



# e-PRZEGLĄD ARBITRAŻOWY

Nr 3-4 (14-15)/2013



**KAPITAŁ LUDZKI**  
NARODOWA STRATEGIA ROZWOJU



UNIA EUROPEJSKA  
EUROPEJSKI  
FUNDUSZ SPOŁECZNY









# e-PRZEGLĄD ARBITRAŻOWY

NR 3-4 (14-15)/2013


## EDYTORIAL

4  dr Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz



## ANALIZY I OPINIE

- 6 Postępowanie o wyłączenie arbitra – uwagi na tle praktyki Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan  
 dr Marcin Aślanowicz
- 17 O zastosowaniu klauzul arbitrażowych w prawie papierów wartościowych – wybrane aspekty  
 Mateusz Bednarz
- 25 Arbitraż grupowy  
 dr Łukasz Gorywoda
- 37 Zdarność arbitrażowa sporów wynikających ze stosunków pomiędzy bankami a ich klientami indywidualnymi (konsumentami) w wybranych jurysdykcjach  
 Justyna Szczekala-Liharewska
- 47 Klauzula arbitrażowa w świetle Konwencji o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów (CMR)  
 Katarzyna Szostak
- 60 Kilka uwag o postępowaniu remisyjnym w sprawach ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego  
 Alicja Szczęśniak

## GLOS Y

- 67 Charakter prawny klauzuli arbitrażowej w traktatach inwestycyjnych: Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 października 2012 r. IISAB/WA 252/12  
 Agnieszka Różalska-Kucal

## AKTUALNOŚCI

- 75 4th Global ICC YAF Conference, czyli gawędzenie młodych i o młodych na temat międzynarodowego arbitrażu arbitrażowego  
 Maciej Zachariasiewicz
- 78 Jak skutecznie przeprowadzić konferencję telefoniczną  
 Juliusz Czajka

### RADA NAUKOWA:

dr hab. Łukasz Błaszczak, prof. dr hab. Maria Dragun-Gertner,  
dr Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz, prof. dr hab. Jadwiga Pazdan,  
prof. dr hab. Jerzy Poczobut, prof. dr hab. Jerzy Rajski,  
prof. dr hab. Marek Michalski, prof. dr hab. Andrzej Szumański

### KOLEGIUM REDAKCYJNE:

prof. dr hab. Jadwiga Pazdan  
dr hab. Piotr Zapadka

### REDAKTOR NUMERU:

dr Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz

### RECENZENTAMI W ROKU 2013 BYLI:

dr Marek Jeżewski, mec. Przemysław Krzywosz, dr Katarzyna Michałowska,  
dr Jana Planavova-Latanowicz, dr hab. Małgorzata Podrecka, dr Krzysztof Stefanowicz,  
dr Maciej Zachariasiewicz, dr Karol Zawislak, dr Łukasz Żarnowiec, dr Grzegorz Żmij

### SEKRETARZ REDAKCJI:

Agnieszka Różalska-Kucal, [arozalska@pkpplewiatan.pl](mailto:arozalska@pkpplewiatan.pl)

### PROJEKT GRAFICZNY I SKŁAD:

Graffidea, [www.graffidea.pl](http://www.graffidea.pl)

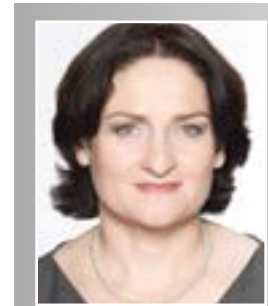
ISSN: 2083-8190

### Sąd Arbitrażowy przy Konfederacji Lewiatan

ul. Zbyszka Cybulskiego 3  
00-727 Warszawa  
tel. (+48 22) 55 99 970  
fax (+48 22) 55 99 910 (z „dopiskiem” dla Sądu)  
e-mail: [sadarbitrazowy@pkpplewiatan.pl](mailto:sadarbitrazowy@pkpplewiatan.pl)  
[www.sadarbitrazowy.org.pl](http://www.sadarbitrazowy.org.pl)

Projekt współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego





**dr Beata Gessel-  
-Kalinowska  
vel Kalisz**

Prezes Sądu  
Arbitrażowego  
Lewiatan

Drodzy Czytelnicy,

Polecamy dziś Państwa uwadze kolejny, podwójny numer naszego pisma. Różnorodna tematyka zamieszczonych artykułów bardzo zaciekawia.

Z perspektywy Sądu Arbitrażowego Lewiatan ciekawą lekturą są uwagi dr Marcina Aślanowicza na temat postępowania o wyłączenie arbitra na tle praktyki naszego sądu. Dlatego też pozwoliłam sobie na krótki komentarz do tego materiału. Kwestie związane z procedurą poruszane są też w analizie Alicji Szcześniak na temat postępowania remisyjnego w sprawach ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego.

Ostatnio w literaturze arbitrażowej dużo miejsca poświęca się kwestiom arbitrażu wielopodmiotowego. Szczególnym przypadkiem w tym zakresie są pozwy grupowe. Artykuł temu poświęcony przygotował Łukasz Gorywoda.

Trzy artykuły odnoszą się do zastosowania umów o arbitraż w konkretnych branżach. Jeden z nich autorstwa Katarzyny Szostak analizuje zagadnienia umowy o arbitraż w świetle Konwencji o umowie międzynarodowego przewozu towarów (CMR), natomiast dwa pozostałe M. Bednarza i J. Szczekały-Liharewskiej dotyczą zastosowania arbitrażu odpowiednio na tynku kapitałowym oraz usługach bankowych.

W niniejszym numerze kontynuujemy kwestie poufności w arbitrażu. Glosa A. Różalskiej-Kucal porusza kwestie poufności w kontekście arbitrażu inwestycyjnego w świetle niedawnego wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z 2012 roku.

Na koniec zapraszam przede wszystkim młodych czytelników do lektury relacji dr Macieja Zachariasiewicza z konferencji ICC YEF, która odbyła się w Nowym Yorku w czerwcu zeszłego roku, pod znaczącym tytułem: „... gawędzenie młodych i o młodych na temat międzynarodowego arbitrażu...”.

Życzę udanej lektury.

**dr Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz**  
Prezes Sądu Arbitrażowego Lewiatan

# Postępowanie o wyłączenie arbitra – uwagi na tle praktyki Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan

■ dr Marcin Aslanowicz

partner prowadzący Dział Procesowy i Arbitrażowy w Baker & McKenzie

Szczególne podziękowania należą się Prezes Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan, dr Beacie Gessel Kalinowskiej vel Kalisz za udostępnienie akt spraw o wyłączenie arbitra, dzięki czemu przeprowadzenie niniejszych badań naukowych było możliwe.

