktatów o ochronie inwestycji wyraża tę zasadę poprzez klauzule wymagające zgodności inwestycji z prawem dla przyznania jej ochrony traktatowej[16]. Wskazuje się także, iż nawet w przypadku braku bezpośredniego odniesienia do wymogu legalności w traktatowej definicji inwestycji wymóg taki może być także wyinterpretowany z preambuły danego traktatu lub z postanowień dotyczących materialnych zobowiązań państw-stron[17].

Jednocześnie miejsce, w którym umieszczone zostało w traktacie odniesienie do zgodności inwestycji z prawem państwa przyjmującego, niejednokrotnie determinować będzie sposób, w jaki trybunał arbitrażowy zareaguje na brak tej zgodności, a więc czy upora się z tym na etapie jurysdykcyjnym czy też dopiero rozpoznając spór merytorycznie. Wydaje się, iż w sytuacji, w której dany traktat o ochronie inwestycji takie odniesienie zawiera, trybunał arbitrażowy będzie miał większą łatwość w uznaniu, iż w przypadku niezgodności inwestycji z prawem nie będzie ona podlegała właściwości trybunału lub ochronie traktatowej (co jednak nie jest regułą). Nie oznacza to jednak, iż w przypadku, gdy traktat nie zawiera żadnego odniesienia do legalności inwestycji lub nawet *prima facie* nie umożliwia takiej interpretacji, trybunał arbitrażowy nie będzie miał w ogóle możliwości pozbawienia nielegalnej inwestycji ochrony traktatowej.

Chociaż wiele międzynarodowych traktatów o ochronie inwestycji przewiduje, iż dla przyznania ochrony pod parasolem traktatu inwestycja powinna powstać zgodnie z prawem państwa przyjmującego, zasada legalności inwestycji jest traktowana przez inwestycyjne trybunały arbitrażowe bardzo różnorodnie. W dużej mierze to, jak nielegalność inwestycji będzie zaadresowana przez trybunał arbitrażowy, zależy od brzmienia konkretnej klauzuli w traktacie o ochronie inwestycji, zgodnie zresztą z zasadami interpretacji wyrażonymi w Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 roku. W szczególności także w kontekście sprawy Jukosu zwraca uwagę fakt, iż TKE nie zawiera wymogu, aby inwestycja była „legalna".

2.1. Co oznacza pojęcie „nielegalna inwestycja"?

Przede wszystkim należy rozważyć, kiedy w ogóle mamy do czynienia z „nielegalną" inwestycją w rozumieniu międzynarodowego prawa inwestycyjnego. W tym kontekście istotne są spostrzeżenia orzecznictwa i doktryny dotyczące zarówno powagi naruszenia prawa państwa przyjmującego, jak i momentu nielegalnej działalności inwestora.

2.1.1. Waga naruszenia

Pojęcie nielegalności w międzynarodowym prawie inwestycyjnym jest rozumiane bardzo szeroko, obejmując niezgodność działań inwestora związanych z inwestycją z prawem państwa przyjmującego[18]. Raczej nie powinno ulegać wątpliwości, że „nielegalne" w rozumieniu międzynarodowego prawa inwestycyjnego będą te inwestycje, które obejmą działalność gospodarczą wprost sprzeczną z prawem, korzystać będą z nielegalnego majątku lub będą skażone korupcją[19]. Pewną wskazówką, co w istocie jest nielegalną inwestycją, może być przytoczenie przez trybunał w decyzji w sprawie *Teinver przeciwko Argentynie* takich sytuacji jak brak odpowiedniej zgody na podpisanie kontraktu, oszu-

[16] Zob. np. traktaty o ochronie inwestycji zawarte pomiędzy: Republiką Federalną Niemiec a Filipinami, Republiką Włoską a Królestwem Maroka, Kanadą a Republiką Argentyny.

[17] T. Obersteiner, *„In Accordance with Domestic Law" Clauses: How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors*, „Journal of International Arbitration", Kluwer Law International 2014, t. 31, nr 2, s. 268.

[18] *Ibidem*, s. 265.

[19] *Ibidem*, s. 276.

stwo w procesie przetargowym, korupcja czy też niespełnienie wymogów zamówień publicznych[20]. Powyższa lista nie będzie jednak szczególnie pomocna w przypadku konieczności zakwalifikowania działalności inwestora jako nielegalnej wtedy, kiedy będzie ona powiązana z jakimś rodzajem aktywności zgodnej z prawem.

Jednocześnie orzecznictwo wydaje się w miarę jednolite w uznawaniu, że trybunały arbitrażowe nie powinny odmawiać ochrony inwestorom w takich sytuacjach, kiedy doszło do pewnych drobnych naruszeń prawa państwa przyjmującego, przykładowo w zakresie biurokratycznych wymogów. Jak wskazuje uzasadnienie wyroku w sprawie *Tokios Tokelės przeciwko Ukrainie*, wyłączenie inwestycji spod ochrony traktatowej z powodu tak drobnego naruszenia, jakim jest zarejestrowanie spółki pod niepoprawną nazwą, nie może mieć miejsca[21]. Podobnie uznał trybunał w sprawie *Metalpar przeciwko Argentynie* w odniesieniu do spóźnionej rejestracji spółki[22]. Dlatego też wydaje się, iż powodem uznania inwestycji za nielegalną (i w związku z tym zastosowania poniżej opisanych konsekwencji dla roszczeń z niej wynikających) powinno być co do zasady istotne naruszenie fundamentalnych zasad prawa państwa przyjmującego[23].

2.1.2. Moment naruszenia

W kontekście zakresu pojęcia nielegalnej inwestycji szczególnie istotny wydaje się także problem, czy owa nielegalność dotyczyć powinna jedynie procesu tworzenia inwestycji czy także jej wykonywania i kontrolowania. W sprawie *Teinver* trybunał podkreślił, iż etap, na którym dla stwierdzenia swojej jurysdykcji trybunał arbitrażowy badać będzie legalność działania inwestora, zależy od brzmienia konkretnej klauzuli w traktacie[24]. Przykładowo w tej sprawie traktat wyraźnie wskazywał, że kryterium legalności dotyczy nabycia lub powstania inwestycji (*acquiring or effecting*), co w opinii trybunału oznaczało, że konieczne jest jedynie zbadanie, czy inwestycja stała w zgodności z prawem na początkowym jej etapie. Do podobnych wniosków doszedł trybunał w sprawie *Fraport przeciwko Filipinom*, podkreślając, że istotna jest zgodność inwestycji z prawem na początkowym etapie, a późniejsze naruszenia nie mogą pozbawić trybunału jurysdykcji w zakresie sporów powstałych z tej inwestycji[25]. Problem ten zaakcentował również trybunał w uzasadnieniu wyroków[26].

Tymczasem w przypadku inwestycji, które powstały legalnie, ale dopiero ich wykonywanie i kontrolowanie odbywa się w sposób niezgodny z prawem, grunt nie jest już tak pewny. Doktryna przyjmuje przede wszystkim, że kwestia wykonywania i kontrolowania inwestycji w sposób zgodny z prawem nie tyle wpływa na jurysdykcję trybunału, co raczej podlegać powinna rozpoznaniu w merytorycznej fazie postępowania arbitrażowego[27]. Można spotkać się nawet ze stwierdzeniami, że trudno oczekiwać od inwe-

[20] *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. przeciwko Argentynie*, decyzja o jurysdykcji z 21 grudnia 2012 r., § 327.

[21] *Tokios Tokelės przeciwko Ukrainie*, wyrok z 26 lipca 2007 r., § 86.

[22] *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. przeciwko Argentynie*, decyzja o jurysdykcji z 27 kwietnia 2006 r., § 84.

[23] *LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. przeciwko Algierii*, decyzja o jurysdykcji z 12 lipca 2006 r., § 83; *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. przeciwko Kazachstanowi,* wyrok z 29 lipca 2008 r., § 168*; Desert Line Projects LLC przeciwko Jemenowi,* wyrok z 6 lutego 2008 r., § 104.

[24] *Teinver S.A., Transportes de Caranías S.A. & Autobuses Urbanos del Sur S.A. przeciwko Argentynie*, ICSID Case No. ARB/09/1, decyzja o jurysdykcji z 2012 r., § 318.

[25] *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide przeciwko Filipionom*, wyrok z 16 sierpnia 2007 r., §§ 344–345. Do podobnych wniosków doszedł trybunał w sprawie *Vannessa Ventures przeciwko Wenezueli*, wyrok z 16 czerwca 2013 r. § 167.

[26] Szerzej o tym w punkcie 4 tego artykułu.

[27] C.A. Miles, *Corruption, Jurisdiction and Admissibility in International Investment Claims*, „Journal of International Dispute Settlement", lipiec 2012, 3:2, 329–369, s. 361; Z. Douglas, *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration*, „ICSID Review – Foreign Investment Law Journal" (OUP: 2013), s. 2.

storów zagranicznych postępowania w ciągłej zgodności z każdym przepisem prawa państwa przyjmującego, bowiem byłoby to niewykonalne, a więc nie powinno się pozbawiać ich ochrony z powodu jakichkolwiek naruszeń prawa, bo byłoby to sprzeczne z celem traktatu[28]. Jednocześnie istnieje orzecznictwo wskazujące, że również legalność kontrolowania inwestycji ma znaczenie dla właściwości trybunału arbitrażowego. Tak wskazał trybunał w sprawie *Alasdair Ross Anderson przeciwko Kostaryce*, podkreślając, iż analizując swoją właściwość, trybunał arbitrażowy powinien najpierw zbadać, czy inwestycja istnieje, a następnie czy została nabyta i czy jest kontrolowana w sposób zgodny z prawem[29]. Przeważa jednak pogląd, że w rozumieniu traktatowym inwestycja tylko wtedy może być nielegalna, kiedy jej powstanie nastąpiło w sposób sprzeczny z prawem.

2.2. Jakie mogą być konsekwencje nielegalności inwestycji lub działań inwestora?

Jednym z pierwszych wyroków arbitrażowych w sprawach inwestycyjnych, które w sposób bardziej szczegółowy rozpatrywały kwestię wpływu brzmienia definicji inwestycji i wskazanego tam kryterium legalności inwestycji na ochronę traktatową był wyrok w sprawie *Salini przeciwko Maroko* – stanowiący zresztą źródło często stosowanych przez trybunały inwestycyjne tzw. kryteriów Salini, jakimi powinna cechować się inwestycja, aby spór inwestycyjny podlegał właściwości trybunału arbitrażowego[30]. W wyroku tym trybunał stwierdził, iż wymóg zgodności inwestycji z prawem wskazany w traktacie o ochronie inwestycji ma na celu pozbawienie nielegalnych inwestycji ochrony traktatowej[31].

Jak wskazuje orzecznictwo międzynarodowych trybunałów arbitrażowych, nielegalność inwestycji może być co do zasady przyczyną odmowy ochrony inwestycji zagranicznej poprzez (i) stwierdzenie braku jurysdykcji trybunału arbitrażowego, (ii) stwierdzenie niedopuszczalności (*inadmissibility*) roszczeń inwestora lub (iii) oddalenie roszczenia. Wciąż jednak pozostaje niejasne, która z powyższych konsekwencji nielegalności inwestycji powinna mieć zastosowanie, o czym świadczy chociażby fakt, iż oba te zarzuty były również alternatywnie podnoszone przez Federację Rosyjską w sprawie Jukosu i były rozważone w wyrokach[32].

2.2.1. Brak jurysdykcji

Doktryna międzynarodowego prawa inwestycyjnego wskazuje, iż udowodniony zarzut pozwanego państwa, jakoby inwestycja naruszała prawo państwa przyjmującego, powinien powodować odmowę stwierdzenia swojej właściwości do rozpoznania sporu przez międzynarodowy trybunał arbitrażowy[33].

Dokładnie w taki sposób uporał się z nielegalnością inwestycji trybunał w sprawie *Fraport przeciwko Filipinom*, w której właściwy traktat o ochronie inwestycji zawierał wymóg legalności w definicji inwestycji. Trybunał ten odmówił uznania swojej właściwości w odniesieniu do inwestycji Fraportu w terminal pasażerski lotniska w Manili, ponieważ w opinii trybunału Fraport ominął wynikający z konstytucji wymóg prowadzenia publicznych projektów przez spółki, których udziałowcami są w większości podmioty filipińskie, zawiera-

[28] T. Obersteiner, *op.cit.*, s. 279–280.

[29] *Alasdair Ross Anderson i in. przeciwko Kostaryce*, wyrok z 19 maja 2010 r., § 47.

[30] Kryteria Salini obejmują wkład pieniężny lub niepieniężny, oczekiwanie zarobku lub zysku, założenie występowania ryzyka, określony czas trwania inwestycji i przyczynienie się do rozwoju państwa przyjmującego.

[31] *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. przeciwko Maroko*, decyzja o jurysdykcji z 23 lipca 2009 r., § 46.

