
NUMER / N^o

GRUDZIEŃ 28
DECEMBER 2021


**BIULETYN
ARBITRAŻOWY**

*ARBITRATION
BULLETIN*



Sąd Arbitrażowy

przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie

Spis treści

- 5 Wyrok sądu polubownego
Wydany w warszawie dnia 5 lipca 2021 r.
-
- 25 Uzasadnienie zdania odrębnego do wyroku sądu polubownego
przy Krajowej izbie gospodarczej z dnia 5 lipca 2021 r. Wydanego
w sprawie z powództwa a S.A. Przeciwno b sp. Z o.o., C
sp. Z o.o. I d (sygn. akt sa [...])
-
- 32 Better safe than sorry? Lessons ISDS can learn from dispute
prevention and ADR
- Agata Zwolankiewicz, LL.M.**
-

Szanowni Czytelnicy,

oddajemy do Waszych rąk nowy numer „Biuletynu”.

W numerze 28. „Biuletynu” powracamy do tradycji publikowania na jego łamach orzecznictwa Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej (SA KIG). Wskrzeszając publikowanie przez SA KIG orzecznictwa Zespołów Orzekających działających pod jego auspicjami, zamieszczamy niezwykle interesujący wyrok z dnia 5 lipca 2021 r., któremu towarzyszyło zdanie odrębne.

Publikowany wyrok dotyczy kwestii właściwości Zespołu Orzekającego do rozstrzygnięcia roszczeń objętych różnymi zapisami na sąd polubowny, które skumulowano w jednym pozwie. Ma on precedensowy charakter, bowiem Regulamin SA KIG nie reguluje dochodzenia w jednym postępowaniu roszczenia lub roszczeń na podstawie więcej niż jednej klauzuli arbitrażowej. W sprawie pojawił się m.in. wątek dopuszczalności zakwalifikowania kwestii prawidłowości wyboru arbitrów jako kwestii zaliczanej do problemu właściwości Zespołu Orzekającego. Zachęcamy Państwa do zapoznania się z tym ciekawym orzeczeniem wraz ze zdaniem odrębnym, które także publikujemy. Mamy nadzieję, że zainteresowanie tym wyrokiem stanie się stymulacją do przygotowania do niego glos, do których zachęcamy. Wszelkie glosy do wyroku z przyjemnością opublikujemy na łamach kolejnych numerów.

Ponadto w aktualnym numerze „Biuletynu” znajdą Państwo artykuł Agaty Zwolankiewicz, LL.M., byłej Research Fellow w Columbia Center on Sustainable Investment. Agata jest jedną z najzdolniejszych absolwentek polskich wydziałów prawa z ostatnich lat, jaką miałem przyjemność poznać. Z sukcesami reprezentowała Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w międzynarodowych konkursach typu moot court, w których była kilkakrotnie nagradzana. Artykuł jest owocem jej pobytu w Columbia Center on Sustainable Investment i poświęcony jest alternatywnym względem arbitrażu inwestycyjnego metodom rozwiązywania sporów inwestor–państwo.

Korzystając z okazji, życzę Państwu w imieniu Redakcji „Biuletynu” dobrych i spokojnych świąt Bożego Narodzenia. Niech będą to święta niosące wyciszenie i odpoczynek, niech nowy rok będzie pełen optymizmu i szczęścia!

Dziękujemy wszystkim naszym Czytelnikom za śledzenie kolejnych numerów wznowionego „Biuletynu”!

Życzymy Państwu miłej lektury i udanych wakacji!

W imieniu redakcji,

dr Konrad Czech

Redaktor Naczelny

Streszczenie stanu faktycznego sprawy zakończony wyrokiem z dnia 5 lipca 2021 r. (niżej opublikowany)

Spór powstał w związku z przejściem przez A.S.A kontroli nad grupą spółek F sp. z o.o. sp.k, E sp. z o.o., G sp. z o.o. oraz H sp. z o.o. („Grupa”) zarządzanej przez spółkę holdingową B sp. z o.o., która to spółka była kontrolowana przez osoby fizyczne, m.in. D.

W skład Grupy wchodziła też spółka C sp. z o.o.

Przejęcie kontroli nad spółkami z Grupy nastąpiło w dwóch fazach.

Najpierw została zawarta Umowa Inwestycyjna pomiędzy A.S.A, B sp. z o.o., C sp. z o.o., E sp. z o.o., F sp. z o.o. sp.k. oraz D jako gwarantem. B sp. z o.o. oraz C sp. z o.o. określone zostały jako „Właściciele”. Umowa ta zawierała w sobie element umowy przedwstępnej w stosunku do sprzedaży udziałów w sp. z o.o. oraz umowy ramowej, która strukturyzowała całą transakcję. Umowa zawierała szereg oświadczeń sprzedających oraz reżim odpowiedzialności gwarancyjnej w przypadku złożenia przez nich niezgodnych z prawdą oświadczeń.

Umowa zawierała następującą klauzulę arbitrażową:

Wszelkie spory wynikające z niniejszej Umowy lub z nią związane, których Strony nie zdołają rozstrzygnąć w sposób polubowny w terminie 30 dni od powiadomienia Strony przez drugą Stronę o zaistnieniu sporu, będą rozstrzygane przez Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej („Sąd Arbitrażowy”), zgodnie z Regulaminem tego Sądu Arbitrażowego, obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, przez arbitrów powołanych zgodnie z powyższym Regulaminem. Arbitrów będzie trzech, gdzie Sprzedający wybierze jednego arbitra, Kupujący wybierze drugiego arbitra zaś wybrani w powyższy sposób arbitrzy wytypują trzeciego arbitra. Miejsce arbitrażu będzie Warszawa. Postępowanie arbitrażowe będzie prowadzone w języku polskim. Orzeczenie Sądu Arbitrażowego będzie ostateczne i wiążące dla Stron po stwierdzeniu jego wykonalności przez sąd powszechny, zgodnie z Kodeksem Postępowania Cywilnego. Koszty postępowania arbitrażowego ponosi Strona przegrywająca, chyba że Sąd Arbitrażowy zadecyduje inaczej.

Następnie zawarta została Umowa Przyrzeczona sprzedaży udziałów spółek E sp. z o.o., G sp. z o.o. oraz H sp. z o.o., której stronami była A.S.A oraz spółka holdingowa, B sp. z o.o.

Umowa zawierała klauzulę arbitrażową:

Wszelkie spory wynikające z niniejszej Umowy lub z nią związane, których Strony nie zdołają rozstrzygnąć w sposób polubowny w terminie 30 dni od powiadomienia Strony przez drugą Stronę o zaistnieniu sporu, będą rozstrzygane przez Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej („Sąd Arbitrażowy”), zgodnie z Regulaminem tego Sądu Arbitrażowego, obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, przez arbitrów powołanych zgodnie z powyższym Regulaminem. Arbitrów będzie trzech, gdzie Właściciele wybiorą jednego arbitra, Inwestor wybierze drugiego arbitra zaś wybrani w powyższy sposób arbitrzy wytypują trzeciego arbitra. Miejscem arbitrażu będzie Warszawa. Postępowanie arbitrażowe będzie prowadzone w języku polskim. Orzeczenie Sądu Arbitrażowego będzie ostateczne i wiążące dla Stron po stwierdzeniu jego wykonalności przez sąd powszechny, zgodnie z Kodeksem Postępowania Cywilnego. Koszty postępowania arbitrażowego ponosi Strona przegrywająca, chyba że Sąd Arbitrażowy zadecyduje inaczej.

Po objęciu kontroli przez A.S.A. nad spółkami z Grupy, A.S.A. wszczęła postępowanie arbitrażowe wskazując jako podstawę zarzut, że oświadczenia złożone przez poprzednich właścicieli były niezgodne z prawdą.

Powództwo arbitrażowe zostało oparte o klauzule arbitrażowe z obu umów (Inwestycyjnej i Przyrzeczonej).

Pozwane zostały spółki B sp z o.o. oraz C sp. z o.o. oraz D jako gwarant. Wszystkie trzy podmioty wspólnie i zgodnie wyznaczyły arbitra. Pozwani podnieśli zarzuty jurysdykcyjne:

1. oświadczenia woli w przypadku obu klauzul były niezgodne. Klauzule są wadliwe i niekompatybilne;
2. powinny zostać wniesione dwa osobne powództwa, osobno opłacone a następnie skonsolidowane (Pozwani nie wyrażali zgody na konsolidację);
3. klauzula jest nieważna w stosunku D gdyż działał on jako konsument w czasie podpisania Umowy Inwestycyjnej.

SA [...]

WYROK SĄDU POLUBOWNEGO

wydany w Warszawie dnia 5 lipca 2021 r.

Zespół Orzekający Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie w składzie:

arbiter przewodniczący: X
arbiter: Y
arbiter: Z

po rozpoznaniu sprawy z powództwa:

A S.A.

przeciwko:

1. B sp. z o.o. z siedzibą w [...] („Pozwany I”);
 2. C sp. z o.o. z siedzibą w [...] („Pozwany II”);
 3. D („Pozwany III”),
- łącznie określanym również jako **Pozwani**,

o zapłatę

Orzeka:

1. stwierdza brak właściwości Zespołu Orzekającego do rozstrzygnięcia sporu;
2. zasądza od Powoda na rzecz Pozwanych kwotę [...] złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego; oddala żądanie Powoda oraz dalej idące żądanie Pozwanych o zasądzenie kosztów postępowania.

Uzasadnienie

I. STANOWISKA STRON

Pozew

2. Powód wnosił w pozwie z [...] 2020 r. („Pozew”) o zasądzenie na jego rzecz od Pozwanego I i Pozwanego II kwoty [...] złotych wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia [...] 2020 r. oraz od Pozwanego III kwoty [...] złotych wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia [...] 2020 r., z tym, że spełnienie świadczenia przez Pozwanych I i II zwalnia w odpowiedniej części Pozwanego III, a także kosztów postępowania arbitrażowego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

2. Powód stwierdził, że spór jest objęty klauzulą arbitrażową („Klauzula Arbitrażowa”) zawartą w pkt 10.7 Umowy Inwestycyjnej z dnia [...] pomiędzy Powodem, Pozwanymi i Gwarantem (...) oraz powtórzoną w pkt 6.4 Umowy Przyrzeczonej sprzedaży udziałów z dnia [...] pomiędzy Powodem a Pozwanym ad 1 (...).

3. Powód wskazał dalej, że Klauzula Arbitrażowa jest pojemna i obejmuje w szczególności spory pozostające w związku z Umową Inwestycyjną oraz Przyrzeczoną, co obejmuje również spory związane z wszelkimi czynnościami prawnymi podjętymi w wykonaniu Umowy Inwestycyjnej oraz Przyrzeczonej. Roszczenie Powoda uzasadnione jest szeregiem podstaw prawnych pozostających w zbiegu, ale w każdym przypadku opiera się o fakt zawarcia Umowy Inwestycyjnej. Niezależnie zatem od przywołanych podstaw prawnych, objęte jest w całości Klauzulą Arbitrażową.

ODPOWIEDŹ NA POZEW

4. Pozwani w odpowiedzi na Pozew z [...] („**Odpowiedź na Pozew**”) podnieśli zarzut braku właściwości Zespołu Orzekającego. W razie nieuwzględnienia tego zarzutu przez Zespół Orzekający Pozwani wnosili o oddalenie powództwa i zasądzenie na ich rzecz kosztów postępowania.

5. Zarzut braku właściwości Pozwani podnieśli z uwagi na:

(a) brak podstaw do ustalenia, iż na chwilę wezwania na arbitraż Strony wiąże zgodne oświadczenie woli w zakresie zapisu na sąd polubowny;

niezależnie od powyższego, z uwagi na:

(b) nieważność zapisu na sąd polubowny umieszczonego w art. 10.7 Umowy Inwestycyjnej ze względu na jego sprzeczność z art. 11641 § 1 i 2 k.p.c.;

ewentualnie z uwagi na:

(c) wyjście poza zakres zapisu na sąd polubowny.

6. W dalszej części pisma podnosili, co następuje:

7. (...) w przypadku wielopodmiotowych stosunków prawnych (...), warunkiem skuteczności klauzuli arbitrażowej wobec wszystkich stron jest to, aby wszystkie strony zawarły w takich klauzulach tożsame i zgodne – dla wszystkich stron – oświadczenie woli. (...) warunek powyższy nie został spełniony z tego względu, że Umowa Inwestycyjna i Umowa Przyrzeczenia nie tylko zostały zawarte w innych kręgach podmiotowych, ale sama treść klauzul arbitrażowych przewiduje inny tryb wyboru składu arbitrażowego, i tak:

(a) zgodnie z pkt. 10.7 Umowy Inwestycyjnej do wyboru jednego arbitra uprawnieni są (i) Właściciele tj. **B sp. z o.o. i C sp. z o.o.** oraz (ii) A S.A.

(b) zgodnie natomiast z pkt. 6.4 Umowy Przyrzeczonej do wyboru jednego arbitra uprawnieni są **tylko B sp. z o.o.** oraz A S.A.

8. (...) Powód powołał się na obie klauzule jako podstawę wezwania na arbitraż nie dostrzegając tego, że wskutek odmiennej redakcji klauzul arbitrażowych Umowy Inwestycyjnej i Umowy Przyrzeczonej, tak dokonany zapis na sąd polubowny został sformułowany na tyle niejasno, że nie sposób ustalić jego jednoznacznej treści. Przesądza to zatem nie tylko o braku zgodnego oświadczenia woli, ale także o braku wykonalności takiego zapisu, jeżeliby próbować utrzymać w mocy oba zapisy.

9. Tylko dla porządku Pozwani wskazują, że ich dotychczasowe czynności procesowe nie mają na celu dorozumianego zniwelowania wyżej opisanych skutków, albowiem zmierzają do ukonstytuowania składu, który rozpozna niniejszy zarzut. W szczególności Pozwany ad 1 oświadcza, iż nie zrzekł się prawa indywidualnego wyboru Arbitra.

Replika

10. W replice z [...] („**Replika**”) Powód podnosił m.in., co następuje.

11. Wbrew twierdzeniom Pozwanych, zapisy na sąd polubowny zawarte w Umowie Inwestycyjnej i Umowie Przyrzeczonej nie dotyczą tego samego zakresu przedmiotowego.