Par. 10 ust. 1 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan jako możliwe podstawy żądania wyłączenia arbitra wskazuje okoliczności, które budzą uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności lub niezależności lub brak kwalifikacji wymaganych od arbitra zgodnie z umową stron. Unormowanie te nie odbiega więc od regulacji art. 1174 par. 2 KPC, ani też od zasad przyjętych w innych polskich stałych sądach arbitrażowych<sup>1</sup>. Także krąg podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku o wyłączenie arbitra (każda ze stron postępowania – por. par. 10 ust. 1 Regulaminu), termin złożenia wniosku (14 dni od powzięcia wiadomości o podstawach wyłączenia – por. par. 10 ust. 2 Regulaminu), ograniczenie możliwości złożenia wniosku przez stronę, która wyznaczyła arbitra do przyczyn o

których dowiedziała się po jego wyznaczeniu (par. 10 ust. 2 Regulaminu), prawo drugiej strony oraz arbitra do ustosunkowania się do złożonego wniosku (par. 10 ust. 3 Regulaminu), procedura rozstrzygnięcia wniosku przez odrębny organ (Komitet Nominacyjny – por. par. 10 ust. 4 Regulaminu), jak również brak wpływu złożonego wniosku na bieg postępowania arbitrażowego (par. 10 ust. 6 Regulaminu) nie różnicuje zauważalnie postępowania o wyłączenie arbitra prowadzonego przed Sądem Arbitrażowym przy Konfederacji Lewiatan, od takiego postępowania prowadzonego w Sądzie Arbitrażowym przy KIG, bądź też w Sądzie Polubownym (Arbitrażowym) przy Związku Banków Polskich. O ile jednak we wskazanych sądach liczba składanych wniosków o wyłączenie arbitra pozostaje relatywnie wysoka (i stale wzrasta), o tyle w Sądzie Arbitrażowym przy Konfederacji Lewiatan został w ostatnich latach złożony zaledwie jeden taki wniosek<sup>2</sup>.

2. Dane według stanu na październik 2013 roku.

## Przyczyny braku wniosków o wyłączenie w postępowaniach prowadzonych przed Sądem Arbitrażowym przy Konfederacji Lewiatan.

Analiza przyczyn dla których w toku spraw prowadzonych przed Sądem Arbitrażowym przy Konfederacji Lewiatan strony – co do zasady – nie występują z żądaniem wyłączenia arbitra jest wyjątkowo trudna, a wręcz niemożliwa. Nie tylko bowiem (jak wskazano powyżej) brak jest znaczących różnic w procedurze dochodzenia wyłączenia arbitra w Sądzie Arbitrażowym przy Konfederacji Lewiatan, w stosunku do rozwiązań przyjętych w innych polskich stałych sądach arbitrażowych, ale także wartość przedmiotu sporu oraz rodzaj prowadzonych spraw we wskazywanych sądach można uznać za podobną. Odpowiedzi na zadane pytanie nie dostarcza także badanie i porównanie liczby wszczynanych postępowań – można bowiem przyjąć, iż w Sądzie Arbitrażowym przy KIG jeden wniosek o wyłączenie arbitra przypada średnio na ok. 40 spraw<sup>3</sup>, w Sądzie Polubownym (Arbitrażowym) przy ZBP – średnio na ok. 20 spraw<sup>4</sup>, zaś w Sądzie Arbitrażowym przy Konfederacji Lewiatan – średnio na ok. 160 spraw<sup>5</sup>.

3. W latach 2006-2013 na ogólną liczbę ok. 2.500 nowych spraw zostało złożonych 65 wniosków o wyłączenie arbitra, zob. szerzej M. Aslanowicz, Postępowanie o wyłączenie arbitra – analiza spraw toczonych przed Sądem Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie, PUG nr 11/2013.

4. W latach 1992-2013 na ogólną liczbę ok. 100 nowych spraw zostało złożonych 5 wniosków o wyłączenie arbitra, zob. szerzej M. Aslanowicz, Postępowanie o wyłączenie arbitra – analiza spraw toczonych przed Sądem Polubownym (Arbitrażowym) przy Związku Banków Polskich, PUG nr 12/2013.

5. W latach 2006-2013 na ogólną liczbę ok. 160 spraw (w 2006 roku zostało wszczęte 1 postępowanie arbitrażowe przed Sądem Arbitrażowym przy Konfederacji Lewiatan, w 2007 roku – 5, w 2008 roku – 7, w 2009 roku – 9, w 2010 roku – 25, w 2011 roku – 33, w 2012 roku – 29, w 2013 roku (wg stanu na listopad) – 48) został złożony zaledwie 1 wniosek o wyłączenie arbitra.

Konsekwencją niezłożenia przez strony wniosków o wyłączenie arbitra do Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan jest brak uprawnienia stron do (późniejszego) wystąpienia z takim żądaniem do sądu powszechnego. Zgodnie bowiem z art. 1176 par. 2 KPC, strona może wystąpić do sądu powszechnego o wyłączenie arbitra jedynie po podjęciu bezskutecznej próby wyłączenia arbitra w postępowaniu przed sądem polubownym<sup>6</sup>.

Niepodjęcie przez stronę próby wyłączenia arbitra w toku postępowania arbitrażowego skutkuje również (dalszym) ograniczeniem podstaw ewentualnej skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego, opartej na art. 1206 par. 1 pkt 4 KPC<sup>7</sup>.

Mając powyższe na względzie, trudno zdefiniować jest przyczyny dla których strony postępowań arbitrażowych toczonych przed Sądem Arbitrażowym przy Konfederacji Lewiatan istotnie rzadziej dostrzegają konieczność wystąpienia z żądaniem wyłączenia arbitra, aniżeli strony postępowań arbitrażowych toczonych przed innymi sądami. Zważywszy jednak na zauważalny w ostatnich latach – zarówno w Polsce, jak i za granicą<sup>8</sup> – wzrost liczby

6. Zgodnie z art. 1176 par. 2 zdanie ostatnie, odmienne postanowienia umowy stron są bezskuteczne. W doktrynie prawa jednoznacznie przyjmuje się, iż wystąpienie z wnioskiem do sądu powszechnego może mieć miejsce (jedynie) wtedy, gdy – w trybie określonym przez strony (a więc określonym brzmieniem mającego zastosowanie regulaminu sądu polubownego) – nie zostanie podjęta w ogóle decyzja o wyłączeniu arbitra lub też zostanie podjęta decyzja odmowna, zob. M. Uliasz, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Warszawa 2008, s. 1561, nb. 2.