[32] Szerzej o tym w punkcie 4 tego artykułu.

[33] Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims 53*, Oxford University Press 2009, s. 106.

jąc umowy udziałowe z miejscowymi spółkami, które w istocie kontrolował, co umożliwiło obejście tego wymogu[34].

Analogiczne podejście do sprawy *Fraport* zaprezentował trybunał w sprawie *Phoenix Action przeciwko Czechom*, mimo że odpowiedni traktat o ochronie inwestycji nie zawierał (jak w traktacie Niemcy–Filipiny właściwym w sprawie *Fraport*) klauzuli dotyczącej zgodności inwestycji z prawem. Trybunał ten poszedł nawet o krok dalej, uznając, iż chociaż właściwa w sprawie konwencja ICSID nie wspomina o wymogu legalności inwestycji, wymóg ten istnieje[35]. Tym samym trybunał wskazał w istocie kolejne „kryterium Salini" charakteryzujące inwestycję w sprawach pod egidą ICSID, a mianowicie wymóg dokonania inwestycji w dobrej wierze, co odzwierciedla zresztą podstawowe zasady prawa międzynarodowego publicznego[36].

W sprawie *Phoenix Action* trybunał czerpał zresztą z wniosków trybunału sformułowanych w sprawie *Inceysa przeciwko Salwadorowi*, w której właściwy traktat o ochronie inwestycji także nie zawierał wymogu legalności inwestycji w ramach definicji tego pojęcia – nie był więc odosobniony. W sprawie tej inwestor sfabrykował istotne informacje finansowe i nie ujawnił konfliktu interesów, dzięki czemu wygrał przetarg na obsługę serwisów samochodowych. Trybunał odmówił stwierdzenia swojej właściwości z uwagi na nielegalne utworzenie inwestycji, wskazując, iż nie jest konieczne, aby wymóg ten był sformułowany właśnie w ramach definicji inwestycji, bowiem można go wyinterpretować z innych postanowień traktatowych oraz ogólnych zasad prawa międzynarodowego, w szczególności z zasady dobrej wiary, zasady niedopuszczalności czerpania korzyści z niezgodnego z prawem lub moralnością zachowania (*nemu auditor propriam turpitudinem allegans*[37]), a także zasady porządku publicznego[38].

Powyższe konkluzje trybunału w sprawie *Phoenix Action* skrytykował trybunał w sprawie *Saba Fakes przeciwko Turcji*, podkreślając, iż chociaż w przypadku nielegalnych inwestycji traktat o ochronie inwestycji nie znajduje zastosowania[39], to jednak doczytywanie się kryterium dobrej wiary w konwencji ICSID stanowi nadużycie kompetencji wynikających z art. 31 ust. 1 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, bowiem kryterium dobrej wiary nie może być interpretowane w ten sam sposób jak pozostałe „kryteria Salini", których umieszczenie w traktacie wprost byłoby dużo trudniejsze[40]. Warto także przytoczyć zdanie odrębne do wyroku w sprawie *Fraport* autorstwa Bernarda M. Cremadesa, w którym podkreślił on, iż zaprezentowane podejście trybunału jest niebezpieczne, ponieważ grozi wyłączeniem spod jurysdykcji trybunału innych istotnych roszczeń, podczas gdy kwestia legalności inwestycji jest kwestią merytoryczną, nie proceduralną[41].

Niezależnie więc od tego, czy przyjęte kryterium nazwane będzie kryterium legalności czy też dobrej wiary, odmowa jurysdykcji na podstawie niespełnienia kryterium zgodno-

---

[34] *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide przeciwko Filipinom*, wyrok z 16 sierpnia 2007 r., § 401. Wyrok w tej sprawie został uchylony w grudniu 2010 r., jednakże nie z powodu odmowy właściwości w związku z nielegalnością inwestycji, lecz z powodu naruszenia prawa do obrony. Rozpatrujący wniosek Fraportu o uchylenie decyzji o jurysdykcji komitet *ad hoc* stwierdził, iż odmawiając uznania swojej właściwości, trybunał arbitrażowy nie przekroczył swoich kompetencji, zob. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide przeciwko Filipinom*, decyzja w sprawie uchylenia z 23 grudnia 2010 r., § 118.

[35] *Phoenix Action przeciwko Czechom*, wyrok z 15 kwietnia 2009 r., § 101–102.

[36] C.A. Miles, *op.cit.*, s. 363.

[37] „Nikt nie może uzyskać korzystniejszej sytuacji prawnej przez postępowanie niezgodne z prawem lub moralnością", zob. M. Plebanek, *Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer 2012.

[38] *Inceysa Vallisoletana S.L. przeciwko Salwadorowi*, wyrok z 2 sierpnia 2006 r., § 240, 257.

[39] *Saba Fakes przeciwko Turcji*, wyrok z 14 lipca 2010 r., § 115. Do podobnych wniosków doszedł także trybunał w sprawie *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún przeciwko Boliwii*, decyzja o jurysdykcji z 27 września 2012 r., § 255.

[40] C.A. Miles, *op.cit.*, s. 366.

[41] *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide przeciwko Filipinom*, wyrok z 16 sierpnia 2007 r., zdanie odrębne, § 37.

ści z prawem jest obecna w orzecznictwie trybunałów inwestycyjnych, nawet w przypadkach kiedy sam traktat takiego wymogu nie stawia[42], w szczególności zaś jeżeli traktat zawiera jakiekolwiek postanowienia pozwalające stwierdzić, że intencją stron było ograniczenie zgody na arbitraż do takich inwestycji, które powstały lub są prowadzone w sposób zgodny z prawem państwa przyjmującego.

2.2.2. Niedopuszczalność roszczenia

Alternatywnym rozwiązaniem dla tych trybunałów, które uznają, że brak jest możliwości uznania ich właściwości, w przypadku gdy inwestycja była niezgodna z prawem, jest stwierdzenie niedopuszczalności roszczenia, a więc uznanie, że samo roszczenie nie jest dopuszczalne[43], mimo że trybunał jest właściwy do rozpoznania sprawy[44]. W przypadku więc gdy trybunał uzna się za właściwy do rozpoznania sprawy, może wciąż odmówić rozpoznania roszczeń inwestora jako „skażonych" nielegalnością, chociażby (ale niekoniecznie) w myśl przywołanej wcześniej zasady „czystych rąk". Stwierdzenie niedopuszczalności roszczenia opartego na nielegalnej inwestycji będzie się sprowadzało do odmówienia jej ochrony pod parasolem traktatu w wyroku kończącym postępowanie merytoryczne w sprawie.

W taki właśnie sposób podszedł do kwestii nielegalności inwestycji trybunał w sprawie *World Duty Free przeciwko Kenii*, w której inwestor otrzymał koncesję na prowadzenie sklepów bezcłowych na lotniskach w Kenii w zamian za łapówkę. Trybunał arbitrażowy stwierdził, że w świetle krajowych i międzynarodowych przepisów antykorupcyjnych i „transnarodowego" porządku publicznego nie ma możliwości egzekwowania kontraktu zawartego w drodze korupcji[45] i uznał roszczenia inwestora za niedopuszczalne[46].

Podobnie w jednej z najgłośniejszych spraw dotyczących inwestycji sprzecznych z prawem państwa przyjmującego – *Plama przeciwko Bułgarii* – inwestor, zakupując zdecydowaną większość akcji bułgarskiego koncernu naftowego, zaprezentował się jako uczestnik konsorcjum podmiotów o szerokich zasobach, podczas gdy w rzeczywistości był kontrolowany przez osobę fizyczną nieposiadającą istotnego majątku, naruszając wymogi prawne. Sprawa ta rozpatrywana była na podstawie TKE (a więc tak jak sprawa Jukosu), który nie zawiera wymogu legalności inwestycji. Trybunał uznał, iż w braku tego wymogu nie może odmówić uznania swojej właściwości do rozpoznania sprawy, ponieważ definicje inwestycji i inwestora w TKE są bardzo szeroko sformułowane, a nielegalność inwestycji w żadnym razie nie pozbawia ważności zgody stron na arbitraż[47]. Następnie jednak, po merytorycznym rozpoznaniu sprawy, wskazał (opierając się zresztą na konkluzjach wyroków w sprawach *Inceysa* i *World Duty Free*), iż skoro inwestycja została nabyta w sposób niezgodny z prawem bułgarskim w sposób zamierzony przez inwestora, przyznanie jej ochrony na gruncie TKE stałoby w sprzeczności m.in. z zasadą *nemu auditor propriam turpitudinem allegans,* z zasadą dobrej wiary obecnej w prawie bułgarskim i z zasadami porządku publicznego[48]. Trybunał podkreślił też, iż zgodnie z preambułą TKE celem traktatu jest wzmocnienie rządów prawa, a więc ochrona nielegalnych inwestycji nie stałaby z nim w zgodzie.

---

[42] Zob. też *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG przeciwko Ghanie*, wyrok z 18 czerwca 2010 r., § 123, 124; *Teinver S.A., Transportes de Caranías S.A. & Autobuses Urbanos del Sur S.A. przeciwko Argentynie*, ICSID Case No. ARB/09/1, decyzja o jurysdykcji z 2012 r., § 317.

[43] Tak jak to może mieć miejsce np. z powodu przedawnienia roszczenia.

[44] J. Paulsson, *Jurisdiction and Admissibility, Global Reflections on International Law*, w: *Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publishing; A. Newcombe, *The Question of Admissibility of Claims in Investment Treaty Arbitration*, www.kluwerarbitrationblog.com (dostęp: 4 października 2014 r.).

[45] *World Duty Free przeciwko Kenii*, wyrok z 4 października 2006 r., § 185.

[46] *Ibidem*, § 157.

[47] *Plama Consortium Limited przeciwko Bułgarii*, decyzja o jurysdykcji z 8 lutego 2005 r., § 128 i n.

[48] *Plama Consortium Limited przeciwko Bułgarii*, wyrok z 27 sierpnia 2008 r., § 143.

Nawet więc, gdy trybunał uzna się za właściwy do rozpoznania sprawy, nadal inwestycja może być pozbawiona ochrony przez uznanie roszczeń inwestora za niedopuszczalne. W takim przypadku traktatowe standardy ochrony nie znajdują zastosowania do podnoszonych przez inwestora roszczeń.

2.2.3. Oddalenie roszczenia

Możliwe jest także uznanie przez trybunał arbitrażowy, iż stosowany standard nie został w ogóle naruszony przez państwo, bowiem ingerencja państwa w działalność inwestora była uzasadniona jego nielegalną działalnością.

W takich przypadkach trybunały uznawały, że działania państwowe naruszające inwestycję są usprawiedliwione tym, że inwestor działał nielegalnie, co wręcz wymagało reakcji państwa. I tak przykładowo w sprawie *Thunderbird przeciwko Meksykowi* kanadyjski inwestor działał w sektorze hazardowym, wiedząc, że hazard jest w Meksyku zakazany. Kiedy państwo zamknęło obiekty należące do inwestora, a ten podniósł roszczenia traktatowe, m.in. naruszenie uzasadnionych oczekiwań, trybunał oddalił je, podkreślając, że świadomość nielegalnego działania wyklucza jakiekolwiek uzasadnione oczekiwania inwestora[49]. Podobnie w sprawie *Genin przeciwko Estonii* państwo cofnęło inwestorowi licencję bankową z uwagi na liczne naruszenia prawa bankowego[50].

W ten sposób wytyczona została w orzecznictwie trybunałów inwestycyjnych ścieżka, zgodnie z którą brak wymogu legalności inwestycji w traktacie o ochronie inwestycji nie zawsze musi oznaczać, że inwestycji nielegalnej będzie przysługiwała ochrona traktatowa. „Nieczyste ręce" inwestora mogą mieć różnorodne konsekwencje dla uzyskania przez inwestora ochrony traktatowej. Niezależnie od tego, czy konsekwencją taką będzie pozbawienie jurysdykcji, dopuszczalności czy oddalenie roszczenia, w każdym przypadku konsekwencje te doprowadzą *de facto* do pozbawienia inwestora ochrony traktatowej. Orzecznictwo międzynarodowe ponadto zdaje się potwierdzać, że nawet w braku konkretnej klauzuli traktatowej inwestor działający sprzecznie z prawem państwa przyjmującego nie zasługuje na ochronę, a odmienne podejście byłoby sprzeczne z celem traktatów o ochronie inwestycji. W dużej mierze jednak konkluzja ta zależy od brzmienia konkretnego traktatu i dotyczy raczej inwestycji powstałych w sposób niezgodny z prawem, ale już niekoniecznie takich, które dotknięte są nielegalnością po powstaniu.