12. Przyczyna, dla której klauzula arbitrażowa zawarta w Umowie Przyrzeczonej nadaje uprawnienie do wyboru arbitra tylko B sp. z o.o., jest oczywista – Umowa Przyrzeczona została zawarta przez Powoda oraz B sp. z o.o. Klauzula arbitrażowa zawarta w Umowie Przyrzeczonej dotyczyć może więc tylko sporów pomiędzy tymi podmiotami.

13. (...) w przypadku sporów wynikających z Umowy Inwestycyjnej lub z nią związanych wybór arbitrów następuje zgodnie z pkt. 10.7 Umowy Inwestycyjnej, tj. A S.A. wybiera jednego arbitra, a B sp. z o.o. i C sp. z o.o. wybierają także jednego arbitra.

14. Pozwani nie dostrzegają, że klauzule arbitrażowe dotyczą różnych umów (jedna – Umowy Inwestycyjnej, druga – Umowy Przyrzeczonej). Stanowią one odrębne zapisy na sąd polubowny (a nie jeden zapis na sąd polubowny jak sugerują Pozwani) i nie ma żadnych przeszkód, by obie z nich pozostawały w mocy.

Duplika

15. W duplice z [...] („Duplika”) Pozwani podnieśli m.in., co następuje.

16. *Nie można (...) zastępować woli stron Regulaminem, w sytuacji, w której z treści zapisu wynika, iż wolą stron było autonomiczne uregulowanie kwestii wyboru arbitra.*

17. *Jeżeli zatem wolą stron było zastrzeżenie wyboru arbitra w sposób odmienny w Umowie Inwestycyjnej i w Umowie Przyrzeczonej, to nie sposób uznać, iż doszło do zgodnego oświadczenia woli co do „wspólnego” zapisu wszystkich pozwanych na sąd polubowny.*

18. *Podnoszona przez Pozwanych rozbieżność pomiędzy treścią klauzul arbitrażowych w Umowie Inwestycyjnej i Umowie Przyrzeczonej dotyczy nie tylko wyboru arbitra, ale powoduje wątpliwości co do zakresu przedmiotowego (jakie roszczenia, z której umowy powinny i mogą stanowić podstawę postępowania w przedmiotowym postępowaniu). Ponieważ usunięcie tych wątpliwości jest niemożliwe, jest to wystarczająca przesłanka, aby cały spór w zakresie wskazanym w Pozwie poddać pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego.*

Pismo Powoda

19. W piśmie z [...] zatytułowanym PISMO POWODA DOT. ZARZUTÓW JURYSDYKCYJNYCH („Pismo Powoda”) Powód podniósł m.in., co następuje.

20. (...) zamiarem Stron było poddanie wszystkich sporów związanych lub wynikających z transakcji zgodnie z Regulaminem. Zawarły one klauzule arbitrażowe takiej właśnie treści, wskazujące na wybór Regulaminu a różnice w obu klauzulach dotyczą tylko konfiguracji podmiotowej i są pochodną konstelacji podmiotowej danej umowy.

21. Powtórzyć należy: decydujące znaczenie ma to, czy można w danym przypadku powołać jeden Zespół Orzekający na podstawie jednego regulaminu. Odpowiedź na nie w niniejszej sprawie jest twierdząca.

22. Powód podkreśla, że niniejsze postępowanie arbitrażowe opiera się na jednym roszczeniu Powoda o zapłatę, skierowanym przeciwko Pozwanym, a jedynie jego uzasadnienie jest oparte o brzmienie Umowy Inwestycyjnej i (częściowo, w węższym zakresie) Umowy Przyrzeczonej.

23. (...) w przypadku żywienia przez Zespół Orzekający jakichkolwiek wątpliwości wynikających z istnienia dwóch klauzul arbitrażowych, jednej w Umowie Inwestycyjnej, drugiej w Przyrzeczonej, Powód wnosi o rozpoznanie sporu w niniejszej sprawie na podstawie klauzuli arbitrażowej zawartej w Umowie Inwestycyjnej (...)

II. POSTĘPOWANIE W ODNIESIENIU DO ZARZUTU BRAKU WŁAŚCIWOŚCI

24. Po złożeniu przez Pozwanych Dupliki Zespół Orzekający postanowieniem [...] udzielił Powodowi 14-dniowego terminu (następnie przedłużonego do [...]) na odniesienie się do argumentacji Pozwanych dotyczącej zarzutu braku właściwości oraz zapowiedział wydanie odrębnego postanowienia w przedmiocie właściwości.

25. W wykonaniu pkt 1 tego postanowienia [...] złożone zostało Pismo Powoda.

26. Postanowieniem z [...] Zespół Orzekający udzielił Stronom terminu 7 dni na przedstawienie żądań w zakresie kosztów postępowania w związku z zarzutem braku właściwości.

27. Strony złożyły w dniu [...] pisma z wnioskami w zakresie kosztów powołując się na postanowienia Regulaminu, zwłaszcza na jego § 48.

III. REGULAMIN, REGUŁY POSTĘPOWANIA

28. Postępowanie w tej sprawie toczyło się na podstawie Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie z dnia 14 października 2014 r. z późniejszymi zmianami („Regulamin”) oraz według reguł przyjętych w postanowieniu Zespołu Orzekającego z [...]. W sprawach nieuregulowanych w powyższy sposób Zespół Orzekający prowadził postępowanie według własnego uznania zważając na zasady postępowania arbitrażowego, zwłaszcza na zasady wysłowione w art. 1183 k.p.c.

IV. STRONY UMÓW, KLAUZULE ARBITRAŻOWE, WYBÓR ARBITRA PRZEZ POZWANYCH

29. Dnia [...] została zawarta Umowa inwestycyjna („Umowa Inwestycyjna”) pomiędzy następującymi stronami: (1) B sp. z o.o. z siedzibą w [...]; (2) C sp. z o.o. z siedzibą w [...]; (3) E sp. z o.o. z siedzibą w [...]; (4) F sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w [...]; (5) D; (6) A.S.A z siedzibą w [...].

30. Dnia [...] została zawarta Umowa przyrzeczona sprzedaży udziałów („Umowa Przyrzeczona”) pomiędzy następującymi stronami: (1) A.S.A z siedzibą w [...]; (2) B sp. z o.o. z siedzibą w [...]

31. W każdej z wymienionych wyżej umów znalazła się klauzula arbitrażowa - w Umowie Inwestycyjnej w art. 10.7, a w Umowie Przyrzeczonej w art. 6.4, o podanej poniżej treści.

32. Art. 10.7 Umowy Inwestycyjnej

10.7 Arbitraż

Wszelkie spory wynikające z niniejszej Umowy lub z nią związane, których Strony nie zdołają rozstrzygnąć w sposób polubowny w terminie 30 dni od powiadomienia Strony przez drugą Stronę o zaistnieniu sporu, będą rozstrzygane przez Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej („**Sąd Arbitrażowy**”), zgodnie z Regulaminem tego Sądu Arbitrażowego, obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, przez arbitrów powołanych zgodnie z powyższym Regulaminem. Arbitrów będzie trzech, gdzie Właściciele wybiorą jednego arbitra, Inwestor wybierze drugiego arbitra zaś wybrani w powyższy sposób arbitrzy wytypują trzeciego arbitra. Miejscem arbitrażu będzie Warszawa. Postępowanie arbitrażowe będzie prowadzone w języku polskim. Orzeczenie Sądu Arbitrażowego będzie ostateczne i wiążące dla Stron po stwierdzeniu jego wykonalności przez sąd powszechny, zgodnie z Kodeksem Postępowania Cywilnego. Koszty postępowania arbitrażowego ponosi Strona przegrywająca, chyba że Sąd Arbitrażowy zdecyduje inaczej.

33. Art. 6.4 Umowy Przyrzeczonej

6.4 Arbitraż

Wszelkie spory wynikające z niniejszej Umowy lub z nią związane, których Strony nie zdołają rozstrzygnąć w sposób polubowny w terminie 30 dni od powiadomienia Strony przez drugą Stronę o zaistnieniu sporu, będą rozstrzygane przez Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej („**Sąd Arbitrażowy**”), zgodnie z Regulaminem tego Sądu Arbitrażowego, obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, przez arbitrów powołanych zgodnie z powyższym Regulaminem. Arbitrów będzie trzech, gdzie Sprzedający wybierze jednego arbitra, Kupujący wybierze drugiego arbitra zaś wybrani w powyższy sposób arbitrzy wytypują trzeciego arbitra. Miejscem arbitrażu będzie Warszawa. Postępowanie arbitrażowe będzie prowadzone w języku polskim. Orzeczenie Sądu Arbitrażowego będzie ostateczne i wiążące dla Stron po stwierdzeniu jego wykonalności przez sąd powszechny, zgodnie z Kodeksem Postępowania Cywilnego. Koszty postępowania arbitrażowego ponosi Strona przegrywająca, chyba że Sąd Arbitrażowy zdecyduje inaczej.

34. Pismem z dnia [...] Sąd Arbitrażowy wezwał Pozwanych do wyznaczenia w terminie 14 dni (jednego) arbitra, informując, że w przeciwnym razie w trybie § 20 Regulaminu (...) wyznaczy go Rada Arbitrażowa.

35. Odpowiadając na to wezwanie Pozwani w piśmie z [...] stwierdzili: (...) działając na podstawie § 16 ust. 4 oraz § 19 ust 5 Regulaminu Arbitrażowego, niniejszym wspólnie wyznaczamy arbitra w osobie: Z(...).

v. ROZSTRZYGNIĘCIE O ZARZUCIE BRAKU WŁAŚCIWOŚCI ZESPOŁU ORZEKAJĄCEGO

36. Pozwani podali trzy podstawy zarzutu braku właściwości Zespołu Orzekającego. Zespół Orzekający uznając zasadność zarzutu na podstawie pierwszej z podstaw, uznał za zbędne poddawanie analizie kolejnych podstaw przytoczonych przez Pozwanych.

37. Sporne między Stronami zagadnienie dotyczące właściwości Zespołu Orzekającego w tym postępowaniu wynikało z faktu wszczęcia go (jednego postępowania) na podstawie dwóch odrębnych klauzul arbitrażowych, przewidujących odmienny sposób wyboru arbitrów, przy czym klauzule te zostały zamieszczone w umowach zawartych przez częściowo inne strony. Wśród osób pozwanych przez Powoda w tym postępowaniu są dwie (spośród trzech) osoby (B sp. z o.o. z siedzibą w [...] – Pozwany II i D – Pozwany III), które nie były stronami jednej z umów (Umowy Przyrzeczonej), ani – stronami zawartej w niej umowy o arbitraż.

38. Zagadnieniom dotyczącym postępowań arbitrażowych, w których występuje wielość podmiotów, wielość umów, na których oparte są roszczenia stron oraz wielość umów o arbitraż, z których wywodzona jest kompetencja sądu polubownego do rozpoznania sporu, poświęcono w ostatnich latach w piśmiennictwie bardzo wiele miejsca (zob. np. A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London 2003, s. 174-183; Permanent Court of Arbitration (red.), *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford New York 2009; B. Hanotiau (red.), *Complex Arbitrations. Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International 2005; B. Hanotiau I E.A. Schwartz (red.), *Multiparty Arbitration*, ICC 2010; M. Platte, *Multi-Party Arbitration: Legal Issues Arising out of Joinder and Consolidation*, [w:] E. Gailard i D. Di Pietro (red.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*, Cameron May Ltd. 2008, s. 481-499; N. Voser, *Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties* [w:] A. J. van den Berg, (red.), *50 Years of the New York Convention. ICCA International Arbitration Conference*, Wolters Kluwer 2009; zob. także np. *Initiating Arbitrations Under Multiple Arbitration Agreement*, 19.09.2020 by Aceris Law LLC, publikacja dostępna pod adresem: <https://www.acerislaw.com/initiating-arbitrations-under-multiple-arbitration-agreements/>).

39. W piśmiennictwie wskazuje się, że rozwój dużych projektów inżynieryjnych, budowlanych, paliwowych oraz innych kompleksowych transakcji ma wpływ na wzrost liczby sporów z udziałem wielu podmiotów, wielu kontraktów pozostających w związku i wielu umów o arbitraż. Wszędzie tam wskazane jest dążenie do konsolidacji takich sporów w jednym postępowaniu, czy to przez połączenie toczących się odrębnie postępowań w jedno, czy to przez użycie innego środka przewidzianego we właściwym regulaminie arbitrażowym, czy też, tam, gdzie to możliwe, wystąpienie z jednym pozwem na podstawie wszystkich powiązanych kontraktów oraz umów o arbitraż i z udziałem wszystkich zainteresowanych podmiotów.

40. Rozstrzygnięcie o powiązanych zagadnieniach w jednym postępowaniu ma oczywiste zalety – jest zwykle bardziej efektywne i pozwala na zmniejszenie kosztów i ryzyka wydania sprzecznych orzeczeń; sprzyja wysokiej jakości rozstrzygnięcia sporu przez arbitrów znających lepiej materiał dotyczący wszystkich spornych zagadnień.

41. Podkreśla się jednak, że wystąpienie z jednym pozwem na podstawie dwóch lub więcej kontraktów i umów o arbitraż (odmiennie niż w przypadku połączenia toczących się postępowań) wymaga ostrożności i może wiązać się z koniecznością uprzedniego rozważenia mogących powstać z wyboru takiej drogi problemów.

42. Krajowe ustawy arbitrażowe zwykle nie regulują spornej kwestii. Odpowiedzi należy szukać we właściwych regulaminach arbitrażowych. Zwykle wśród warunków dopuszczalności wystąpienia w jednym pozwie z powództwem opartym na dwóch lub więcej umów arbitrażowych wymienia się identyczność lub kompatybilność tych umów oraz tożsamość stron tych umów.

SZCZEGÓŁOWE ZAGADNIENIA WYMAGAJĄCE ROZSTRZYGNIECIA

43. Polski ustawodawca nie reguluje kwestii dopuszczalności wystąpienia w jednym pozwie z powództwem opartym na dwóch (lub więcej) klauzulach arbitrażowych.

44. W świetle powyższego, a zwłaszcza - stanowisk prezentowanych przez Strony, rozstrzygnięcie o zarzucie braku właściwości podniesionym przez Pozwanych wymagało rozważenia następujących zagadnień:

- (a) czy Regulamin dopuszcza kumulację w jednym postępowaniu roszczeń objętych różnymi zapisami na sąd polubowny;
- (b) jeżeli tak, to czy i jakie są przesłanki dopuszczalności takiej kumulacji;
- (c) czy przesłanki dopuszczalności kumulacji są spełnione w tej sprawie;
- (d) jeżeli kumulacja nie jest dopuszczalna, to czy może to stanowić podstawę zarzutu braku właściwości;
- (e) jakie znaczenie ma fakt wskazania wspólnie przez Pozwanych arbitra w piśmie z [...];

CZY REGULAMIN DOPUSZCZA KUMULACJĘ W JEDNYM POSTĘPOWANIU ROSZCZEŃ OBJĘTYCH RÓŻNYMI ZAPISAMI NA SĄD POLUBOWNY?