7. Zob. też M. Wójcik, Komentarz do art. 1206 Kodeksu postępowania cywilnego, Lex (el.) 2013 (red. A. Jakubecki), nb. 6.

8. Zob. szerzej D. Hacking, Challenges: Theirs Is To Reason Why, Global Arbitration Review, Volume 1, Issue 6, s. 26 i nast.



składanych wniosków o wyłączenie arbitra, nie można wykluczyć wystąpienia takiego zjawiska także we wskazanym sądzie.

### Wniosek o wyłączenie arbitra przewodniczącego w sprawie o sygn. akt SA/o86/XI/2011

W postępowaniu z powództwa X. sp. z o.o. przeciwko Y. spółka jawna, pełnomocnik pozwanego wniósł o wyłączenie arbitra przewodniczącego, zarzucając jej naruszenie zasad bezstronności i niezależności oraz brak kwalifikacji do prowadzenia sprawy, jak również nieprzestrzeganie zasad etyki arbitrowi Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan. Przedstawione zarzuty wynikały przede wszystkim z wyznaczenia terminów rozpraw w okresie w którym pełnomocnik pozwanego przebywał na zwolnieniu lekarskim i nie mógł – jak wywodził – nie tylko należycie przygotować się do rozpraw, ale nawet „przebywać w pozycji siedzącej dłużej niż przez kilkadziesiąt minut”. W opinii pełnomocnika pozwanego, żądanie wyłączenia arbitra przewodniczącego znajdowało także swoje uzasadnienie w fakcie wyznaczenia terminów rozpraw w okresie wakacyjnym, w którym „dostępność świadków jest mocno ograniczona, czy wręcz w niektórych wypadkach żadna”. W konsekwencji, jak wywodził pełnomocnik pozwanego, „ten notoryjny fakt, uwzględniany przez wszystkie sądy arbitrażowe (a także często – przez sądy powszechne) powoduje, że żaden Przewodniczący, zwłaszcza sądu arbitrażowego aspirującego do rozstrzygnięcia istotnych sporów przedsiębiorców, nie rozpoczyna takich terminów, które ex definitio są niedostępne dla stron, czyniąc zasadę dostępu

do sądu i rzetelnego procesu fikcją”. Wniosek o wyłączenie arbitra przewodniczącego został przez Komitet Nominacyjny oddalony, w konsekwencji czego przedmiotowy spór rozstrzygnął zespół orzekający w pierwotnie powołanym składzie. Niemniej jednak uzasadnienie złożonego wniosku skłania do refleksji zarówno nad sposobem postrzegania niezależności i bezstronności arbitrowi przez strony postępowania, jak i nad wpływem wniosku o wyłączenie arbitra na bieg postępowania arbitrażowego.

### Sposób postrzegania niezależności i bezstronności arbitrowi przez strony postępowania

Konieczność rozstrzygnięcia sporu arbitrażowego przez zespół niezależnych i bezstronnych arbitrowi nie budzi wątpliwości i stanowi o uczciwości procesu<sup>9</sup>. W praktyce pojawiają się natomiast często rozbieżności co do oceny przestrzegania przez arbitrowi zasady niezależności i bezstronności, co wynika przede wszystkim z odmienności w rozumieniu wskazanych zasad<sup>10</sup>.

9. Zob. też M. Tomaszewski, Skuteczność ochrony prawnej przed sądami polubownymi. Doświadczenia polskie, Przegląd Sądowy nr 1/2006, s. 40.

10. Rozbieżności te pojawiają się nawet w przypadku przyjmowania w międzynarodowym arbitrażu jako punktu odniesienia obowiązku arbitrowi do przestrzegania „ogólnych zasad etycznych” związanych z wykonywaną przez nich funkcją, zob. też B. Manzaners – Bastida, The Independence and Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration, Revista e-Mercatoria, vol. 6, nr 1/2007, s. 12-13.

Zarówno Ustawa Modelowa UNCITRAL<sup>11</sup>, jak i regulaminy stałych sądów arbitrażowych<sup>12</sup> zawierają postanowienia statuujące podstawy wyłączenia arbitra, jak i określające wymóg zachowania przez arbitrowi niezależności i bezstronności w całym toku postępowania arbitrażowego. Postanowienia te mają jednak ogólny charakter i trudno na ich bazie szczegółowo zdefiniować warunki jakie winien spełniać każdy z arbitrowi. Także kodeksy etyki arbitra – czy to przyjęte przez Polskie Stowarzyszenie Sądownictwa Polubownego w charakterze wytycznych zasady etyki arbitrowi w sądownictwie polubownym, czy to zasady etyki przyjmowane przez poszczególne stałe sądy arbitrażowe<sup>13</sup> – raczej wprowadzają ogólne normy i zasady postępowania arbitrowi, a nie zawierają katalogu określonych sytuacji, które w zależności od stanu faktycznego danej sprawy prowadzić mogą do obiektywnej oceny (stopnia) spełnienia wymogu niezależności i bezstronności przez arbitrowi.

Mając powyższe na względzie, za podstawowy wyznacznik niezależności i bezstronności arbitrowi uznac należy standardy określone Wytycznymi IBA dotyczącymi konfliktu interesów

11. Ustawa Modelowa (UNCITRAL Model Law) o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1985 roku, zmieniona w 2006 roku (Dokument Narodów Zjednoczonych A/40/17, aneks I oraz A/61/17, aneks I).

12. Przykładowo, par. 8 ust. 1 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan stanowi jedynie, iż arbitra jest i pozostaje w toku całego postępowania arbitrażowego bezstronny i niezależny oraz przestrzega zasad etyki uchwalonych przez Komitet Arbitrażowy. Par. 8 ust. 2 Regulaminu wskazuje dodatkowo, iż nie może podjąć się pełnienia funkcji arbitra osoba wobec której zachodzą okoliczności budzące wątpliwości co do jej niezależności i bezstronności, a także osoba, która nie posiada określonych przez strony w umowie o arbitraż kwalifikacji.

13. Por. Zasady Etyki dla Arbitrowi Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan, czy też Kodeks Etyki Arbitra Sadu Arbitrażowego przy KIG w Warszawie.

w międzynarodowym arbitrażu. Jak trafnie wskazuje A. Szumański<sup>14</sup>, określają one w sposób kazuistyczny zachowania arbitra, których przestrzeganie stanowi gwarancję posiadania i zachowania przez niego bezstronności i niezależności w danej sprawie. Dzięki drobiazgowej regulacji Ogólnych Standardów oraz poszczególnych List Zastosowania ryzyko rozbieżności interpretacyjnych jest relatywnie nieduże, niemniej jednak w dalszym ciągu istnieje – zarówno w wyniku odmienności subiektywnych ocen dokonywanych przez strony postępowania arbitrażowego, jak i w wyniku niewyczerpującego katalogu zdarzeń zawartych w Wytycznych IBA.