3. Problem przyczynienia się inwestora do szkody w dotychczasowym orzecznictwie

W ramach analizy konsekwencji nielegalności działań inwestora warto zwrócić uwagę na konsekwencje przyczynienia się inwestora do szkody. Kwestia ta i jej wpływ na zasądzane odszkodowanie jest bowiem problemem wiążącym się ściśle z legalnością inwestycji i działań inwestora. Problem przyczynienia się do szkody jest analizowany przez trybunały arbitrażowe z reguły właśnie w tych przypadkach, w których doszło do naruszenia prawa przez inwestorów zagranicznych lub gdy ich zachowanie było niedbałe bądź nieracjonalne[51].

Zgodnie z art. 39 z projektu artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego dotyczących odpowiedzialności państwa za czyny niezgodne z prawem międzynarodowym z 2001 roku[52] zawinione działania podmiotu poszkodowanego powinny być wzięte pod uwagę

[49] *International Thunderbird Gaming Corporation przeciwko Meksykowi*, wyrok z 26 stycznia 2006 r., § 164, 165, 208.

[50] *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil przeciwko Estonii*, wyrok z 25 stycznia 2001 r., § 348–365.

[51] S. Ripinsky, *Assessing Damages in Investment Disputes: Practice in search of perfect*, „Journal of World Investment and Trade" 2009, t. 10, nr 1, s. 16.

[52] Dalej: „artykuły KPM".

przy wyliczaniu odszkodowania za czyn państwa. Jak wskazuje komentarz do artykułów KPM, chodzi tu o taką sytuację, w której doszło do naruszenia przez państwo prawa międzynarodowego, ale poszkodowany w sposób istotny przyczynił się do wyrządzonej mu szkody zawinionym działaniem[53]. Przez „zawinione" działania należy rozumieć te, które charakteryzują się wyraźnym niedbalstwem inwestora[54]. Zasada, że w sytuacji, w której inwestor w sposób istotny przyczyni się do szkody wyrządzonej mu działaniem państwa, wysokość należnego mu odszkodowania może zostać odpowiednio obniżona przez trybunał, wynika z tego, że państwo powinno ponosić odpowiedzialność jedynie za własne działania[55].

Jednym z pierwszych orzeczeń arbitrażowych, które analizowały problem przyczynienia się przez inwestora do szkody i zastosowały zasadę wyrażoną w art. 39 artykułów KPM, była sprawa *MTD przeciwko Chile*[56]. Inwestor w krótkim czasie zainwestował w budowę miasta w oparciu o projekt zatwierdzony przez władze Chile odpowiedzialne za inwestycje zagraniczne. Jak się okazało, projekt nie mógł być zrealizowany ze względu na jego niezgodność z planem zagospodarowania przestrzennego i w związku z tym inwestor, który nie uzyskał pozwolenia na budowę i stracił ogromne środki, zwrócił się do międzynarodowego trybunału o odszkodowanie za naruszenie standardu równego i sprawiedliwego traktowania. W opinii trybunału choć doszło do naruszenia traktatu, oczekiwania MTD co do możliwości realizacji projektu nie były uzasadnione mimo zatwierdzenia go przez właściwą jednostkę państwową. Dlatego trybunał, zasądzając odszkodowanie, uznał, że inwestor nie przeprowadził odpowiedniego *due diligence* w czasie dokonywania inwestycji, i obniżył należne mu odszkodowanie o 50%. Wyrok został poddany procedurze uchylenia[57] m.in. w oparciu o brak uzasadnienia dla stwierdzenia, że państwo i inwestor powinni ponosić odpowiedzialność za naruszenie standardu w równym stopniu. Po analizie wyroku komitet *ad hoc* wskazał, że zastosowanie art. 39 artykułów KPM było w tym przypadku uzasadnione, bowiem przyczynienie się MTD do szkody było istotne[58]. Decyzja komitetu *ad hoc* w tej sprawie wskazała, że dla celu obniżenia odszkodowania przyczynienie się inwestora do szkody powinno mieć przede wszystkim charakter znaczący i istotny, lecz jednocześnie to trybunał ma swobodę w określeniu poziomu winy obu stron[59]. W ten sposób sprawa *MTD* wyznaczyła standardy stosowania doktryny przyczynienia się do szkody w arbitrażu inwestycyjnym.

Powyższe podejście zastosował także trybunał w sprawie *Occidental Petroleum przeciwko Ekwadorowi*[60] (w której orzekał zresztą L. Yves Fortier, arbiter przewodniczący w sprawie Jukosu), w której inwestor w sposób niezgodny z prawem ekwadorskim (bez wymaganej akceptacji właściwego ministerstwa) zawarł umowę cesji praw z kontraktu państwowego na wydobycie ropy na inny podmiot, nie informując o tym przedstawicieli państwa. Działanie inwestora doprowadziło Ekwador do rozwiązania umowy z inwestorem i przejęcia kontroli nad majątkiem inwestora. Stwierdzając, iż doszło do naruszenia traktatu przez Ekwador, trybunał doszedł także do wniosku, że wysokość należnego inwestorowi odszkodowania może być obniżona w przypadku przyczynienia się przez inwestora do szkody, za co powinien ponieść częściową odpowiedzialność, i obniżył odszkodo-

[53] Komentarz do artykułów KPM, art. 39, pkt 1.
[54] *Ibidem*, pkt 5.
[55] S. Ripinsky, *op.cit.,* s. 15.
[56] *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. przeciwko Chile,* wyrok z 24 maja 2004 r.
[57] W ramach systemu ICSID.
[58] *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. przeciwko Chile*, decyzja w sprawie uchylenia z 21 marca 2007 r., § 101.
[59] *Ibidem*, § 101; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company przeciwko Ekwadorowi,* wyrok z 5 października 2012 r., § 670.
[60] *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company przeciwko Ekwadorowi,* wyrok z 5 października 2012 r.

wanie o 25%[61]. Nadto trybunał wskazał, że praktyczne zastosowanie doktryny przyczynienia się do szkody wymaga nie tylko wystąpienia czynu państwa niezgodnego z prawem międzynarodowym, ale także zawinionego działania inwestora, które pozostawać powinno w związku przyczynowym z poniesioną przez inwestora szkodą[62]. Zgodnie z wyrokiem trybunału komentarz do art. 31 z artykułów KPM dotyczący obowiązku naprawienia przez państwo szkody za czyn niezgodny z prawem międzynarodowym wyraźnie wskazuje, iż w każdym przypadku, gdy tylko możliwe jest wyodrębnienie części szkody, która jest powiązana związkiem przyczynowym z działaniem podmiotu innego niż państwo (lub którego działalność może być państwu przypisana), za tę część państwo nie powinno ponosić odpowiedzialności[63].

Gdy więc inwestor w sposób znaczący przyczynia się do powstałej szkody, przykładowo właśnie poprzez działanie sprzeczne z prawem, a aktywność ta pozostaje w związku przyczynowym ze szkodą, dopuszczalne jest obniżenie przez trybunał arbitrażowy zasądzanego odszkodowania.

4. Zastosowanie powyższych zasad w sprawie Jukosu

Analiza potencjalnych konsekwencji, z jakimi może spotkać się inwestor zagraniczny w związku z prowadzeniem działalności sprzecznej z prawem w kontekście powyższych standardów, pozwala postawić następujące pytanie: czy obniżenie należnego inwestorowi odszkodowania w związku z jego przyczynieniem się do szkody poprzez działalność sprzeczną z prawem może stać się pewnego rodzaju „sankcją" dla inwestora w takim przypadku, gdy właściwy traktat o ochronie inwestycji nie przewiduje wymogu legalności inwestycji? Na gruncie uzasadnień wyroków wydaje się, że tak. Dla naświetlenia powyższej konkluzji wniosków przeanalizowane zostaną wnioski, do jakich doszedł trybunał arbitrażowy w wyrokach, analizując zarówno doktrynę „nieczystych rąk", jak i przyczynienie się Jukosu do szkody wyrządzonej przez Federację Rosyjską.

4.1. „Nieczyste ręce"

Zarzut, jakoby Jukos w toku powstawania i prowadzenia inwestycji działał w sposób sprzeczny z prawem, był jednym z głównych zarzutów Federacji Rosyjskiej w postępowaniu arbitrażowym. Federacja Rosyjska podnosiła zarzut naruszenia przez Jukos prawa rosyjskiego w 28 przypadkach. Poszczególne zarzuty rzekomo nielegalnej działalności Jukosu podnoszone przez Federację Rosyjską układały się w kilka grup: nielegalne działania w toku prywatyzacji Jukosu m.in. poprzez konspirację i zmowy przetargowe; unikanie opodatkowania za pomocą umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartej pomiędzy Federacją Rosyjską a Cyprem; utworzenie schematu optymalizacji podatkowej, mającego na celu unikanie opodatkowania poprzez korzystanie z niskiego opodatkowania w różnych regionach Federacji; utrudnianie pobierania podatków przez państwo[64].

Federacja Rosyjska argumentowała, że powyższe naruszenia powodują alternatywnie (i) brak jurysdykcji trybunału nad roszczeniami akcjonariuszy Jukosu lub (ii) niedopuszczalność tych roszczeń, lub też (iii) konieczność ich oddalenia, jako że roszczenia są skażone nielegalnością i nie przysługuje im ochrona traktatowa. Trybunał arbitrażowy

[61] *Ibidem*, § 678.

[62] W. Sadowski, *Yukos and Contributory Fault*, Transnational Dispute Management, październik 2014 r., s. 3.

[63] Komentarz do *Artykułów KPM*, art. 31; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company przeciwko Ekwadorowi,* wyrok z 5 października 2012 r., § 668.

[64] *Yukos Universal Limited przeciwko Rosji*, § 1282 i n.

poddał każdy aspekt tego zarzutu, jak się wydaje, dość wnikliwej analizie, po której doszedł do wniosku, że argumenty pozwanego państwa nie znajdują uzasadnienia w TKE, będącym podstawą roszczeń Jukosu[65].

Podstawowym argumentem pozwanego państwa był brak ochrony inwestycji skażonych nielegalnością przez TKE mimo braku wyraźnego wymogu zgodności inwestycji z prawem. W szczególności Federacja Rosyjska opierała się na orzeczeniu w sprawie *Plama*, które zapadło właśnie na gruncie TKE i w którym, jak wskazano powyżej, trybunał doczytał się w TKE wymogu legalności inwestycji i uznał skażone nielegalnością roszczenia inwestora za niedopuszczalne. Alternatywnie Federacja Rosyjska podnosiła także, że zasada „czystych rąk" jest powszechnie uznaną zasadą prawa międzynarodowego.

Trybunał co do zasady zgodził się z argumentacją, że celem TKE i innych traktatów o ochronie inwestycji jest ochrona inwestycji legalnych[66], mimo braku wyraźnego sformułowania, czym potwierdził poniekąd konkluzje wyroku w sprawie *Plama*. Ponieważ jednak większość zarzutów dotyczyła działań mających miejsce już po powstaniu inwestycji (a nie jak w sprawie *Plama* działań związanych z jej rozpoczęciem), w treści uzasadnienia trybunał wyraźnie skupił się na analizie, czy wymóg legalności mający wpływ na jurysdykcję czy też dopuszczalność roszczeń obejmuje także taką działalność czy jedynie samo powstanie inwestycji. Trybunał wyraził wręcz kategoryczny sprzeciw wobec tego argumentu Federacji Rosyjskiej, podkreślając wyraźnie, iż inwestor może być pozbawiony możliwości powoływania się na przewidzianą w TKE ochronę inwestycji jedynie wtedy, kiedy nielegalność dotyczy powstania inwestycji (*the making*), a nie jej wykonywania (*the performance*)[67]. Nadto trybunał uznał, że wyroki takie jak *Plama* czy *Fraport*, nawet jeżeli w jakiś sposób wspierają forsowaną przez Federację Rosyjską argumentację, to jednak czynią to nazbyt ogólnie, aby usankcjonować uniknięcie odpowiedzialności przez państwo[68].

Następnie trybunał przeanalizował, czy w braku wymogu legalności inwestycji w TKE można go odszukać wśród ogólnych zasad prawa międzynarodowego. Trybunał doszedł do wniosku, że wymóg „czystych rąk" dla uzyskania ochrony traktatowej nie wynika z prawa międzynarodowego, bowiem powszechne zasady prawa międzynarodowego wymagają powszechnego uznania, podczas gdy Federacja Rosyjska wskazała raczej kontrowersyjny charakter tej doktryny, podając jako przykłady jedynie zdania odrębne do wyroków MTS, a nie decyzje większościowe[69]. Zatem wyroki zdają się potwierdzać dotychczas przeważającą tezę, jakoby działanie inwestora już po powstaniu inwestycji (w braku odpowiedniego brzmienia klauzuli traktatowej, jak to ma miejsce np. w TKE) nie wpływało na ochronę traktatową inwestycji.