45. Regulamin nie reguluje wprost zagadnienia dopuszczalności kumulowania roszczeń objętych różnymi zapisami na sąd polubowny w jednym pozwie lub wezwaniu na arbitraż, lub też, szerzej rzecz ujmując, dochodzenia w jednym postępowaniu roszczenia lub roszczeń w oparciu o więcej niż jeden zapis na sąd polubowny. Zgodnie z §§ 25 i 28 Regulaminu pozew lub wezwanie na arbitraż powinny wskazywać zapis na sąd polubowny. Regulamin nie określa wprost, czy dopuszczalne jest wskazanie więcej niż jednego zapisu, innymi słowy – czy dopuszczalna jest kumulacja w jednym pozwie lub wezwaniu na arbitraż roszczeń objętych różnymi zapisami na sąd polubowny.

46. Nie budzi wątpliwości Zespołu Orzekającego dopuszczalność dochodzenia w jednym postępowaniu wielu roszczeń na podstawie tego samego zapisu na sąd polubowny. Zagadnienie, które wymaga rozważenia w tej sprawie dotyczy jednak możliwości wszczęcia i prowadzenia postępowania w oparciu o więcej niż jeden zapis na sąd polubowny. W celu uniknięcia wątpliwości, używając w dalszej części wyrażenia *kumulacja roszczeń*, Zespół Orzekający odnosi się do sytuacji, w której powód dochodzi w jednym postępowaniu roszczenia lub roszczeń na podstawie różnych zapisów na sąd polubowny.

47. Z uwagi na twierdzenie Powoda, że dochodzi on tylko jednego roszczenia choć na podstawie dwóch klauzul arbitrażowych, należy stwierdzić, że dla udzielenia odpowiedzi na zadane wyżej pytania, rozróżnienie to (jedno czy wiele roszczeń) nie ma istotnego znaczenia. Istotna jest natomiast wielość zapisów na sąd polubowny.

48. Wobec stwierdzenia braku właściwości nie jest przy tym rzeczą Zespołu Orzekającego merytoryczna analiza treści powództwa, a zwłaszcza czy Powód dochodzi od Pozwanych jednego czy większej liczby roszczeń materialnoprawnych. Dlatego nie wchodząc w szczegóły należy jedynie zwrócić uwagę, że odpowiedź na tak postawione pytanie może zależeć od przyjętej koncepcji rozumienia użytego pojęcia (na temat wielości znaczeń pojęcia roszczenia w doktrynie prawa materialnego i prawa cywilnego procesowego zob. np. Ł. Błaszczak, *Charakter prawny zrzeczenia się roszczenia w procesie cywilnym*, Wrocław 2017, s. 5 i n. oraz powołaną tam literaturę). I tak można zasadnie twierdzić, że przedmiotem tego postępowania arbitrażowego, zgodnie z treścią Pozwu, jest nie jedno, a kilka roszczeń, z uwagi na to, że zostały skierowane do kilku osób i na podstawie różnych podstaw prawnych.

49. Biorąc pod uwagę znaczenie zapisu na sąd polubowny jako źródła właściwości Zespołu Orzekającego do rozstrzygnięcia sporu omawiane zagadnienie ma charakter podstawowy. Skoro właściwość Zespołu Orzekającego musi mieć swoje źródło w zapisie na sąd polubowny (ewentualnie może wynikać z § 3 ust. 1 pkt 2 Regulaminu lub z beczynności pozwanego – niepodniesienia w terminie zarzutu braku właściwości zgodnie z art. 1180 § 2 k.p.c.), to nie do przyjęcia byłaby teza, że na podstawie Regulaminu dozwolone jest wszystko to, co nie jest wprost zakazane, w szczególności, aby dopuszczalne były wszelkiego rodzaju kumulacje roszczeń wobec braku wyraźnego zakazu w tym zakresie. Zapis na sąd polubowny wyznacza granice właściwości Zespołu Orzekającego w danym postępowaniu.

50. Punktem wyjścia dla rozważań Zespołu Orzekającego musi być stwierdzenie, że Regulamin, jak każdy tekst prawny, podlega interpretacji. Aby ustalić, jakie dyrektywy wykładni mają zastosowanie do wykładni Regulaminu, trzeba odnieść się do charakteru prawnego regulaminu arbitrażowego. Jak wskazuje się w literaturze (por. A. Szumański [w:] M. Łaszczuk, A. Szumański (red.), *Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 54), Regulamin obowiązuje strony sporu z mocy ich zgodnej woli wyrażonej w zapisie na sąd polubowny. Choć Regulamin zawiera regulacje o charakterze abstrakcyjnym, a nie konkretnym, to źródłem jego mocy wiążącej dla stron jest umowa o arbitraż. W konsekwencji, Regulamin należy kwalifikować jako prawo umowne (*lex contractus*). (por. T. Ereciński, K. Weitz, *Źródła prawa. Regulaminy postępowania przed sądami polubownymi* [w:] *Sąd arbitrażowy*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2008). Stawia to Regulamin na równi z różnego rodzaju ogólnymi warunkami umów lub regulaminami umów, co do których przesądzone w orzecznictwie, że nie są normami prawnymi (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 5 lutego 2002 r., II CKN 800/99; postanowienie Sądu Najwyższego z 24 czerwca 1998 r., I CKN 774/97). W konsekwencji, do wykładni Regulaminu będą miały zastosowanie dyrektywy wykładni oświadczeń woli, a nie – dyrektywy właściwe dla wykładni aktów prawnych (por. w odniesieniu do ogólnych warunków umów ubezpieczenia M. Krajewski, *Glosa do wyroku SN z dnia 16 lipca 2004 r., I CK 11/04*, *Orzecznictwo Sądów Polskich*, 2005).

51. Do wykładni Regulaminu będzie mieć zatem zastosowanie przede wszystkim art. 65 § 1 k.c., zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Powyższe oznacza, że w odniesieniu do Regulaminu należy zastosować obiektywną (zorientowaną na punkt widzenia racjonalnego adresata) metodę wykładni, w której sens oświadczenia woli ustala się biorąc pod uwagę to, jak adresat (strony) oświadczenia powinien był je rozumieć.

52. Tak jak w odniesieniu do wszelkich oświadczeń sporządzonych na piśmie, sens Regulaminu ustala się przede wszystkim w oparciu o tekst dokumentu. W procesie interpretacji stosuje się przede wszystkim reguły językowe, kontekst i związki treściowe pomiędzy poszczególnymi postanowieniami. Uwzględnia się jednak także i wszelkie inne okoliczności, które mogą świadczyć o tym, jaki sens należy przypisać poszczególnym postanowieniom Regulaminu, tzw. kontekst sytuacyjny.

53. W orzecznictwie, w odniesieniu do wykładni umów, wskazuje się jednak, że stosowanie reguł wykładni oświadczeń woli nie może prowadzić do przypisania im treści całkowicie sprzecznej z treścią wyrażoną na piśmie (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2007 r., II CSK 546/06 i z dnia 18 marca 2008 r., II CSK 336/07), która to zasada powinna być szczególnie skrupulatnie stosowana w przypadku wykładni aktu takiego, jakim jest Regulamin.

54. Pozwani powoływali się na to, że § 3, 9 i 25 Regulaminu, m.in. określając warunki, jakim powinien odpowiadać pozw, wskazują na konieczność odwołania się do zapisu na sąd polubowny używając tego określenia w każdym przypadku w liczbie pojedynczej. Z faktu tego Pozwani wywodzili niedopuszczalność kumulacji roszczeń objętych wieloma zapisami na sąd polubowny w jednym pozwie (Duplika, s. 12-13).

55. W ocenie Zespołu Orzekającego użycie w powołanych wyżej postanowieniach Regulaminu określeń w liczbie pojedynczej nie przesądza o tym, czy dopuszczalne jest wszczęcie jednego postępowania co do roszczeń objętych różnymi zapisami na sąd polubowny. Inaczej niż w niektórych innych systemach prawnych, w szczególności anglosaskich, w naszej tradycji prawnej użycie w tekście prawnym liczby pojedynczej nie przesądza o tym, że nie jest dopuszczalne zastosowanie danej normy w sytuacji wielości desygnatów.

56. Konieczne jest w tym zakresie dokonanie wykładni wskazanych wyżej postanowień Regulaminu w kontekście innych regulacji regulaminowych. Podobnie użycie w art. 1161 k.p.c. określeń w liczbie pojedynczej nie przesądza o tym, że nie jest możliwa kumulacja.

57. Zdaniem Zespołu Orzekającego istotne znaczenie dla wykładni §§ 25 i 28 Regulaminu ma § 9 ust. 1 i ust. 2 Regulaminu. I tak § 9 ust. 1 i ust. 2 Regulaminu przewidują możliwość konsolidacji już toczących się postępowań, wskazując wprost, że możliwe jest połączenie postępowań dotyczących roszczeń opartych na różnych zapisach na sąd polubowny, jeżeli roszczenia te pozostają ze sobą w związku. Przesłankami dopuszczalności konsolidacji postępowań są ponadto:

(a) tożsamość stron;

(b) taki sam skład Zespołu Orzekającego w każdym z postępowań podlegających połączeniu.

58. Jeżeli strony postępowań nie są tożsame, na połączenie postępowań wymagana jest zgoda stron wszystkich toczących się postępowań. Bez takiej zgody połączenie nie jest możliwe. Nadto warunkiem dopuszczalności połączenia jest ten sam skład zespołu orzekającego w każdym z postępowań.

59. Jak się wskazuje w literaturze, uzasadnieniem dla konsolidacji toczących się postępowań jest zwłaszcza oszczędność kosztów i czasu, a także unikanie ryzyka wydania sprzecznych orzeczeń w powiązanych ze sobą sprawach (zob. także R. Morek [w:] M. Łaszczuk, A. Szumański (red.), Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG. Komentarz, Warszawa 2017, s. 131 i n.).

60. Takie same względy mogą przemawiać za kumulacją roszczeń opartych na różnych zapisach na sąd polubowny w jednym pozwie lub wezwaniu na arbitraż. W takim przypadku połączenie może być tym bardziej uzasadnione, że następuje na początku postępowania, bez konieczności dokonywania czynności proceduralnych odrębnie w różnych postępowaniach, co z reguły prowadzi do zwiększenia kosztów arbitrażu i opóźnień.

61. Można byłoby zatem dojść do wniosku, że skoro dopuszczalne jest połączenie toczących się już na podstawie Regulaminu postępowań, nawet jeżeli toczą się one na podstawie różnych zapisów na sąd polubowny, to wydaje się tym bardziej dopuszczalne wszczęcie jednego postępowania w odniesieniu do roszczeń objętych różnymi zapisami na sąd polubowny.

62. Wymóg tożsamości składów Zespołu Orzekającego przewidziany w § 9 wiąże się nie tylko z prawem wyboru arbitrów przez strony i zasadą ich równouprawnienia, ale także z charakterem funkcji arbitra. *Konsolidacja postępowań prowadzonych przez Zespoły Orzekające w różnych składach powodowałaby konieczność ich „rekonfiguracji” i przedterminowego wygaszenia mandatów niektórych arbitrów.* (R. Morek, op. cit., s. 133). Skoro strony powołały już arbitrów w odrębnie wszczętych i prowadzonych sprawach, w braku ich zgody (i zgody arbitrów), połączenie postępowań w sytuacji, gdy składy Zespołów Orzekających różniłyby się, mogłoby prowadzić do naruszenia zasady równości stron i prawa do wyboru arbitra, ale także – mogłoby naruszać uprawnienia niektórych arbitrów wynikające z *receptum arbitri*. Zresztą, sama konstrukcja połączenia przyjęta w § 9 Regulaminu, w ramach której decyzje o konsolidacji toczących się postępowań podejmuje Zespół Orzekający (a nie np. organ instytucji arbitrażowej, co bywa modelem przyjmowanym w innych regulaminach), wymaga tego, aby skład Zespołu w każdej ze spraw był taki sam.

63. Podobne względy nie zachodzą w przypadku, gdy do kumulacji roszczeń dochodzi już w pozwie lub wezwaniu na arbitraż. Wówczas każda ze stron realizuje swoje uprawnienia w zakresie powołania Zespołu Orzekającego w odniesieniu do wszystkich roszczeń objętych danym postępowaniem. Nie może to w zasadzie prowadzić do naruszenia równości stron ani uprawnień którejkolwiek ze stron w zakresie powołania arbitrów, ale oczywiście pod warunkiem, że zapisy na sąd polubowny są niesprzeczne, zwłaszcza w odniesieniu do powołania Zespołu Orzekającego.

64. Powyższa konstatacja aktualna jest także w sytuacji, w której jedno roszczenie procesowe jest objęte więcej niż jednym zapisem na sąd polubowny, np. w przypadku powiązanych ze sobą umów.

65. Podsumowując, w ocenie Zespołu Orzekającego Regulamin dopuszcza kumulację w jednym pozwie lub wezwaniu na arbitraż roszczeń objętych różnymi zapisami na sąd polubowny. Ma zatem rację Powód stwierdzając, że na gruncie Regulaminu *nie obowiązuje reguła „jedna klauzula – jeden spór arbitrażowy”*.

PRZESŁANKI DOPUSZCZALNOŚCI KUMULACJI ROSZCZEŃ OBJĘTYCH RÓŻNYMI ZAPISAMI NA SĄD POLUBOWNY

66. Dopuszczalność kumulacji roszczeń objętych różnymi zapisami na sąd polubowny w jednym pozwie lub wezwaniu na arbitraż nie oznacza jednak, że istnieje pełna dowolność w tym zakresie. Byłoby to nie do pogodzenia z zasadą, że to zapis na sąd polubowny wyznacza granice i sposób rozpoznania sporu.