Całkowite wyeliminowanie wskazanych dwóch okoliczności wydaje się niemożliwe. Po pierwsze bowiem, różnice w ocenie zachowań arbitrowi, jak też w ocenie spełnienia przez nich wymogu bezstronności i niezależności z pewnością będą zawsze formułowane, już choćby dla realizacji przez stronę założonych celów procesowych. Po drugie zaś, stworzenie w pełni wyczerpującej listy wszelkich potencjalnych zachowań arbitrowi, jak też wszelkich związków mogących łączyć arbitrowi ze stronami postępowania i ich pełnomocnikami byłoby niemożliwe. W związku z tym, obiektywnej ocenie właściwych organów sądu polubownego (Komitetu Nominacyjnego – w przypadku Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan) pozostawione będzie wydanie rozstrzygnięcia co do spełnienia przez arbitra wymogu niezależności

14. Por. A. Szumański (w:) System prawa handlowego, Arbitraż handlowy, t. 8 (red. A. Szumański), Warszawa 2010, s. 370-371, nb. 2. Autor ten – w moim przekonaniu wadliwie – rozciąga jednak przedstawioną konkluzję także na (wskazywane powyżej) kodeksy i zasady etyki arbitra, w sytuacji w której regulacje te nie precyzują szczegółowo oczekiwanych zachowań, a jedynie zawierają listę ogólnych oczekiwań wobec arbitrowi.

i bezstronności – rozstrzygnięcia mogącego być zweryfikowanym przez sąd powszechny, w trybie art. 1176 par. 2 KPC.

Na marginesie warto zwrócić uwagę, iż subiektywna ocena strony co do spełnienia przez arbitra wymogu bezstronności przeprowadzana będzie z reguły *ex post*, tj. po zakończeniu postępowania arbitrażowego oraz wydaniu rozstrzygnięcia w sprawie<sup>15</sup>. Dopiero wówczas bowiem bezstronność wykazywana przez arbitrów w stosunku do stron w toku postępowania może zostać potwierdzona bezstronną oceną zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz wydaniem właściwego wyroku.

### Wpływ wniosku o wyłączenie arbitra na bieg postępowania arbitrażowego.

Zgodnie z par. 10 ust. 6 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan, złożenie wniosku o wyłączenie arbitra nie wpływa na bieg postępowania, w tym wydanie wyroku, chyba że Zespół Orzekający postanowi inaczej<sup>16</sup>.

15. Por. A.W. Wiśniewski, Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrów, Warszawa 2011, s. 561.

16. Analogiczne rozwiązanie przyjęte jest w par. 25 ust. 7 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy KIG. Regulaminy większości sądów arbitrażowych nie normują wprost wskazanej kwestii – por. Regulamin Sądu Polubownego (Arbitrażowego) przy Związku Banków Polskich, czy też regulaminy arbitrażowe Międzynarodowej Izby Handlowej w Paryżu (ICC), Sztokholmskiej Izby Handlowej (SCC), London Court of International Arbitration (LCIA), czy też Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL. W postępowaniach prowadzonych w oparciu o regulaminy każdego ze wskazanych sądów, to do oceny Zespołu Orzekającego pozostawać będzie sposób dalszego prowadzenia postępowania, w razie wpłynięcia wystąpienia przez stronę (strony) z żądaniem wyłączenia jednego lub więcej arbitrów. Na marginesie należy wskazać na interesujące unormowanie przyjęte przez Regulamin VIAC, który w art. 20 pkt 4 pozostawia do oceny Zespołu Orzekającego decyzję co do dalszego prowadzenia postępowania arbitrażowego po wpływie wniosku o wyłączenie arbitra, wskazując jednocześnie na brak możliwości wydania wyroku w sprawie, przed rozstrzygnięciem złożonego żądania.

Zespół Orzekający w takiej sytuacji zwykle powstrzymuje się jednak od podejmowania dalszych czynności procesowych – co potwierdza zarówno analizowana powyżej sprawa, jak i przykłady postępowań o wyłączenie arbitra toczonych przed innymi sądami arbitrażowymi<sup>17</sup>. Takie działanie Zespołu Orzekającego trudno uznać za w pełni uzasadnione (zwłaszcza w razie niezłożenia przez wnioskodawcę równoległego wniosku o zawieszenie postępowania) – nawet bowiem w przypadku późniejszego wyłączenia arbitra, czynności podjęte przez Zespół Orzekający we wcześniejszym składzie pozostawać będą ważne i skuteczne, zaś Regulamin Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan nie nakazuje ich późniejszego powtórzenia w całości lub w części<sup>18</sup>.

Powstrzymywanie się przez Zespół Orzekający od podejmowania czynności do czasu rozstrzygnięcia wniosku o wyłączenie arbitra skutkuje odpowiednim przedłużeniem biegu postępowania arbitrażowego, co stanowić może zachętę do składania takich wniosków przez stronę w interesie której jest późniejsze rozpoznanie sprawy. Pomimo bowiem krótkiego terminu na rozstrzygnięcie wniosku przez Komitet Nominacyjny (zgodnie z par. 10 ust. 4 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan postanowienie powinno zostać wydane w terminie 30 dni od złożenia wniosku), już samo zniesienie lub odroczenie terminu zaplanowanej wcześniej rozprawy skutkować z reguły będzie kilkumiesięczną

17. Zob. szerzej M. Aslanowicz, Postępowanie o wyłączenie arbitra – analiza spraw toczonych przed Sądem Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie, PUG nr 11/2013.

18. Rozwiązanie takie pozostaje analogiczne do rozwiązań przyjętych w regulaminach wielu innych sądów arbitrażowych (np. ICC, SCC, LCIA, VIAC).

zwłoką w dalszym postępowaniu dowodowym lub w wydaniu wyroku.

Uzasadnieniem dla formalnego lub faktycznego zawieszenia postępowania w sprawie pozostaje zwykle obawa Zespołu Orzekającego co do skutecznego wystąpienia przez stronę z wnioskiem o wyłączenie arbitra do sądu powszechnego na podstawie art. 1176 par. 2 i 4 KPC, bądź też ze skargą o uchylenie wydanego wyroku na podstawie art. 1206 par. 1 pkt 4 KPC<sup>19</sup>. Mając jednak na uwadze brzmienie art. 1176 par. 6 KPC, zgodnie z którym – co do zasady – wniesienie do sądu powszechnego wniosku o wyłączenie arbitra nie ma wpływu na bieg postępowania przed sądem polubownym, przyjąć należy, iż priorytetem dla Zespołu Orzekającego (jak też dla sądu arbitrażowego przed którym prowadzony jest spór) powinno raczej być szybkie zakończenie postępowania arbitrażowego.