Wreszcie trybunał podkreślił, iż nawet te działania, które Federacja Rosyjska przedstawiała jako naruszenie przez Jukos prawa w momencie powstawania inwestycji, nie kwalifikowałyby się do tego, żeby pozbawić roszczenia Jukosu ochrony traktatowej, bowiem nie były one wystarczająco związane z transakcją, w drodze której inwestycja została dokonana, a więc z zakupem akcji Jukosu (który sam w sobie uznano za zgodny z prawem), a jedynie ją poprzedzały[70]. Wydaje się więc, iż trybunał podkreślił, że nielegalne działanie inwestora musi w zasadzie doprowadzić do powstania inwestycji, bowiem ak-

[65] Już zresztą w decyzji o jurysdykcji w odpowiedzi na zarzut braku swojej właściwości z powodu rzekomego stanowienia przez Jukos „organizacji przestępczej" trybunał stwierdził, że *prima facie* nie widzi powodów uznania, jakoby działania Jukosu mogły spowodować konieczność uznania braku swojej właściwości w sprawie. Zob. *Yukos Universal Limited przeciwko Rosji*, § 1276.

[66] *Yukos Universal Limited przeciwko Rosji*, § 1352.

[67] *Ibidem*, §1354 i n.

[68] *Ibidem*, § 1356.

[69] *Ibidem*, § 1358 i n.

[70] *Ibidem*, § 1370. Trybunał wskazał, że istotna jest legalność transakcji nabycia inwestycji, a nie poprzedzające ją czynności.

tywność sprzeczna z prawem, ale mająca miejsce jedynie „wokół" powstania inwestycji, nie jest wystarczająca dla pozbawienia inwestora ochrony traktatowej.

Przyznając, że działalność Jukosu częściowo mogła być nielegalna, trybunał uznał jednak, że nie kwalifikuje się ona do tego, aby pozbawić Jukos ochrony należnej na podstawie TKE, jak się wydaje – głównie z uwagi na umieszczenie tej działalności w czasie.

4.2. Przyczynienie się do szkody

Nie przeszkodziło to jednak trybunałowi w zastosowaniu innego mechanizmu sankcjonującego działania Jukosu. Jako alternatywny dla pozbawienia ochrony traktatowej argument w toku postępowania Federacja Rosyjska podnosiła, iż odszkodowanie należne inwestorom powinno być obniżone właśnie z uwagi na nielegalne działania Jukosu i jego przedstawicieli. Zarzuty pozwanego państwa były oparte na art. 39 z artykułów KPM. Trybunał oparł swoją analizę także na art. 31 z artykułów KPM, wskazując, iż związek przyczynowy pomiędzy szkodą a działaniem inwestora mający polegać na przyczynieniu się jest konieczny dla obniżenia należnego inwestorowi odszkodowania[71].

Wyroki potwierdzają konkluzje wyroku w sprawie *Occidental Petroleum*, że przyczynienie się inwestora musi mieć charakter znaczący, a z drugiej strony trybunał ma swobodę w przypisywaniu winy obu stronom. Trybunał wskazał, że większość zarzutów podnoszonych przez Federację Rosyjską nie mogło przyczynić się do upadku Jukosu, natomiast kilka z nich, w szczególności unikanie opodatkowania, potencjalnie mogło wypełniać znamiona z artykułów KPM i warunkować obniżenie odszkodowania[72]. Trybunał uznał, że unikanie przez Jukos opodatkowania było sprzeczne z prawem rosyjskim, a co więcej, miało miejsce już przed skierowaniem przez władze rosyjskie licznych środków przeciwko Jukosowi[73]. Podobnie trybunał potraktował nadużywanie przez Jukos umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartej przez Federację Rosyjską z Cyprem[74]. W związku z tym trybunał doszedł do wniosku, że nie może całkowicie zignorować faktu naruszenia przez Jukos prawa rosyjskiego, które w istocie umożliwiło państwu powołanie się na te naruszenia i uzasadnienie nimi wszelkich działań podjętych przeciwko Jukosowi. Przy tym uznając, że naruszanie prawa podatkowego przez Jukos było jedynie pretekstem użytym przez Federację Rosyjską w celu doprowadzenia Jukosu do upadku, trybunał podkreślił, że naruszenia te pozostają w wystarczającym związku przyczynowym z upadkiem Jukosu[75].

Krytycy powyższej konkluzji wskazują, że skoro kwestie podatkowe były jedynie pretekstem zastosowanym przez Federację Rosyjską do wywłaszczenia Jukosu, to nie powinny być uznane za przyczynienie się przez Jukos do szkody[76]. Wydaje się jednak, że w sprawie tej trybunał nie tyle uznał, że Federacja Rosyjska użyła jako pretekstu *de facto* legalnych działań Jukosu, na które w normalnym stanie rzeczy nie zwróciłaby uwagi, lecz wskazał, że bez naruszeń prawa podatkowego szkoda Jukosu mogłaby być mniejsza lub Federacja Rosyjska musiałaby znaleźć inne uzasadnienie czy metody w celu doprowadzenia koncernu do upadku[77]. To, że działania Jukosu były zaledwie pretekstem dla środków podjętych przez państwo, nie oznacza jeszcze, że działania te nie powinny być sankcjonowane na arenie międzynarodowej.

[71] *Ibidem*, § 1597 i n.
[72] *Ibidem*, § 1608.
[73] *Ibidem*, § 1611 i n.
[74] *Ibidem*, § 1621.
[75] Rozważając naruszenie TKE przez Federację Rosyjską, trybunał wskazał także, że niewątpliwie Jukos powinien spodziewać się, iż unikaniem opodatkowania ryzykuje podjęcie przez państwo odpowiednich środków, co miało wpływ na uzasadnione oczekiwania Jukosu.
[76] W. Sadowski, *op.cit.*, s. 12–13.
[77] *Yukos Universal Limited przeciwko Rosji*, § 1615.

Należy jednak zgodzić się z twierdzeniem, że wyroki nie uzasadniają szeroko sposobu obniżenia odszkodowania[78], bowiem analiza uzasadnienia nie wskazuje wyraźnie, dlaczego w opinii trybunału unikanie opodatkowania przez Jukos stanowiło aż jedną czwartą szkody koncernu. Chociaż niewątpliwie inwestor nie powinien przyczyniać się do winy, skrócone uzasadnienie wywołuje element niepewności.

5. Konkluzje

Nielegalna działalność inwestora czy też nielegalne powstanie inwestycji mogą mieć co najmniej dwa rodzaje konsekwencji dla roszczeń podnoszonych przez inwestora na arenie międzynarodowej. Po pierwsze mogą one doprowadzić do pozbawienia inwestora ochrony traktatowej (czy to przez odmowę uznania właściwości przez trybunał czy też przez uznanie roszczenia za niedopuszczalne lub bezpodstawne w związku z nielegalnością). Po drugie nawet jeżeli roszczenia inwestora będą zdaniem trybunału arbitrażowego zasadne, prawo międzynarodowe przewiduje możliwość obniżenia należnego mu za naruszenie traktatu odszkodowania proporcjonalnie do poziomu zawinienia inwestora. Konsekwencje te są w skutkach niezwykle poważne i mogą dotyczyć nie tylko inwestorów, którzy prowadzili szeroko zakrojoną działalność sprzeczną z prawem w państwie przyjmującym, ale też tych, którym naruszenie przepisów zdarzyło się jednorazowo i nie było poważne w skutkach lub którzy w swojej aktywności stali na granicy prawa.

Ponieważ jednak precyzyjne określenie dokładnego rodzaju działalności sprzecznej z prawem państwa przyjmującego, który kwalifikowałby się na nielegalne w rozumieniu prawa międzynarodowego, byłoby niezwykle utrudnione, wydaje się, że pozytywnie należy ocenić wypracowywanie mechanizmów mających służyć zachowaniu równowagi między interesami państw i inwestorów. Taką próbę podjął właśnie trybunał w sprawie Jukosu. Wyroki umacniają obecną w dotąd niewielu orzeczeniach argumentację, że w przypadku, gdy inwestor działał nielegalnie, naruszając w sposób znaczący prawo państwa przyjmującego, i pozostaje to w związku przyczynowym ze szkodą przez niego poniesioną, jego działanie może być sankcjonowane, nawet jeżeli odpowiedni traktat nie zawiera wymogu legalności inwestycji dla przyznania jej ochrony. Mechanizm ten może także stanowić pewnego rodzaju odpowiedź na problem nadużywania przez inwestorów standardów ochrony traktatowej. Niewątpliwie jednak ponieważ stanowi on ograniczenie należnego za naruszenie prawa międzynarodowego odszkodowania, powinien być stosowany ostrożnie. Pozostaje obserwować, czy z zastosowania tej metody przez trybunał arbitrażowy w tej „największej" sprawie w historii arbitrażu inwestycyjnego skorzysta przyszłe orzecznictwo i w jaki sposób.

[78] W. Sadowski, *op.cit.*, s. 34.

Klauzula najwyższego uprzywilejowania jako podstawa jurysdykcji w arbitrażu inwestycyjnym w świetle orzecznictwa trybunałów arbitrażowych

Ludwina Klein*

1. Klauzula najwyższego uprzywilejowania – pojęcie

Klauzule najwyższego uprzywilejowania (*most favoured nation clauses*) były zamieszczane w międzynarodowych umowach handlowych najprawdopodobniej już w XII wieku. Tradycyjnie ich celem było zagwarantowanie preferencyjnego traktowania towarów i usług w zakresie dostępu do rynku. Wraz z rozszerzeniem ich zastosowania na sferę międzynarodowych umów inwestycyjnych spełniane przez nie funkcje uległy pewnym modyfikacjom. Podstawowe cechy klauzul najwyższego uprzywilejowania zamieszczanych we współczesnych umowach inwestycyjnych zostały trafnie ujęte w poświęconej tym klauzulom publikacji opracowanej w 2010 r. przez Konferencję Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju (UNCTAD)[1], zgodnie z którą klauzula najwyższego uprzywilejowania:

- jest obowiązkiem mającym swoje źródło w konkretnej umowie inwestycyjnej,
- wymaga przeprowadzenia porównania między traktowaniem dwóch zagranicznych inwestorów znajdujących się w podobnych okolicznościach; jest w związku z tym relatywnym standardem i musi być stosowana w obiektywnie podobnych sytuacjach,
- podlega zasadzie *eiusdem generis*, co oznacza, że może ona znaleźć zastosowanie jedynie do kwestii należących do tego samego przedmiotu albo tej samej kategorii przedmiotów, do których się odnosi,
- nie ma wpływu na swobodę kontraktową, więc państwa nie mają obowiązku przyznawać zagranicznym inwestorom przywilejów lub ulg udzielonych indywidualnym inwestorom na podstawie zawartych z nimi umów,
- w celu ustalenia naruszenia zasady najwyższego uprzywilejowania konieczne jest wykazanie mniej korzystnego traktowania, którego podstawę lub źródło stanowi narodowość zagranicznego inwestora[2].

* Prawnik w Praktyce Postępowań Sądowych i Arbitrażowych kancelarii Wardyński i Wspólnicy sp.k.

[1] UNCTAD, *Most-Favoured Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York–Geneva, United Nations 2010.

[2] *Most-Favoured Nation Treatment*..., s. xiii–xiv.

Samo pojęcie klauzuli najwyższego uprzywilejowania zostało zdefiniowane w projekcie artykułów dotyczących klauzuli najwyższego uprzywilejowania opracowanym przez Międzynarodową Komisję Prawa[3]. Według art. 4 wspomnianego dokumentu „klauzula najwyższego uprzywilejowania jest to postanowienie umowne, zgodnie z którym państwo podejmuje zobowiązanie wobec innego państwa do przyznania najwyższego uprzywilejowania w uzgodnionym zakresie stosunków"[4]. Z kolei pojęcie najwyższego uprzywilejowania zostało zdefiniowane jako „traktowanie przyznane przez państwo udzielające państwu beneficjentowi, lub osobom lub rzeczom w określonej relacji z tym państwem, nie mniej korzystne niż traktowanie przyznane przez państwo udzielające państwu trzeciemu lub osobom lub rzeczom w tej samej relacji z tym państwem trzecim"[5].

Tradycyjnie klauzule najwyższego uprzywilejowania znajdowały zastosowanie jedynie do materialnoprawnych zasad ochrony inwestycji, takich jak sprawiedliwe i równe traktowanie (*fair and equitable treatment*). Stopniowo w orzecznictwie trybunałów arbitrażowych zaczęła pojawiać się tendencja do obejmowania zakresem klauzuli najwyższego uprzywilejowania również zagadnień proceduralnych i konsekwentnie do umożliwiania inwestorom powoływania się na postanowienia regulujące rozwiązywanie sporów zawarte w innym traktacie inwestycyjnym, które w ocenie inwestora są korzystniejsze. Należy jednak podkreślić, że obecnie w żadnym razie nie można mówić o „jednolitej linii orzeczniczej" trybunałów arbitrażowych w zakresie dopuszczalności powołania się na klauzulę najwyższego uprzywilejowania w celu skorzystania z korzystniejszych postanowień dotyczących kwestii proceduralnych.