67. Zdaniem Zespołu Orzekającego podstawowym warunkiem dopuszczalności kumulacji w jednym postępowaniu roszczeń objętych różnymi zapisami na sąd polubowny jest to, aby zapisy na sąd polubowny były niesprzeczne. Cechę tę w niektórych angielskojęzycznych regulaminach i w literaturze angielskojęzycznej określa się jako kompatybilność (*compatibility*). Czyni tak np. w art. 10 Regulamin ICC oraz art. 28.1 Regulaminu HKIAC (Można w tym miejscu zwrócić uwagę na art. 9 Regulaminu ICC, który wprost zezwala na prowadzenie jednego postępowania na podstawie więcej niż jednej umowy o arbitraż, pod warunkiem wszakże kompatybilności tych umów (zob. J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, Paris 2012, nb. 3-340 i 3-343).

68. Warunek ten jest spełniony, jeżeli możliwe byłoby przeprowadzenie jednego postępowania, które byłoby zgodne z wszystkimi zapisami na sąd polubowny, a zatem gdyby przeprowadzenie postępowania (w tym wybór arbitrów) było możliwe na podstawie zapisu na sąd polubowny, na którego treść składałaby się suma treści takich rzeczywistych zapisów. Oznacza to, po pierwsze, w przypadku arbitrażu instytucjonalnego, że wszystkie zapisy przewidują właściwość tej samej instytucji arbitrażowej, tj. w przypadku arbitrażu prowadzonego zgodnie z Regulaminem – SA KIG. Po drugie, zapisy nie mogą zawierać postanowień ze sobą sprzecznych (niekompatybilnych), np. co do powołania arbitrów.

69. Kolejną przesłanką kumulacji roszczeń, jest istnienie związku pomiędzy dochodzonymi roszczeniami. Wniosek taki może być wyprowadzony z treści § 9 w związku z § 7 Regulaminu.

70. W przypadku braku tożsamości stron zapisów na sąd polubowny, zdaniem Zespołu Orzekającego, kumulacja wymaga zgody stron. Taki wniosek należy wyprowadzić z treści § 9 ust. 2 Regulaminu.

71. Podsumowując, Zespół Orzekający uważa, że konsolidacja roszczeń w jednym pozwie (i w postępowaniu) jest, na gruncie Regulaminu, dopuszczalna, o ile wszystkie zapisy na sąd polubowny są niesprzeczne, a roszczenia objęte konsolidacją pozostają w związku. Nadto, w razie braku tożsamości stron zapisów, niezbędnym warunkiem dopuszczalności konsolidacji jest zgoda wszystkich stron.

CZY PRZESŁANKI DOPUSZCZALNOŚCI KUMULACJI SĄ SPEŁNIONE W TEJ SPRAWIE?

72. Powołane przez Powoda zapisy na sąd polubowny pozostają w sprzeczności wyłączającej dopuszczalność dochodzenia na ich podstawie roszczeń w jednym postępowaniu zgodnie z Regulaminem. Każdy z zapisów przewiduje inny sposób wyboru arbitrów. Mają rację Pozwani, że nie jest możliwe dokonanie wyboru arbitrów przez Pozwanych w tej sprawie w ten sam sposób na podstawie każdego z zapisów. Na podstawie art. 10.7 Umowy Inwestycyjnej wyboru jednego arbitra dokonują wspólnie Właściciele, tj. Pozwany I i Pozwany II, a na podstawie art. 6.4 Umowy Przyrzeczonej – samodzielnie Pozwany I.

73. Oczywiście byłoby możliwe usunięcie tej sprzeczności między klauzulami poprzez ich zmianę, albo przez usunięcie skutków tej wadliwości przez Strony. W każdym razie wymagałoby to jednak zgodnej woli Stron. Zakres autonomii woli stron wynikający z konsensualnego charakteru arbitrażu jest bardzo szeroki, ale konstatacja ta nie może mieć wpływu na ocenę właściwości Zespołu Orzekającego w tej sprawie. Dlatego również bez znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzucie braku właściwości w tej sprawie są rozważania wskazujące, że mimo sprzeczności klauzul, dałoby się w praktyce tak je zastosować (przez strony dążące do osiągnięcia zgodnego skutku), aby uzyskać efekt zgodny z treścią każdej z klauzul.

74. Takiej, zgodnej woli, Strony tego postępowania nie wyraziły. Ani wprost, ani w sposób dorozumiany, skoro Pozwani zgłosili zarzut będący przedmiotem rozpoznania Zespołu Orzekającego.

75. Mają rację Pozwani, że postanowienia Regulaminu nie uchylają ani nie modyfikują postanowień umów o arbitraż zawartych przez strony. Przeciwnie, zgodnie z § 4 ust. 2 Regulaminu, strony mogą modyfikować reguły zawarte w Regulaminie, zwłaszcza w umowie o arbitraż, która jest źródłem właściwości zespołu orzekającego i obowiązywania Regulaminu. Punktem odniesienia podczas oceny dokonywanej przez Zespół Orzekający nie jest więc § 19 ust. 5 Regulaminu lecz pozostające w sprzeczności pomiędzy sobą reguły wyboru arbitrów określone przez strony każdej z klauzul arbitrażowych.

NIEDOPUSZCZALNOŚĆ KUMULACJI JAKO PODSTAWA ZARZUTU BRAKU WŁAŚCIWOŚCI

76. Zgodnie z art. 1180 § 1 k.p.c., sąd polubowny może orzekać o swojej właściwości, w tym o istnieniu, ważności albo skuteczności zapisu na sąd polubowny. Zgodnie z § 3 ust. 3 Regulaminu, Zespół Orzekający rozstrzyga o swojej właściwości, w tym o istnieniu, ważności i skuteczności zapisu na sąd polubowny, na zarzut podniesiony nie później niż w odpowiedzi na pozew. Pozwani podnieśli zarzut w terminie – w Odpowiedzi na Pozew.

77. Ocena każdej z dwóch klauzul arbitrażowych, na które powołał się Powód, dokonywana z osobna i bez kontekstu w postaci konkretnego postępowania (wszak nie toczy się żadne postępowanie wszczęte na podstawie tylko jednej z klauzul) nie rodzi *prima facie* wątpliwości co do istnienia, ważności oraz skuteczności każdej z nich.

78. Taka abstrakcyjna, dokonywana bez kontekstu, ocena każdej z tych klauzul z osobna, jest jednak w tym postępowaniu, wszczętym na podstawie obu klauzul, bezużyteczna. Przedmiotem oceny Zespołu Orzekającego w tym postępowaniu jest stan wywołany przez Powoda jego decyzją o kumulacji w jednym postępowaniu powództwa opartego na dwóch klauzulach. Niezbędna jest więc przede wszystkim ocena obu klauzul pod kątem ich zgodności, rozumianej jako brak sprzeczności między nimi, zgodności pozwalającej na ich jednoczesną realizację z zachowaniem uprawnień stron wynikających z każdej z nich. W praktyce dla dokonania takiej oceny niezbędne staje się spojrzenie na obie klauzule arbitrażowe, zawarte w Umowie Inwestycyjnej i w Umowie Przyrzeczenia, tak jakby stanowiły one jedną klauzulę arbitrażową. Gdy badane klauzule są jednobrzmiące i zawarte są w umowach pomiędzy tymi samymi stronami, wynik takiego testu jest prosty i oczywisty. Gdy jednak występują różnice, niezbędne jest zbadanie, czy jest możliwe zrealizowanie obu klauzul w jednym postępowaniu, innymi słowy, czy dałoby się zrekonstruować jedną, niesprzeczną wewnątrznie klauzulę, która stanowić będzie podstawę jednego postępowania. Rezultat takiego testu w tym postępowaniu jest negatywny. Nie sposób skonstruować wykonalną klauzulę, zgodnie z którą, jednego z arbitrów wybiera jeden Pozwany i jednocześnie wspólnie dwaj Pozwani.

79. Przeszkodą dla uznania dopuszczalności kumulacji w tej sprawie jest również brak zgodności stron powołanych klauzul arbitrażowych objętych postępowaniem. Przy tym jedna ze stron Umowy Inwestycyjnej i zawartej w niej umowy o arbitraż (E sp. z o.o. z siedzibą w [...]) nie jest stroną tego postępowania.

80. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na pewną zmianę w podejściu Powoda wynikającą z pkt 36 Pisma Powoda. Powód stwierdził, że w przypadku żywienia przez Zespół Orzekający jakichkolwiek wątpliwości wynikających z istnienia dwóch klauzul arbitrażowych (...) wnosi o rozpoznanie sporu w niniejszej sprawie na podstawie klauzuli arbitrażowej zawartej w Umowie Inwestycyjnej (...). W istocie jednak Powód stanowiska nie zmienił. Wyraził oczekiwanie, że to Zespół Orzekający, zależnie od swojej oceny, dokona zmiany i wybierze właściwą podstawę (dwie lub jedną klauzulę arbitrażową) dochodzonego przez Powoda powództwa. Nie chodzi tu jednak o wybór właściwej podstawy materialnoprawnej roszczeń Powoda. Takie oczekiwanie, w odniesieniu do prawa materialnego, w świetle obowiązującej w polskim prawie arbitrażowym (art. 1194 § 1 k.p.c.) zasady *iura novit arbiter*, byłoby w pełni uzasadnione. Natomiast, zgodnie z § 25 ust. 1 Regulaminu, to Powód jest zobowiązany wskazać w pozwie zapis na sąd polubowny, jak również (m.in.) dokładnie określić żądanie. M.in. w ten sposób realizuje się w postępowaniu arbitrażowym zasada dyspozycyjności (zob. np. T. Ereciński, K. Weitz, Sąd arbitrażowy, Warszawa 2008, s. 284).

81. Rolą Zespołu Orzekającego w tym zakresie jest ocena wykonania przez stronę jej obowiązku proceduralnego i jego skutków, a nie – zastępowanie jej w wykonaniu tego obowiązku. Działanie Zespołu Orzekającego zgodne z oczekiwaniem Powoda wyrażonym w pkt 36 Pisma Powoda prowadziłyby do przejścia przez Zespół Orzekający odpowiedzialności za spełnienie przez Powoda obowiązku wyznaczenia granic sporu i naruszałoby zasadę kontrydiktoryjności postępowania oraz zasadę równego traktowania stron.

82. Na skutek wskazanej sprzeczności (niekompatybilności) zapisów oraz braku tożsamości ich stron, zapisy na sąd polubowny powołane przez Powoda, jako łączna podstawa właściwości Zespołu Orzekającego w tym postępowaniu, są niewykonalne, innymi słowy nie nadają się do realizacji jako łączna podstawa właściwości (zob. np. M. Tomaszewski [w:] A. Szumański [red.], System Prawa Handlowego. Tom 8. Arbitraż Han-

dłowy, Warszawa 2015, s. 388-389). Stwierdzenie to nie pozostaje w sprzeczności z wcześniejszym stwierdzeniem, że poddana abstrakcyjnej (poza jakimkolwiek rzeczywistym postępowaniem arbitrażowym) ocenie z osobna, żadna z dwóch klauzul arbitrażowych, jako samodzielna podstawa, *prima facie*, nie budzi wątpliwości co do ważności, skuteczności i wykonalności.

ZNACZENIE FAKTU WSKAZANIA WSPÓLNIE PRZEZ POZWANYCH ARBITRA W PIŚMIE Z [...]

83. Pozwani, wezwani przez Sąd Arbitrażowy do powołania jednego arbitra, uczynili to wskazując zgodnie jako arbitra R

84. Jak podkreśla Powód, **Pozwani nie zawarli żadnego zastrzeżenia co do wyboru w piśmie z dnia [...] r. jakoby wybór był „tymczasowy”** (Pismo Powoda, s.3). Zdaniem Powoda przesądzające znaczenie *ma fakt powołania przez wszystkie strony, zgodnymi oświadczeniami woli, arbitrów do rozwiązania niniejszego sporu, w sposób nie powodujący żadnej sprzeczności z brzmieniem ani klauzuli arbitrażowej z Umowy Inwestycyjnej, ani Umowy Przyrzeczonej* (tamże, s. 2).

85. Zgodnie z art. 16 ust. 2 UNCITRAL Model Law strona nie jest pozbawiona prawa podniesienia zarzutu braku właściwości przez fakt, że powołała arbitra lub uczestniczyła w wyznaczeniu arbitra. Zasadę tę, powszechnie akceptowaną w arbitrażu handlowym, inkorporował polski ustawodawca w art. 1180 § 2 k.p.c. Oznacza to, że w braku wyraźnego odmiennego oświadczenia Pozwanych, nie można ich czynności polegającej na wspólnym wyznaczeniu arbitra (na wezwanie Sądu Arbitrażowego) uznać za potwierdzenie właściwości Zespołu Orzekającego, ani - za zrzeczenie się prawa podniesienia zarzutu braku właściwości, ani - za zgodę na skład Zespołu Orzekającego wyłoniony w tym postępowaniu. Brak jest również podstaw do formułowania wniosków co do intencji Pozwanych na tej podstawie, że Pozwani wskazali arbitra nie czyniąc żadnego zastrzeżenia w swoim piśmie. Wezwanie Sądu z [...] było stanowcze i jednoznaczne - dotyczyło wskazania osoby arbitra we wskazanym terminie pod rygorem dokonania przez Radę Arbitrażową nominacji zastępczej. Nie należało zatem oczekiwać, że Pozwani, działając rozsądnie, podejmą dyskusję z wezwaniem narażając się na utratę wpływu na skład Zespołu Orzekającego, nawet jeśli liczyli na to, że zadaniem tego Zespołu będzie wyłącznie rozpoznanie ich zarzutu braku właściwości.

86. Należy podkreślić, że podstawą ustalonego braku właściwości Zespołu Orzekającego w tej sprawie nie jest brak zgodności wyłonionego przez Strony składu Zespołu Orzekającego z każdą z klauzul arbitrażowych, lecz już sama sprzeczność pomiędzy tymi klauzulami skutkująca tym, że nie jest możliwe wyłonienie arbitrów na podstawie obu klauzul łącznie w sposób, w jaki dokonywany byłby wybór na podstawie każdej z klauzul z osobna, a przecież Powód wniósł o rozpoznanie sporu na podstawie obu klauzul.

87. Wykonalności podstawy postępowania w tej sprawie (w postaci dwóch klauzul) nie można oceniać przez pryzmat zdarzeń przyszłych (a tym bardziej hipotetycznych) - mających lub mogących mieć miejsce już po wszczęciu jednego postępowania na podstawie dwóch klauzul arbitrażowych przez Powoda.