### Niebezpieczeństwa związane z przedłużaniem się biegu postępowania arbitrażowego.

Powszechnie przyjmuje się, iż szybkie rozstrzygnięcie sporu ma kluczowe znaczenie dla osób poszukujących ochrony prawnej<sup>20</sup>. To właśnie szybkość postępowania uznaje się za jedną z podstawowych zalet arbitrażu oraz jego przewagę nad postępowaniem prowadzonym przed

19. Oparcie skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego na podstawie zdefiniowanej w art. 1206 par. 1 pkt 4 KPC (tj. niezachowania wymagań co do składu sądu polubownego) jest dopuszczalne wyłącznie w razie wcześniejszego wystąpienia z wnioskiem o wyłączenie arbitra, por. K. Piasecki, KPC. Komentarz, t. III, Warszawa 2007, s. 321, nb. 20 wraz z powołanym tam orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 1937 roku (III C 1254/35), opubl. OSN 1957, poz. 59.

20. Por. T. Ereciński, K. Weitz, Sąd arbitrażowy, Warszawa 2008, s. 48.

sądem powszechnym<sup>21</sup>. Ocena przebiegu postępowania zależeć będzie przez to w istotnym stopniu od stopnia determinacji Zespołu Orzekającego do możliwie jak najwcześniejszego rozstrzygnięcia sporu arbitrażowego oraz wydania wyroku.

W doktrynie prawa wśród zjawisk wpływających negatywnie na rozwój sądownictwa arbitrażowego wskazuje się przede wszystkim na coraz większy stopień skomplikowania postępowania, jego długotrwałość i kosztowność<sup>22</sup>. Kosztowność w przeważającej mierze uznać przy tym można za pochodną długotrwałości – im dłużej bowiem prowadzony jest spór, tym większe obciążenie finansowe stanowi on dla stron, zarówno w odniesieniu do kosztów bezpośrednich ponoszonych na prowadzenie postępowania, jak i kosztów pośrednich ponoszonych w związku z utrzymywaniem się stanu niepewności prawnej. Kwestia ta ma tym większe znaczenie, iż dochodzenie roszczeń przed sądem arbitrażowym pozostaje zauważalnie droższe, aniżeli dochodzenie roszczeń przed sądem powszechnym. Większej wysokości opłat arbitrażowych w porównaniu do opłat

21. Tak trafnie J. Adamkowski, *Citius, Altius, Fortius!* Szybkość jako element marketingu arbitrażu (w:) *Arbitraż i mediacja. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Tynelowi*, Warszawa 2012, s. 19.

22. Por. J. Rajski, *Polubowne aspekty arbitrażu w sprawach gospodarczych*, *Kwartalnik ADR* nr 2/2013, s. 7.



sądowych<sup>23</sup>, nie rekompensuje zwykle faktyczna jednoinstancyjność postępowania arbitrażowego<sup>24</sup> oraz powiązany z nim brak kosztów postępowania apelacyjnego<sup>25</sup>.

Poza niepożądanym stanem utrzymywania się niepewności prawnej oraz zwiększonymi kosztami postępowania, warto także wskazać na utrudnienia dowodowe wynikające z dłuższego biegu postępowania arbitrażowego. Utrudnienia te związane są zarówno ze stopniowym zmniejszeniem, wraz z upływem czasu,

23. Zgodnie z art. 13 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 roku, nr 90, poz. 594) – najwyższa opłata stosunkowa w sprawach o prawa majątkowe wynosi 100.000 PLN. Regulaminy większości stałych sądów arbitrażowych, wprowadzając progresywną stawkę opłat arbitrażowych, nie przewidują jednocześnie ich maksymalnej wysokości (wprowadzając jednocześnie dodatkowo opłaty rejestracyjne i opłaty administracyjne) – w konsekwencji czego należna opłata arbitrażowa będzie wyższa niż opłata stosunkowa (w przypadku gdyby spór rozstrzygany był przed sądem powszechnym) już w przypadku wartości przedmiotu sporu powyżej, odpowiednio, 1.587.000 PLN (w przypadku sporu prowadzonego przed Sądem Arbitrażowym przy Konfederacji Lewiatan – por. par. 3 ust. 1 Taryfy Opłat SA przy Konfederacji Lewiatan) 1.420.000 PLN (w przypadku sporu prowadzonego przed Sądem Arbitrażowym przy KIG w Warszawie – por. par. 8 Taryfy Opłat za Czynności przed SA przy KIG), 1.708.000 PLN (w przypadku sporu prowadzonego przed Sądem Polubownym (Arbitrażowym) przy Związku Banków Polskich – por. par. 9 Taryfy opłat za czynności SP(A) przy ZBP). W przypadku zagranicznych sądów arbitrażowych wskazane dysproporcje są zauważalnie większe, co zwłaszcza dotyczy postępowań o wysokiej wartości przedmiotu sporu.

24. Pomimo przysługującej stronom kompetencji do powołania sądu arbitrażowego drugiej instancji (zapis taki musiałby przy tym przewidywać zasady wnoszenia środka odwoławczego od wyroku sądu arbitrażowego pierwszej instancji, jak również zasady według których sąd arbitrażowy drugiej instancji miałby środek ten rozpoznać – por. M. Uliasz, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Warszawa 2008, s. 1595, nb. 6), w praktyce tak skonstruowane zapisy na sąd polubowny stanowią rzadkość. Procedury odwoławczej od wyroku sądu arbitrażowego nie przewiduje też większość regulaminów stałych sądów polubownych, w tym Regulamin Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan.

25. Na kosztowność postępowania arbitrażowego wpływ mają także koszty postępowań post-arbitrażowych, w tym koszty opłat sądowych od skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego oraz opłat sądowych należnych w dalszym toku instancji.

przydatności i wiarygodności osobowych źródeł dowodowych, jak i z niepotrzebnym zwiększeniem objętości materiału dowodowego, wraz ze stale wpływającymi (pomimo faktycznego lub formalnego zawieszenia postępowania arbitrażowego), kolejnymi pismami procesowymi stron i ich pełnomocników<sup>26</sup>.