2. Postanowienia umów inwestycyjnych dotyczące rozwiązywania sporów między inwestorami i państwami przyjmującymi

Postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów między inwestorami i państwami przyjmującymi są niemal nieodłącznym elementem umów inwestycyjnych. Pełnią one ważną funkcję ochronną, wyposażając inwestorów w mechanizm umożliwiający dochodzenie przysługujących im roszczeń powstałych na skutek naruszenia przez państwo przyjmujące ciążących na nim zgodnie z umową inwestycyjną obowiązków. Treść postanowień regulujących rozwiązywanie sporów zamieszczanych w umowach inwestycyjnych nie jest jednolita, przy czym różnice dotyczą zarówno zakresu spraw poddanych pod rozstrzygnięcie trybunałów arbitrażowych, jak i procedur, których inwestorzy muszą przestrzegać, aby móc skutecznie dochodzić swoich roszczeń. Co istotne, tworzenie wspomnianych różnic jest powszechnym elementem praktyki umownej państw. Innymi słowy w poszczególnych umowach inwestycyjnych zawieranych przez to samo państwo zamieszczane są odmienne postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów z inwestorami.

Gdy chodzi o zakres spraw poddanych pod rozstrzygnięcie w drodze arbitrażu, można spotkać się zarówno z klauzulami szerokimi, niezawierającymi żadnych ograniczeń, jak i wąskimi, które wprost wskazują kategorie sporów, co do których państwo przyjmujące wyraża zgodę na ich rozstrzygnięcie tą drogą. Przykładem postanowienia, które można zaliczyć do pierwszej ze wspomnianych kategorii, jest art. 10 umowy inwestycyjnej zawartej przez Polskę z Argentyną[6], zgodnie z którym:

---

[3] International Law Commission, *Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses*, tekst przyjęty podczas 30 sesji Komisji w 1978 r.

[4] *„A most-favoured-nation clause is a treaty provision whereby a state undertakes an obligation towards another state to accord most-favoured-nation treatment in an agreed sphere of relations"*.

[5] *„Treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favourable than treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State"*.

[6] Umowa między Rządem Rzeczpospolitej Polskiej a Rządem Republiki Argentyny w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji z 31 lipca 1991 r.

„1. Wszelki spór, jaki powstanie w ramach niniejszej umowy, dotyczący inwestycji między inwestorem jednej Umawiającej się Strony a drugą Umawiającą się Stroną, będzie w miarę możliwości rozstrzygany polubownie.

2. Jeżeli spór nie może być rozstrzygnięty w terminie 6 miesięcy od daty zainicjowania go przez jedną ze stron, to może on być przedłożony na wniosek inwestora:

   – właściwemu sądowi krajowemu Umawiającej się Strony występującej w sporze bądź

   – procedurze arbitrażu międzynarodowego ustalonej zgodnie z postanowieniami ustępu 3.

   Jeżeli inwestor przedłoży spór do rozstrzygnięcia sądowi krajowemu właściwej Umawiającej się Strony lub arbitrażowi międzynarodowemu, wybór jednej z tych dróg postępowania jest ostateczny i definitywny [...]".

Równie szeroki zakres ma klauzula zawarta w art. 7 polsko-jordańskiej umowy inwestycyjnej[7].

Natomiast przykładem klauzuli o wąskim zakresie zastosowania jest poniższy art. 8 umowy inwestycyjnej, której stronami są Polska i Turcja[8]:

„1. Spory pomiędzy inwestorami jednej Umawiającej się Strony i drugą Umawiającą się Stroną, dotyczące zobowiązań tej Umawiającej się Strony wynikających z artykułów 5 i 6 niniejszej umowy i dotyczących inwestycji tego inwestora, które nie zostały polubownie rozstrzygnięte w okresie dwunastu miesięcy od daty pisemnego zawiadomienia o roszczeniu, zostaną przekazane do rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu międzynarodowego"[9].

Procedury obowiązujące inwestorów chcących dochodzić swoich roszczeń przeciwko państwu przyjmującemu mogą dotyczyć w szczególności konieczności uzyskania zgody państwa będącego stroną sporu na jego poddanie pod rozstrzygnięcie w drodze arbitrażu zgodnie z określonym regulaminem arbitrażowym lub obowiązku podporządkowania się pewnym wymaganiom przedarbitrażowym.

W niektórych przypadkach umawiające się państwa decydują się na wyrażenie z góry zgody na poddanie wszystkich bądź określonej kategorii sporów z inwestorami jurysdykcji trybunałów arbitrażowych. Co więcej, zgoda ta często obejmuje arbitraż według kilku alternatywnie wskazanych regulaminów arbitrażowych, z pozostawieniem wyboru inwestorowi. Takie postanowienie zawarte jest m.in. w polsko-jordańskiej umowie inwestycyjnej, która oferuje inwestorom wybór między regulaminami arbitrażowymi SCC, ICC, UNCITRAL oraz (choć tylko teoretycznie) ICSID[10]. Inną opcją jest pozostawienie inwestorowi wyboru między postępowaniem przed lokalnymi sądami państwa przyjmującego a postępowaniem arbitrażowym. Przy czym klauzule tego typu zazwyczaj zastrzegają, iż wybór przez inwestora określonego forum jest ostateczny i definitywny (tzw. klauzule *fork-in-the-road*). Przykład tego typu postanowienia stanowi zacytowany powyżej art. 10 umowy inwestycyjnej zawartej przez Polskę z Argentyną.

Nierzadko jednak postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów nie zawierają wiążącej oferty rozwiązywania sporów w drodze arbitrażu i przewidują, że zgoda na poddanie sporu pod rozstrzygnięcie trybunału arbitrażowego zostanie udzielona przez państwo

[7] Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Jordańskim Królestwem Haszymidzkim w sprawie wzajemnego popierania i ochrony inwestycji z 4 października 1997 r.

[8] Umowa między Rządem Rzeczpospolitej Polskiej a Rządem Republiki Turcji o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji z 11 sierpnia 1991 r.

[9] Art. 5 i 6 regulują odpowiednio wywłaszczenie oraz transfer inwestycji i przychodów.

[10] W przypadku gdy obie strony będą sygnatariuszami Konwencji w sprawie rozstrzygania sporów inwestycyjnych między państwami a obywatelami drugich państw. Polska do dziś nie podpisała wspomnianej konwencji.

dopiero po powstaniu tego sporu. W niektórych przypadkach umowa inwestycyjna może nakładać na państwo obowiązek udzielenia takiej zgody, w innych decyzja będzie pozostawiona państwu będącemu stroną sporu. Przykład pierwszego ze wspomnianych rozwiązań stanowi art. 8 ust. 1 cytowanej już umowy inwestycyjnej zawartej przez Polskę z Turcją, który przewiduje, że „w przypadku przekazania sporu do arbitrażu międzynarodowego inwestor i Umawiająca się Strona, będący stronami sporu, wyrażą zgodę [obowiązek wyrażenia zgody – przyp. aut.] na jego rozstrzygnięcie" przez ICSID albo trybunał arbitrażowy *ad hoc* utworzony zgodnie z regulaminem arbitrażowym UNCITRAL. Natomiast umowa inwestycyjna łącząca Polskę z Uzbekistanem[11] zawiera przykład drugiego ze wspomnianych powyżej rozwiązań. Zgodnie z jej art. 10 ust. 2 lit. b spory inne niż te dotyczące zobowiązań z art. 5 (transfer) i art. 6 (wywłaszczenie i odszkodowanie) zostaną przekazane „za zgodą obu stron [brak obowiązku wyrażenia zgody – przyp. aut.] do rozstrzygnięcia trybunałowi arbitrażowemu".

Z kolei wspomniane powyżej wymagania przedarbitrażowe dotyczą najczęściej obowiązku podjęcia próby rozwiązania sporu w sposób polubowny ze wskazaniem okresu (najczęściej od 6[12] do 12[13] miesięcy), przez jaki strony sporu powinny podejmować starania w tym zakresie. Bardziej rygorystyczne warunki przedarbitrażowe, nakładające na inwestorów obowiązek dochodzenia roszczeń przed lokalnymi sądami przez okres 18 miesięcy, zostały zawarte na przykład w szeregu umów inwestycyjnych zawartych przez Argentynę[14]. Klauzule przewidujące ostatni z wymienionych warunków były przedmiotem analizy wielu trybunałów arbitrażowych, stąd część z nich została omówiona w rozdziale 4 poniżej.

3. Treść klauzuli najwyższego uprzywilejowania a możliwość jej zastosowania do postanowień dotyczących rozwiązywania sporów

Na wstępie wypada zauważyć, że większość klauzul najwyższego uprzywilejowania sformułowana jest bardzo ogólnie, co pozostawia trybunałom arbitrażowym pole do ich interpretacji. Część z nich ogranicza się do stwierdzenia, iż najwyższe uprzywilejowanie dotyczyć ma „wszelkich spraw" uregulowanych w danej umowie inwestycyjnej[15]. Inne wskazują, że ma się ono odnosić do inwestycji[16], inwestycji oraz przychodów[17] bądź też inwestycji oraz pewnych czynności podejmowanych przez inwestorów w stosunku do inwestycji, takich jak „zarządzanie, utrzymywanie, wykorzystywanie, osiąganie korzyści lub rozporządzanie"[18]. Tylko nieliczne klauzule najwyższego uprzywilejowania wprost wskazują kwestie rozwiązywania sporów jako wchodzące w ich zakres albo, przeciwnie, wyraźnie je z tego zakresu wyłączają. Przykłady obydwu wspomnianych rozwiązań można znaleźć w umowach inwestycyjnych zawartych przez Wielką Brytanię.

Wiele umów inwestycyjnych zawartych przez Wielką Brytanię od lat 90. ubiegłego wieku zawiera postanowienia potwierdzające wyraźnie w celu uniknięcia wątpliwości w tym zakresie, że zastosowanie zamieszczonej w nich klauzuli najwyższego uprzywilejowania

[11] Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Uzbekistanu o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji z 11 stycznia 1996 r.

[12] Art. 10 ust. 2 polsko-argentyńskiej umowy inwestycyjnej, art. 7 ust. 2 polsko-jordańskiej umowy inwestycyjnej, art. 9 ust. 2 umowy między Rządem Rzeczpospolitej Polskiej a Rządem Kanady w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji z 6 kwietnia 1990 r., art. 10 ust. 2 polsko-uzbeckiej umowy inwestycyjnej.

[13] Art. 8 ust. 1 polsko-tureckiej umowy inwestycyjnej.

[14] Dotyczy to przykładowo umów inwestycyjnych zawartych przez Argentynę z Hiszpanią i Niemcami.

[15] Art. IV umowy inwestycyjnej między Argentyną a Hiszpanią; art. 2 umowy inwestycyjnej między Belgią i Rosją.

[16] Art. 3 ust. 1 umowy inwestycyjnej między Argentyną a Niemcami.

[17] Art. 3 ust. 2 umowy inwestycyjnej zawartej przez Polskę i Argentynę, nb. 6; art. 3 ust. 2 umowy inwestycyjnej zawartej przez Polskę z Kanadą, nb. 12;

[18] Art. 3 ust. 2 i 3 umowy inwestycyjnej zawartej przez Polskę z Turcją, nb. 8.

rozciąga się również na zawarte w danej umowie inwestycyjnej postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów. Do wspomnianych umów należą m.in. umowy inwestycyjne zawarte przez Wielką Brytanię z Ukrainą[19], Turkmenistanem[20], Gruzją[21], Kazachstanem[22] i Azerbejdżanem[23]. Natomiast przykład postanowienia wyłączającego kwestie rozwiązywania sporów z zakresu zastosowania klauzuli najwyższego uprzywilejowania stanowi art. III ust. 2 brytyjsko-kolumbijskiej umowy inwestycyjnej[24].

W braku wyraźnych wskazówek w tym zakresie w celu ustalenia, czy dana klauzula najwyższego uprzywilejowania może znaleźć zastosowanie do zagadnień proceduralnych, konieczna jest analiza jej treści, zgodnie z zasadami interpretacji umów międzynarodowych zawartymi w art. 31 i 32 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów[25]. Wydaje się jednak, że ze względu na swoją funkcję klauzule najwyższego uprzywilejowania nie powinny być interpretowane zawężająco.