88. Wadliwy wybór Zespołu Orzekającego w tej sprawie jest więc tylko konsekwencją wadliwości istniejącej wcześniej - niekompatybilności klauzul i nie ma znaczenia dla oceny zarzutu braku właściwości. Wadliwość ta (mająca znaczenie dla oceny zarzutu) powstała w chwili wszczęcia przez Powoda postępowania arbitrażowego na podstawie dwóch niekompatybilnych klauzul arbitrażowych, zawartych przez inne (częściowo) podmioty.

VI. ROZSTRZYGNIECIE O KOSZTACH POSTĘPOWANIA

89. Postanowienie niniejsze jest postanowieniem kończącym postępowanie arbitrażowe wszczęte w tej sprawie Pozwem przez Powoda. W chwili jego wydania gasną obowiązki Stron określone w harmonogramie ustalonym w postanowieniu Zespołu Orzekającego z [...]

90. Zgodnie z § 48 ust. 1 Regulaminu, Zespół Orzekający rozstrzyga o kosztach postępowania w orzeczeniu kończącym postępowanie, przy czym czyni to na żądanie strony.

91. Postanowieniem z [...] Zespół Orzekający poinformował Strony, iż, po wpłynięciu Pisma Powoda, rozpozna zarzut braku właściwości i wyda w tym zakresie odrębne postanowienie.

92. Obie Strony wносиły o zasądzenie kosztów postępowania. Postanowieniem z [...] Zespół Orzekający zobowiązał Strony do przedstawienia żądań w zakresie kosztów postępowania poniesionych *w związku z wymianą argumentów dotyczących zarzutu braku właściwości*.

93. W pismach z [...] Strony podały kwoty swoich żądań. Powód wnosił o zasądzenie solidarnie od Pozwanych tytułem zwrotu kosztów w związku ze sporem jurysdykcyjnym w kwocie [...]. Pozwani wnosili *o zasądzenie od Powoda na rzecz Pozwanych*:

(a) Kwoty [...] *tytułem kosztów netto zastępstwa procesowego*;

(b) Kwoty [...] *złoty tytułem pozostałych niezbędnych kosztów netto, których poniesienie było rozsądnie potrzebne dla prawidłowej reprezentacji Pozwanych w niniejszym postępowaniu*.

Pozwani wyjaśnili, że podali w piśmie wszystkie poniesione koszty, a nie tylko koszty związane z zarzutem braku właściwości, gdyż takie wyodrębnienie nie znajduje uzasadnienia. Stwierdzili również, że *podniesienie zarzutu braku właściwości Zespołu Orzekającego nie zwalniało Pozwanych z konieczności równoległego podjęcia obrony i merytorycznego ustosunkowania się do żądań i twierdzeń Pozwu*.

94. Zespół Orzekający oparł rozstrzygnięcie o kosztach, zgodnie z § 48 ust. 1 Regulaminu, na zasadzie odpowiedzialności za wynik sporu. Spór między Stronami został rozstrzygnięty tylko w zakresie zarzutu braku właściwości, brak jest więc podstaw do oceny zasadności kosztów poniesionych przez Pozwanych w związku z podjętą obroną w zakresie *meritum sporu*. W tej sprawie nie występowała też sytuacja, w której dla rozstrzygnięcia zagadnienia jurysdykcyjnego niezbędne jest uprzednie rozpoznanie *meritum sporu* i poniesienie przez strony związanych z tym kosztów. Taka sytuacja, która jednak nie miała miejsca w tej sprawie,

mogłaby uzasadniać żądanie uznania za uzasadnione koszty związane z jurysdykcyjną fazą postępowania, również kosztów dotyczących *meritum sporu*.

95. Nie bez znaczenia dla oceny, czy żądanie odpowiada wymogom określonym w § 48 i § 51 Regulaminu, jest też w tej sprawie fakt, iż zarzut braku właściwości Pozwani podnieśli dopiero w Odpowiedzi na Pozew z 15 grudnia 2020 r., wprawdzie zgodnie z § 3 ust. 3 Regulaminu i zgodnie z terminem określonym w postanowieniu Zespołu Orzekającego z [...] r., ale – po upływie 6 miesięcy od daty otrzymania przez Pozwanych odpisu Pozwu ([...]). Taki odległy termin do wniesienia Odpowiedzi na Pozew został określony na wniosek Pozwanych uzasadniony przez nich obszernością pozwu i dowodów, i koniecznością należytego przygotowania obrony, w tym przygotowania odpowiednich *opinii eksperckich*. Jednakże sporządzenie i wniesienie zarzutu braku właściwości nie wymagało wielomiesięcznych przygotowań. Pozwani mogli więc podnieść zarzut wcześniej, przed graniczną datą [...] r. Mogłoby to pozwolić na uniknięcie istotnej części kosztów.

96. Z tych przyczyn brak jest podstaw do obciążania Powoda kosztami przekraczającymi kwotę odpowiadającą uzasadnionemu nakładem pracy i w rozsądnej wysokości wynagrodzeniu profesjonalnego pełnomocnika. Pozwani nie wyodrębnili i nie wskazali takiej kwoty. Wobec tego Zespół Orzekający uznał, że taką kwotę w tej sprawie, jest kwota stanowiąca równowartość kwoty w euro wskazanej przez Powoda, tj. kwota [...], i taka kwota została zasądzona od Powoda na rzecz Pozwanych; w pozostałej części żądanie zwrotu kosztów zostało oddalone.

97. Oddalone zostało w całości żądanie zwrotu kosztów na rzecz Powoda, który w całości uległ Pozwanym w zakresie sporu jurysdykcyjnego.

VII. FORMA ROZSTRZYGNIĘCIA ZESPOŁU ORZEKAJĄCEGO

98. Każde rozstrzygnięcie zespołu orzekającego o jego właściwości (podjęte odrębnie od rozstrzygnięcia o *meritum sporu*) jest, niezależnie od nadanej mu nazwy, postanowieniem. Wynika to z treści art. 1180 § 3 k.p.c. oraz § 39 ust. 3 Regulaminu (zob. również wyrok SN z 17.05.2006 r., I CSK 104/05 oraz wyrok SN z 28.01.2011 r., I CSK 231/10). Postanowieniem jest również stwierdzenie braku właściwości Zespołu Orzekającego do rozstrzygnięcia sporu w tej sprawie, zawarte w pkt. 1. sentencji wyroku. Jest to postanowienie kończące postępowanie arbitrażowe.

99. Uwzględnienie zarzutu braku właściwości sądu polubownego wyraża się zwykle przez stwierdzenie przez ten sąd braku właściwości do rozstrzygnięcia określonego sporu. Orzeczenie takie ma charakter deklaratoryjny i zwykle, tak jak w tym postępowaniu, potwierdza, że tenże sąd polubowny (Zespół Orzekający) od początku nie był właściwy. Na gruncie poprzednich wersji Regulaminu można było w praktyce spotkać się z orzeczeniami, w których zespół orzekający stwierdzał brak swojej właściwości i odrzucał pozew lub tylko odrzucał pozew. Na gruncie Obecnie obowiązującego Regulaminu dla takiej praktyki nie ma uzasadnienia.

100. Całkowicie błędne byłoby w tej sprawie, wobec stwierdzenia braku właściwości, umorzenie postępowania. Taka forma zakończenia postępowania, w którym zespół orzekający uznaje brak swojej właściwości, byłaby właściwa tylko wówczas, gdyby zespół orzekający był początkowo właściwy, a następnie, już w trakcie

postępowania, doszło do utraty mocy przez zapis na sąd polubowny (zob. więcej na ten temat w: M. Łaszczuk, A. Szumański (red.), *Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 408 i n.). Z tych przyczyn pogląd wyrażony przez Pozwanych w ich piśmie z [...] (dotyczącym kosztów postępowania) co do formy rozstrzygnięcia był błędny.

101. Całemu rozstrzygnięciu Zespołu Orzekającego nadana została postać wyroku z uwagi na treść pkt. 2. jego sentencji. Zespół Orzekający podziela pogląd, że w postępowaniu arbitrażowym, odmiennie niż w postępowaniu przed sądem państwowym, orzeczenie o kosztach postępowania następuje wyrokiem (zob. np. W. Głodowski, *Skarga o uchylene wyroku sądu polubownego*, Warszawa – Poznań 2014, s. 185; P. Pietkiewicz, *Koszty postępowania przed sądem polubownym*, [w:] A. Szumański (red.), *Arbitraż handlowy*, 2. Wydanie, Warszawa 2015, s. 659-660; J. Szpara, *Kilka uwag o wykonalności rozstrzygnięcia o kosztach postępowania arbitrażowego w przypadku braku właściwości sądu polubownego do rozstrzygnięcia sporu*, [w:] B. Jelonek-Jarco, R. Kos, J. Zawadzka (red.), *Usus magister est optimus*. Rozprawy prawnicze ofiarowane Profesorowi Andrzejowi Kubasowi, Warszawa 2016, s. 734-735).

102. Zgodnie z § 48 ust. 1 Regulaminu rozstrzygnięcie o kosztach postępowania następuje w orzeczeniu kończącym postępowanie, a zatem Regulamin w zasadzie nie dopuszcza możliwości wydania odrębnego orzeczenia tylko w przedmiocie kosztów.

103. Z tych przyczyn Zespół Orzekający nadał swojemu orzeczeniu postać wyroku choć zawiera ono przede wszystkim rozstrzygnięcie w przedmiocie właściwości, niewymagające tej formy i mające charakter postanowienia.

X Y Z

Stwierdza się, że orzeczenie powyższe zostało wydane przez Zespół Orzekający powołany zgodnie z Regulaminem Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie. Podpisy członków Zespołu Orzekającego złożone powyżej są autentyczne. Orzeczenie jest ostateczne.

*Uzasadnienie zdania odrębnego
do wyroku sądu polubownego przy Krajowej
Izbie gospodarczej z dnia 5 lipca 2021 r.
Wydanego w sprawie z powództwa a S.A.
Przeciwko b sp. Z o.o., C sp. Z o.o.
I d (sygn. akt sa [...])*

WSTĘP

1. Nie zgadzam się z wyrokiem. Zespół Orzekający jest bowiem właściwy do rozstrzygnięcia tego sporu.

2. Nie budzi wątpliwości, że zarówno klauzula arbitrażowa zawarta w Umowie Inwestycyjnej (**Klauzula 1**), jak i klauzula arbitrażowa zawarta w Umowie Przyrzeczonej (**Klauzula 2**) jest ważna i skuteczna¹.

3. Osoby występujące po stronie pozwanej powołały jednego arbitra, zgodnie z tymi Klauzulą 1 i Klauzulą 2, a następnie zaczęły kwestionować właściwości Zespołu Orzekającego wskazując na rozbieżności między tymi klauzulami w zakresie sposobu powołania arbitra. Pozwani, a za nimi Zespół Orzekający, nie uwzględnili okoliczności, że rozbieżności te, wskutek zgodnego powołania jednego arbitra, straciły jakiegokolwiek znaczenie.

Właściwym kryterium oceny „zgodności” Klauzuli 1 i Klauzuli 2 jest to, czy na ich podstawie możliwe jest powołanie składu Zespołu Orzekającego zgodnego z Regulaminem, nie zaś to, czy klauzule te można połączyć w jedną klauzulę. To pierwsze kryterium jest spełnione.

4. Problem, który doprowadził większość do wniosku, że Zespół Orzekający nie ma właściwości, była kwestia „zgodności” między tymi klauzulami. „Zgodność” ta zdefiniowana została na potrzeby wyroku jako „brak sprzeczności między nimi, zgodność[ć] pozwalając[a] na ich jednoczesną realizację z zachowaniem uprawnień stron wynikających z każdej z nich”². W uzasadnieniu wskazano: „[g]dy (...) występują różnice, niezbędne jest zbadanie, czy jest możliwe zrealizowanie obu klauzul w jednym postępowaniu, innymi słowy, czy dałoby się zrekonstruować jedną, niesprzeczną wewnątrznie klauzulę, która stanowić będzie podstawę jednego postępowania”³.

¹ § 78 i 83 uzasadnienia wyroku.

² § 79 uzasadnienia wyroku.

³ Ibidem.

5. Wbrew temu, co sugeruje ten ostatni fragment (a w szczególności łącznik „innymi słowy”), zawiera on nie jeden test, lecz dwa różne testy:

(a) czy możliwe jest prowadzenie postępowania w oparciu o obie klauzule naraz (**Pierwszy Test**);

(b) czy da się zrekonstruować jedną, niesprzeczną wewnątrznie klauzulę, która stanowić będzie podstawę jednego postępowania (**Drugi Test**).

6. Wynik Pierwszego Testu zależy od tego, jak osoby występujące po stronie pozwanej wykonają prawo powołania arbitra. Jeżeli na podstawie Klauzuli 2 B sp. z o.o. (B) powołałaby na arbitra tę samą osobę, co B i C sp. z o.o. (C) na podstawie Klauzuli 1, postępowanie arbitrażowe mogłoby być prowadzone. Jeżeli jednak na podstawie Klauzuli 1 i Klauzuli 2 spółki te powołałyby dwie różne osoby, postępowanie nie mogłoby toczyć się dalej. Musiałoby ono zostać umorzone z uwagi na niewłaściwy, sprzeczny z Regulaminem, skład Zespołu Orzekającego.

7. Wynik Drugiego Testu w odniesieniu do Klauzuli 1 i Klauzuli 2 zawsze będzie negatywny. Nie można pogodzić dwóch odmiennych sposobów powołania arbitrów przez osoby występujące po stronie pozwanej w ten sposób, by połączyć Klauzulę 1 i Klauzulę 2 w jedną, wewnątrznie spójną klauzulę arbitrażową.

8. Nie ma jednak podstaw, by zastosować Drugi Test zamiast Pierwszego Testu. Klauzula 1 i Klauzula 2 są bowiem odrębnymi umowami. Bezpodstawny i zbędny jest wymóg, aby połączyć się dały w jedną spójną klauzulę. Wymóg taki równoznaczny jest z regułą, że na podstawie Klauzuli 1 i Klauzuli 2 zawsze możliwe być musi powołanie składu Zespołu Orzekającego zgodnego z Regulaminem. Jest to poprzeczka ustawiona arbitralnie zbyt wysoko. Z klauzul tych korzysta się tylko raz. Skoro więc już z nich skorzystano, i powołano skład Zespołu Orzekającego, nieważne jest, czy dałoby się to zrobić po raz drugi, trzeci, czwarty, itd. Ważne jest tylko to, czy te klauzule zastosowane łącznie były „kompatybilne”, to jest, czy powołano na ich podstawie skład zgodny z treścią obu z nich i z Regulaminem.