Mając powyższe na względzie, doprowadzenie do jak najszybszego zakończenia postępowania pozostaje zwykle w interesie nie tylko Zespołu Orzekającego<sup>27</sup>, ale także przynajmniej jednej ze stron postępowania (z reguły powoda). Spośród instrumentów procesowych które wykorzystać może strona niezainteresowana zakończeniem postępowania (z reguły pozwany) na pierwszy plan wysuwa się właśnie żądanie wyłączenia arbitra<sup>28</sup>. W razie braku zdecydowanej i szybkiej reakcji ze strony sądu arbitrażowego oraz Zespołu Orzekającego, żądanie takie na długi czas sparaliżować może prace Zespołu Orzekającego oraz bieg postępowania arbitrażowego. Ryzyko to jest szczególnie duże w sytuacji powtarzających się wniosków

26. Zjawisko takie jest identyfikowane i oceniane negatywnie w doktrynie prawa, zob. szerzej J. Adamkowski, op. cit., s. 29-30. Autor ten wskazuje m.in. na tendencje do „produkcji” pełnych powtórzeń wielostronicowych pism procesowych, sygnalizując jednocześnie, iż „brak łęku przed prekluzją dowodową, (...) bezsensowne wnioski dowodowe o przesłuchanie kilku świadków na tę samą okoliczność udowodnioną dokumentami” skutkują istotnymi opóźnieniami w wydaniu rozstrzygnięcia.

27. W praktyce zdarzają się jednak także sytuacje w których to w wyniku bojkotu postępowania arbitrażowego przez jednego z arbitrów dojść może do istotnego opóźnienia jego biegu, zob. szerzej M. Aślanowicz, UNCITRAL – Regulamin i Ustawa Modelowa, Studia Prawnicze nr 1/2012, s. 27 i nast.

28. M. Tomaszewski (w.): Skuteczność ochrony prawnej przed sądami polubownymi. Doświadczenia polskie, Przegląd Sądowy nr 1/2006, s. 51, jako jedną z głównych przyczyn opóźnień biegu postępowania arbitrażowego (obok długotrwałości procesu ukonstytuowania się Zespołu Orzekającego, przeciążenia arbitrów pracą oraz beczynności arbitrów) wskazuje właśnie częste składanie przez strony wniosku o wyłączenie arbitrów bocznych lub arbitra przewodniczącego.

o wyłączenie arbitra, składania wniosków o wyłączenie kolejnych arbitrów, czy też podejmowania przez wnioskodawcę wysiłków zmierzających do doprowadzenia do wyłączenia arbitra przez sąd powszechny, zgodnie z art. 1176 par. 2 KPC.

Przepisy KPC, ani postanowienia regulaminów stałych sądów arbitrażowych nie ograniczają prawa strony do występowania z żądaniem wyłączenia arbitra. W konsekwencji, strona może usiłować sabotować bieg postępowania poprzez wielokrotne składanie (podobnych) wniosków o wyłączenie arbitra. Zważywszy jednak na brak w postępowaniu przed sądem polubownym odpowiednika regulacji art. 50 par. 3 KPC<sup>29</sup> oraz wynikającą z tego możliwość kontynuowania postępowania arbitrażowego pomimo złożonego wniosku o wyłączenie arbitra, to sąd arbitrażowy i Zespół Orzekający decydować będzie o rzeczywistym wpływie składanych wniosków na bieg postępowania<sup>30</sup>.

Wskazać też należy, iż zarówno w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, jak i w regulaminach stałych sądów arbitrażowych znajdują się postanowienia przeciwdziałające sparaliżowaniu postępowania arbitrażowego

29. Jak trafnie podnosi się, konstrukcja art. 50 par. 3 stanowi w istocie zachętę do składania przez stronę „nawet nierzetelnie umotywowanych i skazanych na niepowodzenie wniosków o wyłączenie sędziego”, por. K. Bilewska, Wyłączenie sędziego czyli procesowa taktyka, Rzeczpospolita, PCD, 2012.1.17.

30. Szerokie kompetencje sądu polubownego we wskazanym zakresie potwierdza regulacja art. 1176 par. 6 KPC, wskazująca na brak wpływu na bieg postępowania arbitrażowego także wniosku o wyłączenie arbitra wniesionego do sądu powszechnego, o ile sąd polubowny nie postanowi inaczej. A. Jakubecki (w:) Komentarz do art. 1176 Kodeksu postępowania cywilnego, Lex, nb. 7, podkreśla, iż wniesienie do sądu powszechnego wniosku o wyłączenie arbitra nie pozbawia arbitra prawa uczestniczenia w czynnościach postępowania arbitrażowego i nie ma on przez to obowiązku wstrzymania się udziału w sprawie.

w rezultacie powtarzającego się wielokrotnie odwoływania lub ustępowania arbitra powołanego przez stronę<sup>31</sup>. Na podstawie art. 1178 par. 2 KPC, w przypadku gdy ustąpienie lub odwołanie przez strony lub sąd arbitra powołanego przez jedną ze stron miało miejsce dwukrotnie, druga strona może zażądać, aby sąd powszechny wyznaczył nowego (zastępczego) arbitra za stronę przeciwną. Par. 13 ust. 2 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan idzie jeszcze dalej, gdyż we wskazanej sytuacji Komitet Nominacyjny z urzędu powołuje arbitra zastępczego w terminie 10 dni od dnia ustąpienia lub odwołania arbitra po raz drugi<sup>32</sup>.

Dyskusyjne pozostaje, czy regulacja art. 1178 par. 2 KPC oraz par. 13 ust. 2 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan ma także zastosowanie do sytuacji wygaśnięcia mandatu arbitra po raz drugi w konsekwencji jego wyłączenia. Takie stanowisko zdają się zajmować niektórzy przedstawiciele doktryny prawa<sup>33</sup>, bardziej uzasadniony wydaje się jednak pogląd o możliwości zastosowania mechanizmu nominacji zastępczej arbitra wyłącznie w wyniku dwukrotnego ustąpienia arbitra (z jego własnej inicjatywy) lub odwołania arbitra (np. na zgodny wniosek stron)<sup>34</sup>. Za takim stanowiskiem przemawia zarówno wykładnia literalna omawianych przepisów, jak i fakt równoległego postępowania się przez, odpowiednio, ustawodawcę

31. Por. T. Ereciński, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. V, Warszawa 2012, s. 752, nb. 2.

32. Podobne unormowanie wprowadzają także niektóre inne stałe sądy arbitrażowe – por np. par. 26 ust. 7 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy KIG w Warszawie.