W przypadku klauzul szerokich, a więc wyraźnie odnoszących się do „wszelkich spraw" uregulowanych w danej umowie inwestycyjnej, nie ma podstaw do wyłączania postanowień regulujących rozwiązywanie sporów z zakresu ich zastosowania. Takie stanowisko spotkało się z szerokim uznaniem w orzecznictwie trybunałów arbitrażowych[26]. Można zaryzykować stwierdzenie, że sformułowanie „wszelkie sprawy" kreuje swego rodzaju domniemanie objęcia zakresem zastosowania danej klauzuli najwyższego uprzywilejowania również zagadnień proceduralnych. Domniemanie takie może być oczywiście obalone za pomocą dowodu przeciwnego, takiego jak chociażby materiały z okresu negocjacji danej umowy inwestycyjnej. Co więcej, również w przypadku klauzul sformułowanych węziej, wprost odnoszących się do traktowania inwestorów i inwestycji, trybunały arbitrażowe były skłonne przyjąć, iż w zakresie ich zastosowania mieszczą się postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów[27].

Należy jednak podkreślić, że w bogatym dorobku trybunałów arbitrażowych można znaleźć również orzeczenia, których autorzy zajęli przeciwne stanowisko, przyjmując, że w zakresie zastosowania klauzul najwyższego uprzywilejowania nie mieszczą się postanowienia regulujące rozwiązywanie sporów, chyba że co innego wynika w sposób niebudzący wątpliwości z treści tych klauzul[28]. Przy czym znakomita większość ze wspomnianych orzeczeń zapadła w sprawach, w których przedmiotem analizy były klauzule

[19] Art. 3 ust. 3 umowy między Rządem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej a Rządem Ukrainy w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji z 10 lutego 1993 r.

[20] Art. 3 ust. 3 umowy między Rządem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej a Rządem Turkmenistanu w sprawie popierania i ochrony inwestycji z 9 lutego 1995 r.

[21] Art. 3 ust. 3 umowy między Rządem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej a Rządem Republiki Gruzji w sprawie popierania i ochrony inwestycji z 15 lutego 1995 r.

[22] Art. 3 ust. 3 umowy między Rządem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej a Rządem Republiki Kazachstanu w sprawie popierania i ochrony inwestycji z 23 listopada 1995 r.

[23] Art. 3 ust. 3 umowy między Rządem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej a Rządem Republiki Azerbejdżanu w sprawie popierania i ochrony inwestycji z 4 stycznia 1996 r.

[24] Umowa między Rządem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej a Rządem Republiki Kolumbii w sprawie popierania i ochrony inwestycji z 17 marca 2010 r.

[25] Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu 23 maja 1969 r. (Dz.U. z 2 listopada 1990 r.).

[26] *Emilio Augustin Mafezzini przeciwko Hiszpanii*, sprawa ICSID nr ARB/97/7; *Gas Natural SDG przeciwko Argentynie*, sprawa ICSID nr ARB/03/10; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. i Vivendi Universal S.A. przeciwko Argentynie*, sprawa ICSID nr ARB/03/19; *Teinver S.A. Transportes de Cercanías S.A. i Autobuses Urbanos del Sur S.A. przeciwko Argentynie*, sprawa ICSID nr ARB/09/1; *Camuzzi International S.A. przeciwko Argentynie*, sprawa ICSID nr ARB/03/7.

[27] *Siemens A.G. przeciwko Argentynie*, sprawa ICSID nr ARB/02/8; *Hochtief A.G. przeciwko Argentynie,* sprawa ICSID nr ARB/07/31; *National Grid przeciwko Argentynie*, sprawa UNCITRAL 1:09-cv-00248-RBW, *RosInvestCo UK Ltd przeciwko Rosji*, sprawa SCC nr V 079/2005.

[28] Przykładowo *Salini Construttori S.p.A. i Italstrade S.p.A. przeciwko Jordanii*, sprawa ICSID nr ARB/02/13; *Plama Consortium Limited*, *przeciwko* Cyprowi, sprawa ICSID nr ARB/03/24; *Telenor Mobile Communications A.S. przeciwko Węgrom*, Sprawa ICSID nr ARB/04/15; *Daimler Financial Services A.G. przeciwko Argentynie*, sprawa ICSID nr ARB/05/1.

najwyższego uprzywilejowania nieodnoszące się do „wszelkich spraw" uregulowanych umową inwestycyjną[29].

4. Sytuacje, w których trybunały arbitrażowe dopuściły zastosowanie klauzuli najwyższego uprzywilejowania w odniesieniu do postanowień dotyczących rozwiązywania sporów

Na podstawie dotychczasowego dorobku orzecznictwa trybunałów arbitrażowych można wyróżnić trzy kategorie przypadków, w których za dopuszczalne uznano zastosowanie klauzuli najwyższego uprzywilejowania w odniesieniu do postanowień dotyczących rozwiązywania sporów:

- zastosowanie klauzuli najwyższego uprzywilejowania w celu pominięcia wymagań przedarbitrażowych;
- zastosowanie klauzuli najwyższego uprzywilejowania w celu rozszerzenia jurysdykcji trybunału arbitrażowego *ratione materiae*;
- zastosowanie klauzuli najwyższego uprzywilejowania w celu „importowania" zgody państwa będącego stroną sporu na arbitraż według określonego regulaminu[30].

4.1. Zastosowanie klauzuli najwyższego uprzywilejowania w celu pominięcia wymagań przedarbitrażowych

Tradycyjnie powodowie powoływali się na klauzulę najwyższego uprzywilejowania jedynie w celu pominięcia wymagań przedarbitrażowych, takich jak obowiązek dochodzenia roszczeń przed sądami państwa przyjmującego przed przedłożeniem ich do rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu międzynarodowego.

Pierwszą sprawą, w której trybunał arbitrażowy pozwolił powodowi skutecznie powołać się na klauzulę najwyższego uprzywilejowania w celu pominięcia wymagań przedarbitrażowych, była sprawa *Emilio Augustin Mafezzini przeciwko Hiszpanii*[31]. Umowa inwestycyjna między Argentyną i Hiszpanią przewidywała obowiązek dochodzenia przez inwestora roszczeń przed lokalnymi sądami państwowymi przez 18 miesięcy przed przedłożeniem ich do rozstrzygnięcia międzynarodowemu trybunałowi arbitrażowemu. Zawarta w tej umowie klauzula najwyższego uprzywilejowania obejmowała „wszelkie sprawy" będące przedmiotem umowy inwestycyjnej. Powód E. Mafezzini, argentyński inwestor, chciał „importować" korzystniejsze dla siebie, bo przewidujące obowiązek prowadzenia 6-miesięcznych negocjacji, postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów z umowy inwestycyjnej zawartej przez Chile z Hiszpanią. Trybunał uznał, że „procedury rozwiązywania sporów są nierozerwalnie związane z ochroną zagranicznych inwestorów" przewidzianą przez umowy inwestycyjne, a międzynarodowy arbitraż i inne mechanizmy rozwiązywania sporów są niezbędnym elementem ochrony praw zagwarantowanych w umowach inwestycyjnych. Dlatego też w sytuacji gdy umowa inwestycyjna zawarta z państwem trzecim zawiera postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów, które są korzystniejsze z punktu widzenia ochrony praw i interesów inwestora niż te zawarte w umowie inwestycyjnej zawartej przez państwo będące stroną sporu z państwem, z którego pochodzi inwestor, takie korzystniejsze postanowienia mogą znaleźć zastosowanie również w odniesieniu do beneficjenta klauzuli najwyższego uprzywilejowania,

[29] Wyjątek stanowi sprawa *Vladimir Berschader i Moïse Berschader przeciwko Rosji,* sprawa SCC nr 080/2004.

[30] C. Salomon, S. Friedrich, *How Most Favoured Nation Clauses in Bilateral Investment Treaties Affect Arbitration*, Practical Law Arbitration.

[31] Sprawa ICSID nr ARB/97/7.

ponieważ są w pełni kompatybilne z zasadą *eiusdem generis*[32]. Trybunał przyjął więc, że klauzula najwyższego uprzywilejowania znajduje zastosowanie do kwestii proceduralnych, chyba że inna była intencja państw sygnatariuszy danej umowy inwestycyjnej.

Takie podejście zostało potwierdzone w wielu kolejnych sprawach.

Pierwszą grupę stanowią spory, które podobnie jak w przypadku sprawy *Mafezzini*, dotyczyły umowy inwestycyjnej zawartej przez Hiszpanię z Argentyną.

I tak m.in. w sprawie *Gas Natural SDG przeciwko Argentynie*[33], podobnie jak w sprawie *Mafezzini*, powód próbował uniknąć konieczności dochodzenia swoich roszczeń przez 18 miesięcy przed lokalnymi sądami, powołując się na korzystniejsze postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów znajdujące się w innej umowie inwestycyjnej zawartej przez państwo przyjmujące, tj. Argentynę. W tym przypadku to korzystniejsze postanowienie miało zostać „zaimportowane" z umowy inwestycyjnej zawartej przez Argentynę ze Stanami Zjednoczonymi. W rozstrzygnięciu w przedmiocie jurysdykcji trybunał podkreślił, że dostęp do niezależnego międzynarodowego arbitrażu jest ważnym – być może najważniejszym – elementem ochrony inwestorów. Dlatego też trybunał arbitrażowy w pełni podzielił stanowisko w sprawie *Maffezini*, że klauzula najwyższego uprzywilejowania znajduje zastosowanie do postanowień dotyczących rozwiązywania sporów, chyba że brak wątpliwości co do tego, iż intencja państwa będącego stroną sporu była inna[34].

Podobne stanowisko w odniesieniu do klauzuli najwyższego uprzywilejowania zamieszczonej w umowie inwestycyjnej zawartej przez Hiszpanię i Argentynę zostało wyrażone przez trybunały arbitrażowe w sprawach *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. i InterAguas Servicios Integrales del Aqua S.A. przeciwko Argentynie*[35], *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. i Vivendi Universal S.A. przeciwko Argentynie*[36] oraz *Teinver S.A. Transportes de Cercanías S.A. i Autobuses Urbanos del Sur S.A. przeciwko Argentynie*[37].

Kolejną grupę spraw, w których trybunały umożliwiły inwestorom pominięcie wymagań przedarbitrażowych przy użyciu klauzuli najwyższego uprzywilejowania, stanowią sprawy powstałe na kanwie umowy inwestycyjnej zawartej przez Argentynę i Niemcy przewidującej – podobnie jak umowa zawarta przez Argentynę z Hiszpanią – obowiązek dochodzenia roszczeń przed lokalnymi sądami przez 18 miesięcy przed przedłożeniem ich do rozstrzygnięcia międzynarodowemu trybunałowi arbitrażowemu.

W pierwszej z nich, *Siemens A.G. przeciwko Argentynie*[38], trybunał pozwolił niemieckiemu inwestorowi powołać się na zamieszczoną w niemiecko-argentyńskiej umowie inwestycyjnej klauzulę najwyższego uprzywilejowania w celu „importowania" do tej umowy postanowień dotyczących rozwiązywania sporów z umowy zawartej przez Argentynę z Chile. Trybunał arbitrażowy podzielił stanowisko zaprezentowane w sprawie *Maffezini*, aczkolwiek doszedł do tych samych konkluzji w inny sposób. Z uwagi na węższy niż w umowie hiszpańsko-argentyńskiej zakres klauzuli najwyższego uprzywilejowania trybunał musiał odwołać się do celu niemiecko-argentyńskiej umowy inwestycyjnej, którym jest ochrona i promocja inwestycji[39].

Analogiczna sytuacja miała miejsce w sprawie *Hochtief A.G. przeciwko Argentynie*[40], jednak w tym przypadku decyzja w przedmiocie jurysdykcji nie była jednomyślna. Jeden

[32] Postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z 25 stycznia 2000 r., § 54–56.
[33] Sprawa ICSID nr ARB/03/10.
[34] Postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z 17 czerwca 2005 r., § 49.
[35] Sprawa ICSID nr ARB/03/17.
[36] Sprawa ICSID nr ARB/03/19.
[37] Sprawa ICSID nr ARB/09/1.
[38] Sprawa ICSID nr ARB/02/8.
[39] Postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z 3 sierpnia 2004 r., § 81 i 86.
[40] Sprawa ICSID nr ARB/07/31.

z arbitrów, sędzia Christopher Thomas QC, zgłosił zdanie odrębne, w którym stanowczo sprzeciwił się rozciągnięciu zastosowania przedmiotowej klauzuli najwyższego uprzywilejowania na postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów[41].