9. Zamiast więc szukać odpowiedzi na niewłaściwe pytanie, czy da się połączyć Klauzulę 1 i Klauzulę 2 w jedną spójną klauzulę arbitrażową, zastanowić się trzeba, czy w tej sprawie w oparciu o te dwie klauzule B i C wykonały swoje prawo do powołania arbitra w taki sposób, że skład jest zgodny z Klauzulą 1 i Klauzulą 2 oraz z Regulaminem. Innymi słowy, zamiast Drugiego Testu należy zastosować Pierwszy Test.

10. Nie ma podstaw, by twierdzić, że B powołując w piśmie z dnia [...] arbitra na podstawie Klauzuli 1 i Klauzuli 2 chciała wybrać dwie różne osoby. Mogła to zrobić i w ten sposób mogła uniemożliwić dalszy bieg tego postępowania, lecz tego nie zrobiła. Jej uzewnętrzniiona wola była jasna: arbitrem zarówno na podstawie Klauzuli 1, a jak i na podstawie Klauzuli 2 miał być Z. Wynik Pierwszego Testu jest więc pozytywny. Na tym należałoby zakończyć analizę.

Zespół Orzekający błędnie zakwalifikował kwestię prawidłowości wyboru arbitrów jako kwestię swojej właściwości.

11. Nawet gdyby błędnie przyjąć, że na podstawie Klauzuli 1 i Klauzuli 2 nigdy nie można powołać składu Zespołu Orzekającego zgodnego z Regulaminem, albo że w tej sprawie Pozwani powołali arbitra w sposób sprzeczny z tymi klauzulami arbitrażowymi lub z Regulaminem, to i tak należałoby uznać, że problem ten jest kwestią prawidłowości wyboru arbitrów, a nie kwestią właściwości Zespołu Orzekającego.

12. Są to dwie różne kwestie, odrębnie uregulowane w ustawie. Ta pierwsza obejmuje takie zagadnienie, jak zachowanie procedury wyboru arbitrów uzgodnionej przez strony lub wynikającej z ustawy i to, czy orzekają arbitrzy bezstronni i niezależni. Ta druga obejmuje takie kwestie, jak ważność umowy o arbitraż, objęcie dochodzonych roszczeń zakresem tej umowy i zdatność arbitrażową sporu.

13. Jeżeli sprawa może być rozstrzygnięta przez sąd polubowny, umowa o arbitraż jest ważna, roszczenia dochodzone objęte są tą umową i dochodzone są przed sądem arbitrażowym w niej wskazanym, trybunał jest zawsze właściwy. Wytoczenie powództwa na podstawie dwóch rozbieżnych klauzul wskazujących ten sam sąd polubowny lub powołanie przez strony składu nieznanego regulaminowi nie ma żadnego wpływu na właściwość trybunału (choć okoliczności te mogą w niektórych przypadkach skutkować niemożliwością prowadzenia postępowania arbitrażowego).

14. Takie rozumienie zakresu kwestii właściwości ma również podstawę w Regulaminie. § 3 ust. 1 Regulaminu stanowi:

Zespół Orzekający jest właściwy do rozstrzygnięcia sporu, który zgodnie z prawem może być poddany pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, jeżeli:

1. strony są związane zapisem na sąd polubowny, poddającym spory powstałe lub mogące powstać między nimi w związku z określonym stosunkiem prawnym, umownym bądź pozaumownym, rozstrzygnięciu na podstawie Regulaminu,
2. pozwany, któremu został doręczony odpis pozwu wraz z wnioskiem powoda o rozstrzygnięcie sporu na podstawie Regulaminu, wyraził we właściwej formie zgodę na takie rozstrzygnięcie sporu.

15. Wszystkie przesłanki właściwości Zespołu Orzekającego wymienione w tym postanowieniu są w tej sprawie spełnione: spór ma zdatnością arbitrażową, Klauzula 1 i Klauzula 2 są ważne i skuteczne, a spór objęty jest tymi klauzulami. Pozostałe kwestie, w tym dotyczące sposobu wyboru arbitrów, nie wchodzą w zakres zagadnienia właściwości Zespołu Orzekającego.

16. Podstawą ustalenia przez Zespół Orzekający braku swojej właściwości jest teza, że Klauzula 1 i Klauzula 2 zastosowane łącznie jako podstawa właściwości są „niewykonalne”⁴. Jedyna „wykonalność”, o jakiej może tu być mowa, dotyczy wykonania przez osoby występujące po stronie pozwanej prawa do nominacji arbitra. Tego bowiem elementu dotyczy „niekompatybilność” tych dwóch klauzul arbitrażowych. W istocie więc twierdzenie Zespołu Orzekającego o niewykonalności obu klauzul naraz równoznaczne jest z twierdzeniem, że nie da się na ich podstawie prawidłowo nominować składu Zespołu Orzekającego. Z tego zaś wynika, że skład powołany w tej sprawie powołany został w sposób wadliwy. Do tego właśnie twierdzenia sprowadza się teza o „niewykonalności” Klauzuli 1 i Klauzuli 2. Twierdzenie to jest błędne (zob. § 10 powyżej), ale nawet gdyby było słuszne, to nie uprawniałaby Zespołu Orzekającego do stwierdzenia braku swojej właściwości.

17. Tak więc kwestia, którą Zespół Orzekający zakwalifikował jako zagadnienie dotyczące jego właściwości, jest w istocie zagadnieniem prawidłowego składu Zespołu Orzekającego. Ta błędna kwalifikacja była logicznie pierwszym krokiem do uznania przez Zespół Orzekający, że nie jest on właściwy do rozpoznania tej sprawy.

Obie strony wyraziły wolę usunięcia skutków wynikających z odmienności treści klauzul arbitrażowych.

18. Rozumowanie przedstawione w uzasadnieniu wyroku jest niekonsekwentne. Odnosząc się do rozbieżności między Klauzulą 1 i Klauzulą 2 w zakresie sposobu powołania arbitrów, wskazano:

Oczywiście **byłoby możliwe usunięcie** tej **sprzeczności** między klauzulami poprzez ich zmianę albo **przez usunięcie skutków tej wadliwości przez Strony**. W każdym razie wymagałyby to jednak zgodnej woli Stron⁵. [wytłuszczenia arbitra]

(..)

Takiej zgodnej woli, Strony tego postępowania nie wyraziły. Ani wprost, ani w sposób dorozumiany, skoro Pozwani zgłosili zarzut będący przedmiotem rozpoznania Zespołu Orzekającego⁶.

19. Otóż powołanie w dniu [...] jednego arbitra przez wszystkie osoby występujące po stronie pozwanej było właśnie „usunięciem skutków tej wadliwości”. Na to „usunięcie skutków” Powód wyraził zgodę. Powoływał się na nie w swoich pismach⁷ i nigdy nie kwestionował nominacji arbitra dokonanej przez stronę pozwaną.

⁴ § 83 uzasadnienia wyroku.

⁵ § 74 uzasadnienia wyroku.

⁶ § 75 uzasadnienia wyroku.

⁷ §§ 51-52 oraz 61 pisma Powoda z [...] 2021 r., § 6 pisma Powoda z [...] 2021 r.

20. Podniesienie przez Pozwanych zarzutu braku właściwości jest w tym kontekście nierelevantne.

21. Nominując wcześniej jedną osobę na arbitra Pozwani dokonali wyboru arbitra zgodnego z Klauzulą 1 i Klauzulą 2 oraz z Regulaminem. Skorzystali ze swojego prawa w ten sposób, że obie te klauzule okazały się „kompatybilne”. Po tej nominacji wszelkie zarzuty dotyczące składu Zespołu Orzekającego, czy też właściwości Zespołu Orzekającego – związane z odmienną treścią Klauzuli 1 i Klauzuli 2 w zakresie nominacji arbitra przez Pozwanych – stały się bezprzedmiotowe.

22. Nie jest to sytuacja analogiczna do tej, w której strona twierdzi, że trybunał arbitrażowy nie ma właściwości, a arbitra nominuje tylko po to, by trybunał orzekał, że nie jest właściwy do rozstrzygnięcia sporu – w takim przypadku powszechnie uznaje się, że samo powołanie arbitra nie stanowi zgody na rozstrzygnięcie sporu przez sąd polubowny zastępującej nieistniejącą umowę o arbitraż, ani nie sanuje nieważności lub bezskuteczności klauzuli arbitrażowej. W niniejszej sprawie nie chodzi o argument, zgodnie z którym nominacja jednego arbitra przez wszystkie osoby występujące po stronie pozwanej zastąpiła nieistniejącą umowę o arbitraż lub też konwalidowała wadliwą umowę. Chodzi o to, że nominacja ta, będąc zgodna zarówno z dwiema ważnymi i skutecznymi klauzulami arbitrażowymi, jak i z Regulaminem, rozstrzygnęła definitywnie kwestie, czy na ich podstawie Pozwani mogli prawidłowo wykonać swoje prawo do ukształtowania składu Zespołu Orzekającego i czy je prawidłowo wykonali.

23. Spełniony jest więc, ustalony przez Zespół Orzekający, warunek uznania swojej właściwości. Mimo tego Zespół Orzekający uznał się za niewłaściwy.

Wybór Klauzuli 1 jako podstawy właściwości, na wypadek gdyby Zespół Orzekający przyjął, że postępowanie nie może toczyć się na podstawie Klauzuli 1 i Klauzuli 2, był skuteczny.

24. Nawet gdyby założyć, że Zespół Orzekający słusznie ustalił brak swojej właściwości w sprawie opartej łącznie na Klauzuli 1 i Klauzuli 2, to i tak za błędne należałoby uznać nieuwzględnienie dokonane-go w § 36 pisma Powoda z dnia [...] wyboru Klauzuli 1 jako podstawy dochodzenia roszczeń. Był to wybór ewentualny, na wypadek, gdyby Zespół Orzekający przyjął, że postępowanie nie może toczyć się na podstawie Klauzuli 1 i Klauzuli 2 łącznie. Wbrew temu, co napisano w § 81 uzasadnienia wyroku, Powód nie wyraził oczekiwaniami, że Zespół Orzekający dokona zmiany i wybierze właściwą podstawę dochodzonego przez niego roszczenia, lecz jednoznacznie wskazał, którą z klauzul wybiera na wypadek, gdyby Zespół Orzekający przyjął taki pogląd, jaki ostatecznie przyjął. Powód podniósł przy tym, że Klauzula 1 obejmuje wszystkie jego roszczenia dochodzone w tej sprawie⁸.

⁸ §§ 31-35 pisma Powoda z dnia [...] 2021 r.

25. Takie wskazanie jest równie uprawnione, jak na przykład wskazanie, że strona dochodzi roszczenia na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu na wypadek, gdyby sąd przyjął, że nie przysługuje jej roszczenie *ex contractu*. Zespół Orzekający również stoi na stanowisku, że takie ewentualne wskazanie byłoby prawidłowe, gdyby chodziło o materialnoprawną podstawę roszczeń⁹. W takim przypadku nie można by twierdzić, że doszło do przejęcia przez trybunał odpowiedzialności za wyznaczenie przez powoda granic sporu, ani, że trybunał naruszył zasadę kontrydiktoryjności lub zasadę równego traktowania stron¹⁰.

26. W uzasadnieniu wyroku nie ma satysfakcjonującego wyjaśnienia, dlaczego zdaniem większości odmiennie traktować należy wskazanie alternatywnej podstawy jurysdykcyjnej od wskazania alternatywnej podstawy materialnoprawnej sporu. Jedynym argumentem w tym zakresie zawartym w uzasadnieniu wyroku jest przywołanie § 25 ust. 1 Regulaminu¹⁰. Otóż § 25 ust. 1 Regulaminu stanowi tylko, że pozew powinien zawierać wskazanie zapisu na sąd polubowny (wymóg ten pozew niewątpliwie spełnia). Postanowienie to nie rozstrzyga on kwestii, czy powód, który zawarł z pozwanym więcej niż jedną umowę o arbitraż, może w pierwszym rzędzie wskazać, że wszczyna postępowanie na podstawie jednej z nich, a ewentualnie, gdyby w ocenie trybunału wybór ten okazał się błędny, na podstawie innej klauzuli arbitrażowej. Zdrowy rozsądek podpowiada, że w takim przypadku nie należy oczekiwać, iż powód odgadnie, którą z klauzul trybunał uzna za właściwą podstawę dochodzenia roszczeń, oraz że trybunał powinien prowadzić postępowanie arbitrażowe, jeżeli którakolwiek z klauzul arbitrażowych wskazanych przez powoda jest podstawą właściwości trybunału.

Błędny jest argument odwołujący się do okoliczności, że inne są strony Klauzuli 1 i Klauzuli 2

27. Choć Zespół Orzekający rozstrzygnięcie swoje oparł na kwestii odmiennej treści Klauzuli 1 i Klauzuli 2, w uzasadnieniu wyroku, w jednym akapicie odwołał się do innego jeszcze argumentu:

28. Przeszkodą dla uznania dopuszczalności kumulacji w tej sprawie jest również brak zgodności stron powołanych klauzul arbitrażowych objętych postępowaniem. Przy tym jedna ze stron Umowy Inwestycyjnej i zawartej w niej umowy o arbitraż (E sp. z o.o. z siedzibą w [...]) nie jest stroną tego postępowania¹¹.

29. Trudno się do tego odnieść, gdyż ani strony o tej kwestii nie dyskutowały (choć strona pozwana zaanonsowała ją w odpowiedzi na pozew¹²), ani Zespół Orzekający argumentu tego nie rozwinął. Nie wiadomo więc, jaki jest tok rozumowania stojący za tym twierdzeniem. Niejasne jest też, czy jest to argument za brakiem właściwości Zespołu Orzekającego, czy też za niemożliwością prowadzenia tego postępowania z innych przyczyn niż brak właściwości.

⁹ § 81 uzasadnienia wyroku.

¹⁰ Por. § 82 uzasadnienia wyroku.

¹¹ § 81 uzasadnienia wyroku.

¹² § 80 uzasadnienia wyroku.

¹² § 24 odpowiedzi na pozew.

30. Nie wszystkie strony wielostronnej umowy o arbitraż muszą być stronami postępowania arbitrażowego. Zatem okoliczność, że E sp. z o.o. nie jest stroną tego postępowania, jest pozbawiony znaczenia.