33. Por. A. Zieliński, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Warszawa 2011, s. 1661-1662, nb. 1.

34. Por. T. Ereciński, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. V, Warszawa 2012, s. 752, nb. 1.

oraz autorów Regulaminu pojęciem „wygaśnięcia powołania” (por. np. art. 1178 par. 1 KPC) lub „wygaśnięcia mandatu” (por. par. 13 ust. 1 i 3 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan) dla określenia szerszego spectrum potencjalnych sytuacji, obejmujących także śmierć i wyłączenie arbitra. Mając to na uwadze, celowe pozostaje rozszerzenie unormowania art. 1178 par. 2 KPC oraz par. 13 ust. 2 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan również na sytuacje wyłączenia arbitra – co wpłynęłoby pozytywnie na bieg postępowania arbitrażowego w sytuacji podejmowania przez jedną ze stron wysiłków zmierzających do opóźnienia postępowania w wyniku często składanych wniosków o wyłączenie arbitra.

### Uwagi końcowe

W związku ze sporadycznym występowaniem spraw o wyłączenie arbitra w postępowaniach prowadzonych przed Sądem Arbitrażowym przy

### Kilka słów komentarza Prezesa Sądu Arbitrażowego Lewiatan do artykułu M. Aślanowicza pt. „Postępowanie o wyłączenie arbitra – uwagi na tle praktyki Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan”

Z perspektywy Sądu Arbitrażowego Lewiatan ciekawą lekturą są uwagi M. Aślanowicza na temat postępowania o wyłączenie arbitra na tle praktyki naszego Sądu. Autor akcentuje w swoim artykule fakt niewielkiej liczby wniosków o wyłączenie arbitra w naszej instytucji. W istocie, na dzień dokonywania badania przez autora tylko jeden taki wniosek został złożony przy 160 zarejestrowanych sprawach. Co więcej, według stanu na dzień dzisiejszy, przy 185

Konfederacji Lewiatan trudno dokonać kompleksowej analizy dotychczasowej praktyki i doświadczeń w tym zakresie. Mając jednak na względzie zarówno tendencje międzynarodowe jak i polskie, spodziewać się można stopniowego wzrostu liczby takich spraw w nieodległej przyszłości.

Regulamin Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan zawiera niemal wszystkie niezbędne konstrukcje prawne, pozwalające uniknąć negatywnego wpływu wniosków o wyłączenie arbitra na bieg postępowań arbitrażowych. Od sposobu działania samego sądu (Komitetu Nominacyjnego) oraz zespołów orzekających zależeć będzie skuteczne wykozystanie tych konstrukcji w praktyce.

zarejestrowanych sprawach liczba ta się nie zmieniła. Autor poczynił przy tym obserwację, iż liczba ta jest znacząco niższa niż w innych polskich instytucjach arbitrażowych, choć rodzaj spraw rozpatrywanych przed tymi sądami, jaki i procedura składania wniosków jest podobna. Zauważył też, iż trudno jest w takim razie zdefiniować przyczyny, dla których strony postępowań arbitrażowych istotnie rzadziej dostrzegają konieczność wystąpienia

z żądaniem wyłączenia arbitra. Mając jednakże na względzie tendencje obserwowane w Polsce, jak i za granicą, należy oczekiwać wzrostu liczby takich wniosków.

Na marginesie wywodu M. Aślanowicza nasuwa mi się następujący komentarz. Żądanie wyłączenia arbitra jest wyrazem braku poczucia przez stronę satysfakcji z poziomu kwalifikacji, niezależności lub bezstronności członków zespołu orzekającego. To poczucie satysfakcji lub jego brak jest w dużej mierze pochodną zakresu autonomii woli stron w postępowaniu arbitrażowym. Im więcej swobody posiadają strony, tym to poczucie satysfakcji jest większe. W przypadku omawianym w artykule kwestia braku zaufania do osoby Przewodniczącej składu orzekającego wywodziła się z niestosownego, według pełnomocnika strony, wyznaczenia terminów rozpraw. Abstrahując od okoliczności tego konkretnego przypadku, należy wskazać, iż zgodnie z treścią § 26 ust. 2 obecnego Regulaminu Sądu Arbitrażowego Lewiatan<sup>35</sup>, ustalenie harmonogramu kolejnych etapów postępowania wymaga konsultacji ze stronami. Taki standard postępowania zmniejsza ryzyko uznania przez strony, iż sposób ustalenia harmonogramu może wynikać ze stronniczości arbitrow.

Bardzo ważnym bodźcem dla podwyższenia omawianego poczucia satysfakcji jest szeroka autonomia stron w zakresie budowania składu

zespołu orzekającego. Dotyczy ona swobody w zakresie powoływania arbitrow przez strony, bez ograniczenia do osób wpisanych na listy arbitrow prowadzonych przez instytucje arbitrazowe. Z omawianego punktu widzenia ważna jest też zasada przyznająca stronie prawo konsultowania się z wybranym przez siebie arbitrem co do osoby arbitra przewodniczącego, która to zasada powoli toruje sobie drogę także w polskim arbitrazu, a która została *expressis verbis* wyrażona w ostatnio opublikowanych przez International Bar Association (IBA) wskazówkach dotyczących pełnomocników w postępowaniach arbitrazowych<sup>36</sup>.

Nie sposób też przecenić innego dokumentu opracowanego przez IBA, precyzującego zasady konfliktu interesów wśród arbitrow<sup>37</sup>. Odwołanie do tego dokumentu zawiera § 8 ust. 1 Regulaminu Sądu Arbitrażowego Lewiatan, przyjmując go jako minimalny standard stosowany przez arbitrow. Jego inkorporacja do Regulaminu wprowadza przewidywalność sposobu podejścia do problematyki konfliktu interesów zarówno dla stron, jak i też dla samych arbitrow. Zbyt liberalne odnoszenie się przez arbitrow do tej kwestii automatycznie przekłada się na frustrację stron i wzrost liczby wniosków o wyłączenie arbitra. Z drugiej strony ustalenie standardów w obszarze konfliktu interesów arbitrow ogranicza liczbę wniosków tzw. frywolnych, które mają na celu wyłącznie opóźnienie postępowania arbitrazowego.

35. Regulamin Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan obowiązujący od dnia 1 marca 2012 roku; dostępny pod adresem: <http://www.sadarbitrazowy.org.pl/upload/Regulamin1marca20121.pdf>. Postępowanie arbitrazowe, któremu przewodniczyła arbitrow w omawianej sprawie, było prowadzone zgodnie z wcześniej obowiązującym regulaminem, w którym brak było przepisu analogicznego do § 26 ust. 2 obecnego Regulaminu.