Jednocześnie jednak tym samym czasie, w którym zapadły przywołane powyżej orzeczenia, inne trybunały arbitrażowe zajmowały całkowicie odmienne stanowiska w odniesieniu do dopuszczalności powołania się przez inwestorów na klauzulę najwyższego uprzywilejowania zamieszczoną w umowie inwestycyjnej zawartej przez Argentynę i Niemcy celem uniknięcia konieczności dochodzenia roszczeń przez 18 miesięcy przed lokalnymi sądami. Między innymi w sprawach *Wintershall Aktiengesellschaft przeciwko Argentynie*[42] i *Daimler Financial Services A.G. przeciwko Argentynie*[43] trybunały arbitrażowe zajmujące się wspomnianą klauzulą uznały, że nie znajduje ona zastosowania do postanowień dotyczących rozwiązywania sporów. Co ciekawe, jeden z arbitrów, prof. Domingo Bello Janiero, który w drugiej z wymienionych spraw głosował za zapadłą decyzją, zasiadał również w trybunale arbitrażowym w sprawie *Siemens*, w której zapadło przeciwne rozstrzygnięcie. Profesor sporządził opinię, w której wyjaśnił przyczyny zmiany swojego stanowiska[44]. Z kolei sędzia Charles N. Brower, który zasiadał również w trybunale arbitrażowym w sprawie *Hochtief A.G.*, w sprawie *Daimler* zgłosił zdanie odrębne, tym samym podtrzymując swoje wcześniejsze stanowisko co do zakresu zastosowania przedmiotowej klauzuli najwyższego uprzywilejowania[45].

Możliwość powołania się przez inwestorów na klauzulę najwyższego uprzywilejowania w celu pominięcia wymagań przedarbitrażowych została potwierdzona także przez trybunały arbitrażowe powołane w sprawach dotyczących umowy inwestycyjnej zawartej przez Argentynę z Wielką Brytanią, *National Grid przeciwko Argentynie*[46] i *AWG Group przeciwko Argentynie*[47], jak również w orzeczeniach trybunałów arbitrażowych w sprawach *Impreligo S.p.A. przeciwko Argentynie*[48] i *Camuzzi International S.A. przeciwko Argentynie*[49], które dotyczyły odpowiednio umów zawartych przez Argentynę z Włochami oraz z Luksemburgiem.

Natomiast trybunały arbitrażowe w sprawach *ICS Inspection i Control Services przeciwko Argentynie*[50] oraz *Kilic Insaat przeciwko Turkmentistanowi*[51] uznały, że zawarte odpowiednio w umowie między Argentyną a Wielką Brytanią (tej samej, którą zajmowały się trybunały w sprawach *National Grid* i *AWG Group*) oraz w umowie Turcji z Turkmenistanem klauzule najwyższego uprzywilejowania nie znajdują zastosowania do postanowień regulujących rozwiązywanie sporów.

4.2. Klauzula najwyższego uprzywilejowania jako podstawa rozszerzenia jurysdykcji trybunału arbitrażowego *ratione materiae*

Kolejnym celem przyświecającym inwestorom powołującym się na klauzulę najwyższego uprzywilejowania w odniesieniu do kwestii proceduralnych było objęcie zakresem jurysdykcji trybunału pewnych kategorii sporów, które nie zostały wprost poddane rozstrzygnięciu trybunału arbitrażowego.

[41] Zdanie odrębne sędziego Christophera Thomasa QC z 7 października 2011 r.
[42] Sprawa ICSID nr ARB/04/14.
[43] Sprawa ICSID nr ARB/05/1.
[44] Opinia prof. Dominga Bello Janiera z 16 sierpnia 2012 r.
[45] Zdanie odrębne sędziego Charlesa N. Browera z 15 sierpnia 2012 r.
[46] Sprawa UNCITRAL 1:09-cv-00248-RBW.
[47] Sprawa UNCITRAL, administrowana przez ICSID.
[48] Sprawa ICSID nr ARB/07/17.
[49] Sprawa ICSID nr ARB/03/7.
[50] Sprawa PAC nr 2010-9.
[51] Sprawa ICSID nr ARB/10/01.

Jedyne orzeczenie zezwalające inwestorowi na wykorzystanie zawartej w umowie inwestycyjnej klauzuli najwyższego uprzywilejowania w tym właśnie celu zostało wydane przez trybunał arbitrażowy w sprawie *RosInvestCo UK Ltd przeciwko Rosji*[52]. Umowa inwestycyjna między Wielką Brytanią i Rosją zawierała klauzulę arbitrażową, w zakresie której mieściło się jedynie ustalenie wysokości odszkodowania z tytułu wywłaszczenia, a już nie mieściło się ustalenie, czy do wywłaszczenia doszło. Trybunał uznał, że – w świetle zawartej w ww. umowie inwestycyjnej klauzuli najwyższego uprzywilejowania – w zakresie jego jurysdykcji mieści się również rozstrzygnięcie w przedmiocie wywłaszczenia, ponieważ umowa inwestycyjna zawarta przez Rosję z Danią zawierała klauzulę arbitrażową obejmującą takie kwestie. Uzasadniając swoje stanowisko, trybunał wskazał, że jakkolwiek zastosowanie w przedmiotowej sprawie klauzuli najwyższego uprzywilejowania do regulującego kwestie rozwiązywania sporów art. 8 brytyjsko-rosyjskiej umowy inwestycyjnej prowadzi do rozszerzenia zastosowania tego postanowienia, które sprzeczne jest z ograniczeniami w nim zawartymi, to jednak jest to „normalny rezultat zastosowania klauzuli najwyższego uprzywilejowania"[53].

Spraw, w których trybunały arbitrażowe nie pozwoliły na rozszerzenie jurysdykcji trybunału arbitrażowego *ratione materiae* z powołaniem na klauzulę najwyższego uprzywilejowania, jest znacznie więcej. Można je podzielić na trzy grupy utworzone w oparciu o kryterium zakresu jurysdykcji *ratione materiae* przyznanej trybunałom arbitrażowym w poszczególnych umowach inwestycyjnych, których sprawy te dotyczyły.

Do pierwszej grupy zaliczyć można sprawę *Salini Construttori S.p.A. i Italstrade S.p.A. przeciwko Jordanii*[54]. Włoscy inwestorzy próbowali powołać się na zamieszczoną w umowie inwestycyjnej zawartej przez Włochy z Jordanią klauzulę najwyższego uprzywilejowania w celu rozszerzenia jurysdykcji trybunału, która obejmowała jedynie roszczenia wynikające z umowy inwestycyjnej, również na roszczenia o charakterze kontraktowym. Powodowie wskazywali, że inne umowy inwestycyjne zawarte przez Jordanię, np. ze Stanami Zjednoczonymi czy Wielką Brytanią, poddawały pod rozstrzygnięcie w drodze arbitrażu także spory, których przedmiotem były roszczenia kontraktowe. W wyniku analizy zawartej w art. 3 włosko-jordańskiej umowy inwestycyjnej klauzuli najwyższego uprzywilejowania trybunał doszedł do wniosku, że jej zakres zastosowania nie obejmuje postanowień dotyczących rozwiązywania sporów. Taka konkluzja trybunału wynikała w pierwszej kolejności z faktu, że wspomniana klauzula nie zawierała odniesienia do „wszelkich spraw" objętych zakresem umowy inwestycyjnej. Ponadto trybunał uznał, że *Salini* nie przedstawiło, żadnych dowodów na to, że wspólną intencją stron było objęcie zakresem zastosowania klauzuli najwyższego uprzywilejowania również postanowień regulujących rozwiązywanie sporów.

W skład drugiej grupy wchodzą sprawy, w których jurysdykcji *ratione materiae* trybunałów arbitrażowych poddane zostały wyłącznie roszczenia związane z wywłaszczeniem, dotyczące zarówno ustalenia odpowiedzialności państwa za wywłaszczenie, jak i należnego z tego tytułu odszkodowania.

W sprawie *Telenor Mobile Communications A.S. przeciwko Węgrom*[55] norweski inwestor zgłosił roszczenia zarówno z tytułu wywłaszczenia, jak i z tytułu naruszenia przez Węgry obowiązku sprawiedliwego i równego traktowania. W związku z tym, że znajdujące się w norwesko-węgierskiej umowie inwestycyjnej postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów poddawały pod rozstrzygnięcie trybunału arbitrażowego wyłącznie roszczenia związane z wywłaszczeniem, powód dążył do zastąpienia tych postanowień korzystniejszymi zapisami z innych umów inwestycyjnych podpisanych przez Węgry, które nie zawierały takich ograniczeń. Odmawiając uwzględnienia argumentacji *Telenora*, trybunał zauważył, że szeroka interpretacja klauzul najwyższego uprzywilejowa-

[52] Sprawa SCC nr V 079/2005.
[53] Postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z 5 października 2007 r., § 131.
[54] Sprawa ICSID nr ARB/02/13.
[55] Sprawa ICSID nr ARB/04/15.

nia narażałaby państwa na tzw. *treaty shopping* (nabywanie korzyści umownych), a ponadto prowadziłaby do kreowania jurysdykcji, tam gdzie w rzeczywistości ona nie istniała[56].

Podobna sytuacja miała miejsce w sprawie *Accession Mezzanine Capital L.P. i Danubius Kereskedohaz Vagyonkelo Zrt przeciwko Węgrom*[57], w której powodowie próbowali przekonać trybunał arbitrażowy, że z mocy znajdującej się w brytyjsko-węgierskiej umowie inwestycyjnej klauzuli najwyższego uprzywilejowania jego jurysdykcja rozciąga się również na roszczenia oparte o zwyczajowe prawo międzynarodowe. Trybunał arbitrażowy uznał wprawdzie, że roszczenia zgłoszone przez powodów mieszczą się w zakresie jego jurysdykcji *ratione materiae*, jednakże nie z racji zastosowania klauzuli najwyższego uprzywilejowania, a z uwagi na to, że są one związane z wywłaszczeniem. Jednocześnie trybunał zauważył, że klauzule najwyższego uprzywilejowania nie mogą służyć tworzeniu podstawy roszczeń, co do których strony nie wyraziły zgody na dochodzenie ich w postępowaniu arbitrażowym[58].

Ostatnią grupę stanowią sprawy, w których jurysdykcja trybunałów arbitrażowych *retione materiae* była najwęższa i obejmowała – podobnie jak w przypadku sprawy *RosInvestCo* – jedynie ustalenie wysokości odszkodowania z tytułu wywłaszczenia, a już nie rozstrzygnięcie, czy do wywłaszczenia doszło.

Pierwsza z tych spraw dotyczyła sporu powstałego na tle umowy inwestycyjnej zawartej przez Cypr i Bułgarię. Cypryjski inwestor, *Plama Consortium Limited*, wytoczył przeciwko Bułgarii powództwo o odszkodowanie z tytułu wywłaszczenia[59]. Jednakże zawarta w postanowieniach dotyczących rozwiązywania sporów zgoda Bułgarii na arbitraż obejmowała jedynie kwestię ustalenia wysokości odszkodowania z tytułu wywłaszczenia po ustaleniu odpowiedzialności państwa będącego stroną sporu zgodnie z procedurami obowiązującymi w tym państwie. Powołując się na zawartą w cypryjsko-bułgarskiej umowie inwestycyjnej klauzulę najwyższego uprzywilejowania, powód próbował „importować" do tej umowy postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów zamieszczone w innych umowach inwestycyjnych sygnowanych przez Bułgarię, które takiego ograniczenia nie zawierały. Trybunał arbitrażowy nie podzielił argumentacji powoda i uznał, że przedmiotowa klauzula najwyższego uprzywilejowania nie znajduje zastosowania do postanowień dotyczących rozwiązywania sporów. Konkluzja trybunału była wynikiem interpretacji rzeczonej klauzuli przeprowadzonej zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 31 i 32 Konwencji wiedeńskiej.

Belgijsko-rosyjska umowa inwestycyjna, stanowiąca źródło sporu między belgijskimi inwestorami Vladimirem Berschaderem i Moïse Berschaderem a Rosją[60], zawierała podobne ograniczenie jurysdykcji trybunałów arbitrażowych *ratione materiae*, jak to znajdujące się w cypryjsko-bułgarskiej umowie inwestycyjnej analizowanej w sprawie *Plama.* Powodowie podnosili, że zawarta w belgijsko-rosyjskiej umowie inwestycyjnej klauzula najwyższego uprzywilejowania umożliwia im powołanie się na postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów zamieszczone w umowie inwestycyjnej zawartej przez Rosję z Danią, która nie zawierała takiego ograniczenia i poddawała pod rozstrzygnięcie w drodze arbitrażu „wszelkie sprawy pozostające w związku z inwestycją". Trybunał arbitrażowy odmówił rozszerzenia swojej jurysdykcji, przyjmując, że zawarta w belgijsko-rosyjskiej umowie inwestycyjnej klauzula najwyższego uprzywilejowania nie obejmowała postanowień dotyczących rozwiązywania sporów. Co ciekawe, trybunał doszedł do takiej konkluzji, mimo że przedmiotowa klauzula wskazywała wyraźnie, że znajduje zastosowanie do „wszelkich spraw" uregulowanych w umowie inwestycyjnej. Trybunał uznał, że w tym konkretnym przypadku przytoczone sformułowanie nie może być inter-

[56] Wyrok trybunału arbitrażowego z 13 września 2006 r., § 93.
[57] Sprawa ICSID nr ARB/12/3.
[58] Postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z 16 stycznia 2013 r., § 73.
[59] Sprawa ICSID nr ARB/03/24.
[60] Sprawa SCC nr 080/2004.

pretowane literalnie, zwłaszcza w świetle dowodów pochodzących z okresu negocjacji przedmiotowego umowy, które wskazywały na intencję Rosji, aby klauzula najwyższego uprzywilejowania nie znalazła zastosowania do postanowień regulujących rozwiązywanie sporów[61].