Skoro można wszcząć jedno postępowanie na podstawie dwóch klauzul arbitrażowych, a Powód na podstawie Klauzuli 1 dochodzi wobec B, C i D tych samych roszczeń, których na podstawie Klauzuli 2 dochodzi od B, trudno odgadnąć, gdzie leży przeszkoda do rozpoznania tej sprawy przez Zespół Orzekający, o której mowa w § 80 uzasadnienia wyroku.

X arbiter

Warszawa, dnia 12 lipca 2021 r.

Better safe than sorry? Lessons ISDS can learn from dispute prevention and ADR

Agata Zwolankiewicz, LL.M.¹

1. INTRODUCTION

It was the best of times, it was the worst of times.

There is no doubt that international economic law, including both international trade and international investment law, has found itself in crisis. Dispute settlement mechanisms existing under both branches have been under more criticism than ever before. At the turn of this decade, the crown jewel of World Trade Organisation, *i.e.* resolution of trade disputes, became dysfunctional as the appellate mechanism was successfully blocked by the United States. Such actions rendered the whole mechanism ineffective.² On international investment's side, investor-State dispute settlement ("ISDS") mechanism has been severely criticized in recent years. The shortcomings of the ISDS system and exorbitant amounts awarded to investors made the States rethink the dispute settlement mechanism wishing that they could "*get the genie back into the bottle*" and escape the ISDS system in its current form.³ Some countries even decided to opt-out of it (*e.g.* India, South Africa, Venezuela, Ecuador), and others began working on the necessary changes. In the European Union ("EU"), during treaty negotiations, Cecilia Malmström – European Commissioner for Trade – dubbed ISDS as "*the most toxic acronym in Europe*".⁴

Be that as it may, it is oftentimes the periods of crises that allow us to take a step back and reevaluate the existing mechanisms. Evidently, the States are no longer interested in sustaining the ISDS mechanism and seek possibilities to reform the resolution of investment disputes. The discussions concerning the necessary changes are currently taking place at United Nations Commission On International Trade Law's ("UNCITRAL") Working Group III. The proposals cover improvements from a procedural angle. However, the current trend to readjust foreign investment protection may also be deduced from the substantive provisions of the new generation of international investment agreements ("IIAs").⁵

¹ Advocate trainee, graduated from the University of Silesia in Katowice (M.A. in law), and the University of Ottawa (LL.M. with concentration in international trade and foreign investment). The author of this article was a research fellow at Columbia Center for Sustainable Investment (a joint center of Columbia Law School and the Earth Institute, Columbia University) where she researched this subject. The paper was written in the author's personal capacity, and the opinions expressed in the paper are the author's own views.

² The WTO crises will not be further elaborated on in this article. For further information refer to: A. Bahri, *Appellate Body Held Hostage: Is Judicial Activism at Fair Trial?*, Journal of World Trade 2019, no.53; C. D. Creamer, *From the WTOs Crown Jewel to its Crown of Thorns*, AJIL Unbound 2019, no. 113; E. Fabry, E. Tate, *Saving the WTO Appellate Body or returning to the wild west of trade*, Policy Paper 2018, J. Pauwelyn *WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect? What Choice to Make?*, SSRN Electronic Journal (2019), T. Payosova, G. C. Hufbauer, J. J. Schott, *The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures*, PIIE Policy Brief 2018.

³ C. Schreuer, *International Investment Law* (C.H.BECK 2015), p. 1905.

⁴ P. Ames, *ISDS: The most toxic acronym in Europe*, online: <<https://www.politico.eu/article/isds-the-most-toxic-acronym-in-europe/>> (accessed on 31 March 2021).

⁵ As an example, the "*new generation treaties*" such as CETA, EU-Vietnam FTA, EU-Singapore FTA contain narrower Fair and Equitable Treatment (FET) protection standards than the previous generation of international investment agreements.

This article will focus on another aspect of the ISDS reform that is currently taking place at UNCITRAL's Working Group III. It aims at contributing to the reevaluation of the purpose of resolution of investment disputes and suggests that in parallel to a systemic reform, it is necessary to increase the use of ADR and dispute prevention measures. Oftentimes, investment disputes escalate to a point where it becomes impossible to resolve them amicably. This article will focus on two questions: why so few investment disputes are resolved amicably, and what may be done to improve that.

2. DISPUTE PREVENTION AND ADR

Dispute prevention mechanisms ("DPMs") are designed to facilitate conflict avoidance between investors and the States – to prevent investors grievances from both emerging and escalating into formal investment disputes.⁶ First and foremost, DPMs focus on equipping the State with the possibility to address the emerging dispute, *i.e.* to give the government an advance notice of the issue and sufficient amount of time to approach it beforehand.⁷ As of now, majority of States are unable to take control of the defence of the claim – oftentimes, the government may not even be aware that a notice of arbitration has been filed, or better yet, that there is a foreign investment and that such an investment is protected under an international investment agreement.⁸ DPMs may take a wide variety of forms – both at domestic and international levels.⁹ Examples include establishing lead agencies¹⁰, ombudsman offices¹¹, as well as introducing mediation¹², information-sharing mechanisms about potential investment disputes¹³, and early alert mechanisms to notify responsible individuals about potential claims¹⁴. These mechanisms should

⁶ 2010 UNCTAD Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration, p. xxiv.

⁷ 2010 UNCTAD..., p.30.

⁸ L. Johnson, B. Guven, *Securing adequate legal defense in proceedings under international investment agreements: a scoping study*, CCSI 2019, p. 39.

⁹ R. Echandi, *Complementing investor-state dispute resolution: a conceptual framework for investor-state conflict management*, Prospects in International Investment Law and Policy (Cambridge University Press 2013), p. 295.

¹⁰ "The establishment of adequate inter-institutional arrangements among government agencies can allow States to address emerging investment disputes more effectively. Such inter-institutional mechanisms may involve the establishment of a lead agency responsible for dealing with investment disputes, with the right to obtain information from other government agencies and the authority to resolve a dispute through preferred means of settlement", 2010 UNCTAD..., p. xxvii.

¹¹ The E15 Initiative: Strengthening the Global Trade and Investment System for Sustainable Development, *Investor-State Conflict Management: A Preliminary Sketch*, 2015, p. 7.

¹² E. Sussman, *Investor-State Dispute Mediation: The Benefits and Obstacles*, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2009, no. 3, p. 323.

¹³ "Information sharing should enable the lead agency to coordinate the diffusion of relevant information to those agencies more likely to generate or become involved in investment-related conflict. Information sharing may involve substantive information on the contents and breadth of the obligations included in different IIAs", The E15 Initiative..., p. 7.

¹⁴ "Early alert mechanisms may vary in degrees of sophistication. Countries such as Peru (APEC 2012), and pilot projects or the World Bank Group have developed information technology tools to identify, monitor, and track grievances. There may be other relatively simpler solutions to enable investors themselves to alert the lead agency of the existence of a conflict. This could be achieved by having a single specialized window within the lead agency to receive grievance information. In many countries, investment ombudsman offices have played that role. In others, this role is undertaken by investment promotion agencies. Another possibility would be to engage private sector associations as main points of contact to receive and then follow up the management of the conflict with the government on behalf of the investor", The E15 Initiative..., p. 7.

allow the States to take notice of the claim at an early stage, address the investors grievances, and ultimately find an amicable solution.

Whilst DPMs intend to avoid conflicts, Alternative Dispute Resolution (ADR) focuses on dealing with a conflict after it has already escalated. ADR in investment disputes is understood as an alternative to investment arbitration proceedings. In certain conflicts, resolution of an investment dispute through investment arbitration may not serve the interest of the parties in an efficient manner. It results in either finding a non-violation of investors rights under a particular IIA, or awarding damages to the investor for infringement of its rights. It does not address the investors' needs who may simply wish to continue with the investment.¹⁵ Thus, alternatives to ISDS may include, e.g. direct negotiations of settlement with the host State¹⁶, mediation¹⁷, and State-State arbitration¹⁸.

2.1. ADVANTAGES

There are several advantages that DPMs and ADR commonly exhibit. First and foremost, these approaches provide for more of procedural and substantive flexibility – they are not constrained by rigid procedures and deadlines. Due to that fact, they may involve tailor-made solutions which better suit the parties' interests and needs.¹⁹

Whilst investment arbitration provides solely for damages, ADR and DPMs may result in solutions that allow the investment to continue. It is oftentimes the case that investors wish to resolve their grievances with the States before they escalate into formal disputes, however, they usually lack the opportunity (and designated forum) to do so. In addition to the great flexibility, prevention of disputes or ADR methods have been found to reduce the overall costs, and constitute a time-efficient tool available to the parties.²⁰ That aspect is especially relevant as the exorbitant damages awarded to foreign investors were the reason why some States began questioning the efficiency and the objective of ISDS.²¹ Prevention of investment disputes may also have a positive impact on attracting foreign investment. In accordance with a study conducted in 2011, there is a correlation between reduced FDI flows and involvement of the State in a dispute (even if it is pending or unresolved).²² It shows that foreign investors do factor in the number

¹⁵ J. K. Schäfer, *International Investment Law* (C.H. BECK 2015), p. 1192.

¹⁶ J. W. Salacuse, *Is There a Better Way - Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution*, Fordham Intl L J 2007, no. 31, p. 162.

¹⁷ J. W. Salacuse, *Is There a Better Way...*, p. 166.

¹⁸ I. Madaan, *India, Brazil Ink Novel Investment Treaty: Is Dispute Prevention the Way Forward?*, 2020, online: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/21/india-brazil-ink-novel-investment-treaty-is-dispute-prevention-the-way-forward/?doing_wp_cron=1591282514.8731589317321777343750> (accessed on 31 March 2021).

¹⁹ 2010 UNCTAD..., p. 31.

²⁰ UNCITRAL Working Group III: Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Dispute prevention and mitigation – Means of alternative dispute resolution, Note by Secretariat, A/CN.9/WG.III/WP.190, p. 9; W. von Kumberg, J. Lac, M. Leathers, *Enabling Early Settlement in investor-State Arbitration: The Time to Introduce Mediation Has Come*, ICSID Review 2014, no. 29, p. 141.

²¹ R. Matthews, N. Ponnaya, *Withdrawal from Investment Treaties: An omen for waning investor protection in AP?* online <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4bdc087c-20f0-4729-9166-1d6de9b8d2de>>

²² T. Allee, C. Peinhardt, *Contingent Credibility: The Impact of Investment Treaty Violations on Foreign Direct Investment*, Cambridge University Press 2011, no. 65, p. 429.

of investment disputes initiated against the State prior to making their decision about the location of the investment. Therefore, the reduction of formal conflicts and, at the same time, the increase of an investment-friendly perception, may have a positive impact in this regard.

3. WHY AREN'T MORE DISPUTES RESOLVED AMICABLY?

Since there are so many advantages to resolving disputes amicably, it comes as a surprise that not many parties involved in investment disputes are incentivized to use DPMs and ADR methods.

First, as already indicated above, the States have difficulties with taking notice of the emerging dispute, organizing a defence against investor's claims, and lastly engaging in ADR methods. These issues are mainly caused by the fact that majority of States do not designate a single agency which would be authorized to deal with investors grievances.²³ It means that oftentimes the governments are not aware of emerging disputes, and even that there are investments covered by investment treaty protection. Only when the claim is submitted, do the States begin to realize that there is an issue. It means that States in such a situation are hence taken by surprise with the request for arbitration, and in a difficult position to organize the defence. Investors have the necessary time to come up with all the legal arguments and to produce the necessary evidence. Given that the treaties usually do not provide for the exhaustion of local remedies, the States are placed in a very difficult position not only to anticipate the claim but also to act when it is submitted.²⁴ Gathering information concerning investor's grievance and assessing the strengths and weaknesses of the claim needs significant amount of time – thus the States are usually reluctant to engage in negotiating the prospective settlement at the initial stage of the dispute.

Moreover, another issue concerning potential settlements of investment disputes, is that even if a State does designate the responsible agency, such an agency may not have the power to settle the dispute on behalf of the State.²⁵ It is advisable not only to designate a lead agency to address investors grievances (which could form a part of *e.g.* the foreign affairs, justice or trade department) but also to equip the agency with the necessary scope of powers.²⁶ In addition to that, designating a lead agency responsible for prevention, and further resolution of disputes carries a great advantage. Most States do resort to external counsels, experienced in international arbitration to battle their disputes for them.²⁷ However, retention of internal lead agency allows to develop good practices for dealing with investors grievances, and even if a State decides to hire an external counsel for dealing with the dispute, a lead agency can provide invaluable insights. They also increase the State's credibility.²⁸

After the grievance escalated to a formal dispute, there are still many obstacles which the States face concerning amicable dispute resolution. In a NUS Survey on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes, the main concern of the States regarding settling disputes with foreign investors was the fear of

²³ J. W. Salacuse, *Is There a Better Way...*, p. 159.

²⁴ L. Johnson, B. Guven, *Securing adequate legal defense in proceedings under international investment agreements...*, p. 39.

²⁵ J. K. Sharpe, *The Agent's Indispensable Role in International Investment Arbitration*, ICSID Review 2018, no. 33, pp. 686-689.

²⁶ UNCITRAL Working Group III: Possible reform of investor-State dispute settlement. ..., p. 10.

²⁷ J. K. Sharpe, *The Agent's Indispensable Role...*, p. 677.

²⁸ J. K. Sharpe, *The Agent's Indispensable Role...*, p. 679.

public criticism, potential corruption allegations, and alleged “special treatment” of foreign investors compared to domestic ones.²⁹ Thus, the States may have some interest in having a dispute settled by a third party (in case of investment disputes - arbitral tribunals). By referring the case to an arbitral tribunal, the State gains someone else to blame for a potentially unfavourable award – thus, it avoids the social backlash and, at the same time, prevents the risk of setting an unfavourable precedent for other investors who may wish to initiate similar claims.³⁰ The relevant agencies also fear the risk of exceeding their mandate and being held accountable for a reached settlement.³¹

Lastly, it is not only the States which might be hesitant to engage in settlement process. The investors might be sceptical too. Their main concern is the subsequent enforcement of such settlements – at the end of the day, if even most favorable settlements are not enforceable, they become worthless. This concern was addressed by the Singapore Convention on Mediation which entered into force on 12 September 2020. However, since the Convention has not been ratified in many jurisdictions³², it calls into question the effectiveness of this mechanism. That is especially concerning as the key players such as the EU, and the UK have not signed it.³³ On top of that, there is a view (a minority view, however, it may still act as a deterrent to foreign investors) that the Singapore Convention does not apply to settlements in investment disputes.³⁴ Aside from these concerns, the States which ratified the Convention may make a reservation that its provisions do not apply “to agreements to which it [the State] is a party, or to which any governmental agencies or any person acting on behalf of a governmental agency is a party, to the extent specified in the declaration”, by which they will effectively exclude the application of the Convention to settlements in investment disputes.