Dowody odnoszące się do przebiegu negocjacji skłoniły do odmowy rozszerzenia swojej jurysdykcji *ratione materiae* również trybunał arbitrażowy w sprawie *Austrian Airlines przeciwko Słowacji*[62]. Zamieszczone w umowie inwestycyjnej zawartej przez Austrię i Słowację postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów przewidywały poddanie pod rozstrzygnięcie w drodze arbitrażu wyłącznie sporów dotyczących wysokości lub warunków płatności odszkodowania z tytułu wywłaszczenia. Co istotne, trybunał skrytykował stanowisko zajęte przez trybunały arbitrażowe w sprawach *Telenor*, *Plama* i *Berschader* i przyjął, że postanowienia, w których zawarta jest zgoda państwa na rozstrzyganie określonych sporów w drodze arbitrażu, nie mogą być intepretowane rygorystycznie. Jednocześnie nie wykluczył możliwości rozciągnięcia zastosowania klauzuli najwyższego uprzywilejowania na kwestie proceduralnych. Ostatecznie przyjął jednak, że w przedmiotowej sprawie pierwszeństwo należy przyznać szczególnym postanowieniom dotyczącym rozwiązywania sporów, w których strony wyraziły swoją intencję ograniczenia zakresu spraw poddanych pod rozstrzygnięcie w drodze arbitrażu. Zdanie odrębne zgłosił sędzia Charles N. Brower, który uznał, że zawarta w austriacko-słowackiej umowie inwestycyjnej klauzula najwyższego uprzywilejowania znajduje zastosowanie do również do postanowień dotyczących rozwiązywania sporów. W ocenie sędziego Browera wniosek taki płynął z redakcji przedmiotowej klauzuli, która wprost wykluczała pewne kategorie spraw ze swojego zastosowania, a zatem brak było podstaw do tworzenia dodatkowych ograniczeń wprost w niej niewymienionych[63].

4.3. Klauzula najwyższego uprzywilejowania jako źródło zgody państwa na arbitraż według określonego regulaminu

Przełomowe orzeczenie, w którym trybunał arbitrażowy po raz pierwszy zaakceptował powołanie się na klauzulę najwyższego uprzywilejowania jako źródło zgody na arbitraż według regulaminu arbitrażowego wskazanego w innej umowie inwestycyjnej, zostało wydane w sprawie *Garanti Koza LLP przeciwko Turkmenistanowi*[64]. Przedmiotem sporu między brytyjską spółką z branży budowlanej a Turkmenistanem był brak zapłaty za wykonane roboty budowlane.

Postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów zamieszczone w umowie inwestycyjnej zawartej przez Wielką Brytanię z Turkmenistanem zawierały ogólną zgodę państw na arbitraż, natomiast stronom przyszłych sporów pozostawiono prawo wyboru określonego regulaminu arbitrażowego, zgodnie z którym miały one zostać rozstrzygnięte. Wśród dopuszczalnych opcji wymieniono arbitraż według regulaminu ICSID, regulaminu ICC albo regulaminu UNCITRAL. Wyraźnie jednak przewidziano, że wobec braku porozumienia stron ewentualne postępowanie arbitrażowe toczyć się będzie zgodnie z ostatnim z wymienionych regulaminów. Mimo że w przedmiotowej sprawie Turkmenistan nie wyraził zgody na rozstrzygnięcie zgodnie z regulaminem ICSID, brytyjski inwestor podnosił, że możliwość taka wynika z zastosowania zawartej w brytyjsko-turkmeńskiej umowie inwestycyjnej klauzuli najwyższego uprzywilejowania. Co istotne, przedmiotowa klauzula przewidywała wprost, że znajduje zastosowanie do postanowień regulujących rozwiązywanie sporów. Bezsporne było również to, że postanowienia umów inwestycyjnych zawartych przez Turkmenistan z innymi państwami, w tym ze Szwajcarią, przewidywały

[61] Wyrok trybunału arbitrażowego z 21 kwietnia 2006 r., § 192–194 oraz § 199 i n.
[62] Sprawa UNCITRAL.
[63] Zdanie odrębne z 9 października 2009 r.
[64] Postanowienie w przedmiocie zarzutu braku jurysdykcji z 3 lipca 2013 r., ICSID Case No. ARB/11/20.

możliwość nieograniczonego wyboru przez inwestora pomiędzy arbitrażem według regulaminu ICSID i regulaminu UNCITRAL.

Trybunał arbitrażowy zgodził się z argumentacją powoda i uznał, że znajdująca się w umowie inwestycyjnej zawartej przez Wielką Brytanię z Turkmenistanem klauzula najwyższego uprzywilejowania pozwala na „importowanie" z umowy inwestycyjnej zawartej przez Turkmenistan ze Szwajcarią postanowienia przyznającego inwestorom uprawnienie do swobodnego wyboru pomiędzy arbitrażem według regulaminu ICSID i arbitrażem według regulaminu UNCITRAL. W uzasadnieniu trybunał podkreślił w pierwszej kolejności, że nie ulega wątpliwości, iż Turkmenistan wyraził zgodę na rozstrzyganie sporów dotyczących jego obowiązków umownych w odniesieniu do inwestycji poczynionych na jego terytorium przez brytyjskich inwestorów w drodze arbitrażu. Trybunał wskazał także, że zawarta w brytyjsko-turkmeńskiej umowie inwestycyjnej klauzula najwyższego uprzywilejowania wprost przewiduje zastosowanie do klauzuli dotyczącej rozwiązywania sporów. Trybunał zauważył w końcu, że jakkolwiek nie jest możliwe przesądzenie, czy postępowanie według regulaminu ICSID jest „korzystniejsze" od postępowania według regulaminu UNCITRAL, to jednak nieograniczone prawo wyboru pomiędzy tymi regulaminami przyznane inwestorom w innych umowach inwestycyjnych zawartych przez Turkmenistan czyni postanowienia tych umów korzystniejszymi niż to zawarte w umowie brytyjsko-turkmeńskiej. Powyższa decyzja w przedmiocie jurysdykcji nie została podjęta jednomyślnie; zdanie odrębne złożyła Laurence Boisson de Chazournes.

Możliwość powołania się na klauzulę najwyższego uprzywilejowania w celu poddania sporu pod rozstrzygnięcie w drodze arbitrażu toczącego się według regulaminu innego niż ten, na który wyraziło zgodę państwo będące stroną sporu, została wprost wykluczona przez trybunały arbitrażowe m.in. w sprawach *Mafezzini*[65], *National Grid*[66], *Plama*[67] oraz *Teinver*[68].

5. Podsumowanie i ocena rozwiązań proponowanych w orzecznictwie

Przeprowadzona powyżej analiza dotychczasowego orzecznictwa trybunałów arbitrażowych pozwala na sformułowanie pewnych ogólnych konkluzji oraz postulatów odnoszących się do stosowania klauzul najwyższego uprzywilejowania do kwestii proceduralnych.

Nie ulega wątpliwości, że aby inwestor mógł powołać się na przedmiotową klauzulę w celu „importowania" korzystniejszych jego zdaniem postanowień dotyczących rozwiązywania sporów, konieczne jest istnienie klauzuli najwyższego uprzywilejowania, która co najmniej nie wyklucza wyraźnie swojego zastosowania do tego typu postanowień. Im szerszej jest ona sformułowana, tym większe szanse na jej zastosowanie również do kwestii proceduralnych. W przypadku klauzul odnoszących się do „wszelkich spraw" uregulowanych w danej umowie inwestycyjnej szanse na powodzenie są znaczne.

Drugim logicznym warunkiem skutecznego powołania się na postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów zawarte w innej umowie inwestycyjnej jest to, aby były one obiektywnie korzystniejsze. Jak wynika z przeanalizowanego powyżej orzecznictwa, za korzystniejsze można z całą pewnością uznać postanowienia, które nie przewidują warunków przedarbitrażowych albo przewidują warunki łagodniejsze (np. negocjacje zamiast obowiązku dochodzenia roszczeń przed lokalnymi sądami), a także postanowienia zapewniające inwestorowi możliwość wyboru regulaminu arbitrażowego, według którego postępowanie arbitrażowe ma się toczyć.

[65] Postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z 25 stycznia 2000 r., § 63.
[66] Postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z 20 czerwca 2006 r., § 92.
[67] Postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z 8 lutego 2005 r., § 209.
[68] Postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z 21 grudnia 2012 r., § 182 i 186.

Zakładając, że powyższe warunki są spełnione, nie powinna budzić większych wątpliwości dopuszczalność powołania się przez inwestora na postanowienia regulujące rozwiązywanie sporów zawarte w innym traktacie inwestycyjnym. Konkluzja ta odnosi się jednak wyłącznie do możliwości pominięcia ewentualnych wymagań przedarbitrażowych bądź żądania rozstrzygnięcia sporu w drodze arbitrażu według określonego regulaminu (w tym ostatnim przypadku z pewnymi oczywistymi zastrzeżeniami).

Przede wszystkim za niedopuszczalne należy uznać „importowanie" zgody państwa na rozstrzyganie danej kategorii sporów w drodze arbitrażu w ogóle. Jak słusznie wskazał trybunał arbitrażowy w sprawie *Garanti Koza*, traktat brytyjsko-turkmeński, który legł u źródeł sporu, zawierał wyraźną zgodę państw na rozwiązywanie określonych sporów z inwestorami w drodze arbitrażu, choć zgoda ta dotyczyła jedynie arbitrażu według określonego regulaminu.

Bazując na argumentacji trybunału arbitrażowego w sprawie *Garanti Koza*, należałoby również przyjąć, że nie można obiektywnie i ponad wszelką wątpliwość przesądzić, iż postanowienie przewidujące arbitraż według określonego regulaminu (w tym przypadku ICSID) jest „korzystniejsze" od postanowienia, które przewiduje procedowanie według innego regulaminu arbitrażowego (tutaj: UNCITRAL). W tym kontekście za „korzystniejsze" można zatem uznać jedynie postanowienia, które zapewniają inwestorom większy wybór regulaminów arbitrażowych. Zgodnie z takim rozumowaniem teoretycznie korzystniejsze niż postanowienie przewidujące arbitraż według regulaminu ICSID będzie postanowienie pozostawiające inwestorom wybór pomiędzy arbitrażem według regulaminu UNCITRAL i regulaminu SCC.

Bez znaczenia natomiast wydaje się być okoliczność, że w sprawie *Garanti Koza* regulamin, według którego procedować chciał inwestor (tj. regulamin ICSID), był wymieniony jako jedna z dostępnych opcji, której wybór musiał być jednak zaakceptowany, już po powstaniu sporu przez państwo będące jego stroną. Nawet jeśli poddanie sporów pod rozstrzygnięcie zgodnie z danym regulaminem w ogóle nie zostało przewidziane w umowie, której dotyczy spór, inwestor może skutecznie zgłosić żądanie procedowania zgodnie z takim regulaminem, jeżeli możliwość taka została przewidziana przez będące stroną sporu państwo w innych zawartych przez nie umowach inwestycyjnych.

Należy pamiętać, że zasadą jest, iż suwerenne państwa korzystają z immunitetu jurysdykcyjnego, który jest częścią składową prawa międzynarodowego publicznego. Stąd działania podejmowane przez państwo mogą być poddane pod osąd instytucji powołanych do rozstrzygania sporów określonego rodzaju (jak trybunały arbitrażowe) jedynie na podstawie wyraźnej zgody państwa i w zakresie, w jakim zgoda ta została udzielona. Dlatego też za niedopuszczalne należy uznać zarówno zastosowanie klauzuli najwyższego uprzywilejowania dla „importowania" zgody państwa na arbitraż w ogóle, jak i do rozszerzenia jurysdykcji trybunału arbitrażowego *ratione materiae.* Zgoda na arbitraż udzielona przez państwo w odniesieniu do określonych kwestii będących przedmiotem danego sporu nie może być interpretowana rozszerzająco. Prowadziłoby to bowiem do sytuacji, w której suwerenne państwo traci kontrolę nad zakresem kwestii, co do których może być pociągnięte do odpowiedzialności.

Na zakończenie wypada raz jeszcze podkreślić, że orzecznictwo trybunałów arbitrażowych dotyczące kwestii omówionych w niniejszym artykule nie jest jednolite. O różnicach oraz zmienności poglądów świadczą przytoczone przykłady sprzecznych orzeczeń, które zapadały na kanwie tych samych umów inwestycyjnych oraz stanowisk prezentowanych przez poszczególnych arbitrów w kolejnych rozpatrywanych przez nich sprawach.