4. INVESTMENT DISPUTES: QUO VADIS?

International investment law is at crossroads. There is one consensus – resolving disputes between investors and the States requires a fundamental reform. There is no consensus, however, regarding the scope of necessary changes and whether they should cover procedural or substantive dimension (or both), and how excessive it should be. The range of proposals includes from moderate adjustments to ISDS to the creation of a Multilateral Investment Court advocated by the EU).

²⁹ NUS – Centre for International Law Working Paper 18/01, *Report: Survey on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes*, p. 1, 2010 UNCTAD..., pp. 37, 39, K. Fan, *Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey*, Journal of Dispute Resolution 2020.

³⁰ NUS – Centre for International Law Working Paper 18/01, *Report...*, p. 14.

³¹ M. Appel, J. M. Tirado, *Investor-State Mediation – New Tools for Policy Makers*, online: <<https://www.transnational-dispute-management.com/journal-advance-publication-article.asp?key=1806>> (accessed on 31 March 2021), p. 2.

³² The list of participating States may be found here: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_en> (accessed on 31 March 2021).

³³ As of 31 March 2021.

³⁴ The concern is caused by the scope of the Convention which extends to “commercial disputes”. For further discussion, see: S. Kapoor, *Singapore Convention Series: How Does The Singapore Mediation Convention Affect International Dispute Resolution? ISDS Perspective*, online <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2019/11/15/singapore-convention-series-how-does-the-singapore-mediation-convention-affect-international-dispute-resolution-isds-perspective/?doing_wp_cron=1595541799.7965140342712402343750> (accessed on 31 March 2021).

In the meantime, many States decided to narrow the access to investment arbitration³⁵ or abandon that dispute settlement system altogether³⁶.

However, these issues beg the question to be asked – will these reforms cure the shortcomings of ISDS? Is it even possible to reform it? International investment law is composed of thousands of treaties, customs, domestic laws, contracts and arbitral awards. There is no multilateral investment treaty or a multilateral institution which would control the system.³⁷ At the international level, attempts to introduce dispute prevention into the current dispute settlement system have been deliberated upon at Working Group III. It focused on dispute prevention aspects such as *e.g.* identifying a lead agency, mapping information and making it available, monitoring communication with investors, raising awareness on investment obligations among government officials and training, early settlement discussions.³⁸

Some of the mechanisms mentioned have already been implemented in various States. In the next sections, the article will address the current dispute prevention practices existing in several States, and solutions which could be implemented at international level to prevent, and amicably resolve investment disputes.

4.1. CURRENT PRACTICES

The current state of resolution of investment disputes continues to drive various reform efforts. The design of the system that deals with investors grievances should of course take into account the number of disputes, their nature, as well as legal culture. Several of outlined mechanisms have been successfully implemented in various States. There are several ways which can help foreign investors with their grievances: general business counseling on *e.g.* domestic law and dealing with national authorities, the aid of ombudsman with dealing with improvement of investment policy, administrative procedures or laws and regulations, and mediation services.³⁹

4.1.1. KOREA

The growing number of investment disputes drove Korea to review its investment protection policy. It decided to introduce a centralised and effective response mechanism to resolve investors grievances.⁴⁰ Korea issued “*Regulation on International Dispute Prevention and Response*”, which introduced a better coordination among administrative agencies in order to better organise a defence of a claim and build dispute prevention techniques.

³⁵ Examples of restricting access to ISDS may include incorporating certain exclusions into the investment treaty, exhaustion of local remedies or filter mechanisms. See more J. Coleman, L. Johnson, N. Lobel, L. Sachs, *International Investment Agreements 2018: A Review of Trends and New Approaches* in Yearbook on International Investment Law & Policy 2018.

³⁶ The examples may be found below.

³⁷ J. Pauwelyn, *At the Edge of Chaos?: Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed*, ICSID Review 2014, no. 29, p. 378.

³⁸ UNCITRAL Working Group III: Possible reform of investor-State dispute settlement..., pp. 8-9.

³⁹ 2010 UNCTAD..., pp. 91-92.

⁴⁰ B. Kim, Y. S. Park, J. H. Chang, *Global arbitrations around the world: Korea*, online: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4bb8f298-655d-4dea-ab43-131c21395305>> (accessed on 31 March 2021).

In order to achieve those goals, the ombudsman was equipped with more powers in 2010. As an example, it is authorized to request necessary information from relevant agencies to address investors grievances.⁴¹ The ombudsman is also supported by “home doctors” – experts on various industrial areas who help investors with various grievances they may have. The mechanism turned out to be quite a success. It is only between 2000 and 2007, that 3,200 grievances of foreign investors were filed.⁴² Throughout the years, the success rate of dispute prevention enhanced the achievement of 90% in 2007 and onwards.⁴³

4.1.2. BRAZIL

Interestingly, even though Brazil has been an attractive destination for FDI, it never actually ratified any investment treaty providing for investment arbitration.⁴⁴ Brazil’s approach somewhat undermines the presumption that ISDS in international investment agreements increases FDI flows as it consistently ranks among top 10 FDI receiving States without such a mechanism.⁴⁵

Whilst drafting a 2015 Model BIT, Brazil decided to implement dispute prevention provisions (through establishment of ombudsman or focal points), and dispute resolution through State-to-State arbitration provided that the dispute could not have been settled amicably.⁴⁶ The system is based on 3 pillars: risk mitigation, institutional governance, and thematic agendas for investment cooperation and facilitation.⁴⁷

There are several steps as regards addressing investors grievances. First, under the model agreement, an investor should turn to an ombudsman or focal point, which facilitate the resolution of investors issues. The creation of these mechanisms was largely influenced by a positive experience with foreign investment ombudsman in Korea.⁴⁸ These mechanisms are not only designed to help investors – they are also meant to provide host governments with a forum to address grievances against foreign investors.⁴⁹ As a second step, in case the grievance has not been resolved, the Joint Committee examines the dispute – it has the power to hear the parties, interested actors such as NGOs, and to file a public report describing positions of the parties and its recommendations. If the second step proves unsuccessful, under investment treaties entered into by Brazil, there is a possibility to resolve the dispute through State-State arbitration.

⁴¹ F. Nicolas, S. Thomsen, M. Bang, *Lessons from Investment Policy Reform in Korea*, OECD Working Papers on International Investment 2013, no. 2, p. 23.

⁴² 2010 UNCTAD..., pp. 90-91.

⁴³ F. Nicolas, S. Thomsen, M. Bang, *Lessons from Investment Policy Reform in Korea...*, p. 24.

⁴⁴ G. Vidigal, B. Stevens, *Brazil’s New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?*, *Journal of World Investment & Trade* 2018, no. 19, p. 485.

⁴⁵ World Investment Report 2019: Special Economic Zones, UNCTAD, online: <https://unctad.org/system/files/official-document/WIR2019_CH2.pdf> (accessed on 31 March 2021), p. 48.

⁴⁶ I. Madaan, *India, Brazil Ink Novel Investment Treaty: Is Dispute Prevention the Way Forward?*...

⁴⁷ <http://www.mdic.gov.br/arquivos/CFIA-Presentation-EN.pdf>

⁴⁸ G. Vidigal, B. Stevens, *Brazil’s New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?*, *Journal of World Investment & Trade* 2018, no. 19, p. 488.

⁴⁹ G. Vidigal, B. Stevens, *Brazil’s New Model of Dispute Settlement for Investment...*, p. 489.

4.1.3. PERU

In Peru, the State passed Law No. 28933, which introduced the State Coordination and Response System for International Investment Disputes. The main goal of this system is to organize a response to potential grievances, centralize information on investment protection in Peru and potential disputes, as well as to set up an early-alert mechanism. Peru also introduced a system of liability sharing by the involved state agencies for the costs incurred during the arbitral proceedings and potential damages.⁵⁰

Under the new law, a Special Commission was created. It represents the State in international investment arbitration proceedings. It is composed of four permanent members: Ministry of Economy and Finance, Ministry of Foreign Affairs, Ministry of Justice, and ProInversion. It is also composed of *ad hoc* members, including an involved agency that adopted a measure triggering the dispute. The Special Commission analyzes investors grievances and attempts to amicably resolve it, as well as establish the responsibility of an involved agency.⁵¹

Thanks to the early-alert mechanism, Peru is able to obtain information regarding the issues investors might have and to undertake an early and coordinated response. It will allow for more time to either settle the case, or, to prepare the defence.⁵²

5. WHAT CAN AND (SHOULD BE) DONE TO IMPROVE ISDS?

Should ISDS be abandoned altogether? The exorbitant awards paid by the losing State pushed some of the respondents into calling for a fundamental reform of a dispute settlement process. Hitherto, ISDS has been somewhat a result of a policy encouraging foreign investment – in order to induce potential investors, the States were willing to compromise their own interests and equip the investors with vast protection mechanisms. Nonetheless, with time passing and disputes arising, it turned out that such approach did not work out well enough for the responding States which began seeking alternatives. In addition to designing a new system which might better suit the needs of both investors and the States, it may be worthwhile to actually implement practices preventing investment disputes.

First, disputes could be prevented more effectively provided that the cooling-off periods included in the treaties were used more efficiently. As already flagged hereinabove, the lack of a designated lead agency responsible for addressing investors grievances and handling disputes between investors and States contributes to difficulties with organizing negotiations between the interested parties, reaching potential settlements, and eventually preparing a defence. Interestingly, many international investment treaties do provide for cooling-off period clauses, however, these mechanisms were rarely taken full advantage of. Especially longer cooling-off periods would be better suited for dispute prevention as that would give the government officials sufficient time to signal the dispute to appropriate authorities in time, and for them to engage in meaningful

⁵⁰ Best Practices Guidebook: Capacity-Building to Ensure Appropriate and Prompt Consideration of Investors' Complaints to Improve the Investment Climate Within APEC, APEC 2015, pp. 17-18.

⁵¹ Investor-State Dispute Prevention Strategies: Selected Case Studies, APEC 2013, p. 33

⁵² 2010 UNCTAD...pp. 71-72.

negotiations.⁵³ The use of cooling-off periods has been especially advocated due to the ease with the use of this mechanism. That is mainly due to the fact that it already exists and thus increasing its effectiveness would be more readily achieved than creating a new dispute prevention tool under the treaties. Moreover, the effective use of the cooling-off period would not increase either the length or the costs of proceedings as it already runs within the arbitral timeline.⁵⁴ It is, however, the way in which the States approach cooling-off periods which should be improved. Such a solution would also be welcomed by the investors – in recent QMUL survey, the investors expressed concerns regarding inclusion of mediation and conciliation attempts following the cooling-off period due to the increase in time and costs.⁵⁵ Perhaps adding the next step of dispute prevention in arbitral proceedings is not necessary. Instead, the existing mechanisms should be taken the full advantage of.

Second, in connection to the effective use of the cooling-off period, the States should consider designating an ombudsman or a lead agency to address investors grievances. As illustrated by examples hereinabove, setting up an early-alert mechanism allows the State to better address investors grievances, negotiate a settlement, or organise a defence and assess the strong and weak points of the dispute. As noted by UNCTAD's report, certain sectors are more prone to disputes between investors and host State. Mapping potential areas of conflict may enhance dispute avoidance, and if that is not possible, dispute resolution.⁵⁶ The governments awareness may be improved by creation of a lead agency, and better information sharing between relevant authorities.⁵⁷

Lastly, it is equally important to increase awareness regarding dispute prevention. Currently, there are several programs which contribute to capacity building. They include *e.g.* comprehensive databases, training on ISDS and assistance with developing necessary channels to coordinate access to documents, etc.⁵⁸ After all, the awareness of the State's representative regarding investment protection and the consequences of its actions could significantly improve the way investors grievances are addressed. An interesting example of this is Peru's responsibility mechanism towards the involved agencies and incurred costs in a dispute. In general, the funds for investment disputes are included in the Ministry of Economy and Finance's budget, however, Special Commission representing Peru in ISDS or ADR is empowered to subsequently determine the liability of the agency involved in a dispute and burden the agency with the ultimate payment of damages or any settlement, mediation or conciliation costs.⁵⁹ These techniques may increase the awareness of various state agencies regarding the legal obligations undertaken by the State. In addition to implementing DPMs, the States may become more aware of potential conflict areas and measures they should undertake – most importantly by designating an agency responsible for conflict management.

53 UNCITRAL Working Group III: Possible reform of investor-State dispute settlement..., p. 11.

54 J. Coe, *Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-States Disputes—A Preliminary Sketch*, U.C. Davis J. Int'l Law & Pol'y 2005, no. 12, p. 39.

55 C. Kessedjian, A. van Aaken, R. Lie, L. Mistelis, *Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement*, Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020, no. 16, p. 7.

56 2010 UNCTAD..., p. 74.

57 2010 UNCTAD..., p. 30.

58 UNCITRAL Working Group III: Possible reform of investor-State dispute settlement..., p. 4.

59 UNCTAD, *Best practices in investment for development. Case studies in FDI. How to prevent and manage investor-State disputes: Lessons from Peru*, Geneva 2011, pp. 32-33.

6. CLOSING REMARKS

ISDS is currently undergoing fundamental changes. One of the focus groups of Working Group III has been dispute prevention, in addition to procedural and substantive changes to the system. As explained in this article, settling disputes amicably in the context of investment disputes is trickier than in the purely commercial settings, and thus, the state officials may be hesitant to engage in such practices without further guidance. Therefore, strengthening one of the pillars of ISDS reform at Working Group III requires several institutional changes to dealing with investment disputes by States as well as increase of awareness regarding potential infringement of IIAs and prospective claims brought by foreign investors.

The effective use of DPMs and ADR requires action on the States' part. Most importantly, it is necessary to establish a single lead agency which would be responsible for dealing with investors grievances, engage in mediation procedure, and if need be, settle the disputes with foreign investors before the grievance turns into a formal dispute. Such amicable dispute resolution may benefit both foreign investors and the States.

*Opracowanie redakcyjne: mec. Agnieszka Grabowska-Lysyszyn, dr Konrad Czech
Skład i łamanie: Piotr Tarasiuk*