36. Por. pkt 8 (b) IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration (2013); dostępne pod adresem: [http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx#partyrep](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#partyrep).

37. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2004); dostępne pod adresem: [http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx#partyrep](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#partyrep).



Na koniec warto też odnieść się do § 6 ust. 5 Regulaminu Sądu Arbitrażowego Lewiatan, który wprowadza zupełnie nową instytucję nominacji zastępczej w przypadku braku uzgodnienia osoby przewodniczącego lub arbitra jedyne. Komitet Nominacyjny proponuje pięć kandydatur, a stronom (lub odpowiednio arbitrom) przysługuje prawo skreślenia dwóch kandydatur bez podawania przyczyn. Taki sposób pozwala stronom na poszerzenie ich wpływu na ostateczne decyzje w tej najważniejszej dla postępowania arbitrażowego sprawie.

Podsumowując, wydaje się, iż ilość wniosków o wyłączenie arbitra jest nie tylko funkcją rodzaju prowadzonych spraw lub charakteru samej procedury reklamacyjnej. W szerszym kontekście jest ona, z jednej strony, pochodną stopnia przyznanej stronom autonomii woli stron. Im większa swoboda stron, tym mniejsza powinna być liczba wniosków o wyłączenie arbitra. Po drugie, jest pochodną wyznaczenia pewnych standardów w obszarze zasad etyki arbitrów obowiązujących przy przyjmowaniu nominacji w danej sprawie. Należy przy tym dodać, iż nie są to oczywiście jedyne czynniki wpływające na decyzję strony o zgłoszeniu żądania o wyłączenie arbitra.

## O zastosowaniu klauzul arbitrażowych w prawie papierów wartościowych – wybrane aspekty

■ Mateusz Bednarz, LL.M

Prawnik w kancelarii Gessel

Artykuł analizuje potencjał zastosowania klauzul arbitrażowych na rynku publicznym, biorąc pod uwagę wszelkie ograniczenia i obowiązki tego rynku, jak również strukturę polskiego rynku papierów wartościowych, a także doświadczenia rynku amerykańskiego, przedstawiając wybrane aspekty tych doświadczeń.

Artykuł nie koncentruje się na ocenie pozytywnych bądź też negatywnych cech arbitrażu z punktu widzenia np. efektywności kosztowej, stara się jedynie przedstawić kwestie związane z potencjalnym zastosowaniem sądownictwa arbitrażowego do procesów funkcjonujących na rynku publicznym.

Artykuł nie bierze również pod uwagę kwestii związanych z potencjalnym uprzywilejowaniem profesjonalnych uczestników rynku, takich jak domy maklerskie, w zakresie sądownictwa polubownego w kontekście ochrony inwestorów, zwłaszcza drobnych.

### Wprowadzenie do zagadnienia – różnorodne pojęcie rynku finansowego oraz prawa papierów wartościowych a arbitraż

Rynek finansowy na świecie klasyfikowany jest w przeróżny sposób w oparciu o rozmaite kryteria. Najbardziej powszechnym podziałem tego rynku jest podział na rynek kapitałowy, bankowy oraz instrumentów pochodnych. Oczywistym jest, że w miarę pojawiania się nowych instrumentów finansowych podział ten ewoluuje, pojawiają się coraz bardziej zaawansowane instrumenty finansowe, które trudno zaklasyfikować czy to do rynku kapitałowego czy bankowego, ale wydaje się, że ewolucja

nie zaszła jeszcze na tyle daleko, aby można mówić o jego dezaktualizacji.

Rynek kapitałowy przeważa w gospodarkach państw anglosaskich (m.in. Stany Zjednoczone, Wielka Brytania), natomiast na Starym Kontynencie od stuleci dominuje system bankowy.<sup>1</sup>

Finansowanie przedsiębiorstw opiera się więc głównie na kredytach bankowych w Europie, a w Stanach Zjednoczonych oraz Wielkiej Brytanii m.in. na pozyskiwaniu

1. Tak np. : <http://www.investopedia.com/terms/a/anglo-saxon-capitalism.asp>

środków pieniężnych poprzez emisję akcji i wprowadzenie ich do obrotu giełdowego czy też poprzez emisję papierów wartościowych dłużnych – czyli obligacji.

Fakt czy w danej gospodarce zastosowanie znajduje system bankowy czy też kapitałowy ma wprost odniesienie do systemu prawnego i ma na taki system prawny niebagatelny wpływ, przede wszystkim w zakresie regulacji papierów wartościowych, ale również m.in. sądownictwa polubownego.

System civil law dominujący w bankowej kontynentalnej Europie wydaje się mniej elastyczny oraz bardziej konserwatywny w kontekście rozwiązywania sporów poprzez zastosowanie klauzul arbitrażowych, aniżeli anglosaskie common law. Nie oznacza to jednak, że w ogóle nie znajduje zastosowania, ale wydaje się, że konsekwencją tego podziału jest mniejsze zastosowanie sądownictwa arbitrażowego w systemie civil law. Jurysdykcje oraz systemy prawne oparte na finansowaniu poprzez banki raczej nie ułatwiają rozwoju arbitrażu, mają charakter bardziej nastawiony na klasyczne rozwiązywanie sporów przez sądy powszechne.

Na gruncie prawa papierów wartościowych dodatkowo, poza podziałem na określone systemy prawne, na analizę zastosowania sądownictwa arbitrażowego wpływ ma również jego specyfika. Rynek papierów wartościowych jest bowiem rynkiem publicznym, charakteryzującym się odrębnymi prawami, obowiązkami oraz uregulowaniami właściwie niemającymi odniesienia do jakiegokolwiek innego rynku. Obecność na rynku publicznym, notowanie w zorganizowanym obrocie przynosi wiele

korzyści, ale również powoduje wiele obowiązków dla jego uczestników, często niezwykle kosztownych.

### Specyfika rynku publicznego oraz prawa papierów wartościowych

Rynek publiczny oraz zorganizowany obrót, który jest regulowany przez prawo papierów wartościowych, nie ma właściwie swojego odpowiednika pośród innych gałęzi prawa. Charakteryzuje go szczególnie rygorystyczny narzucony przez ustawodawcę. W odróżnieniu do rynku prywatnego, swoboda działania stron na rynku publicznym jest mocno ograniczona przez przepisy prawa. Poszczególni uczestnicy rynku publicznego mają określone obowiązki i ograniczenia. Do takich ograniczeń należą m.in. (i) konieczność wypełniania obowiązków informacyjnych emitentów, w tym konieczność publikowania raportów bieżących oraz okresowych, (ii) obowiązek zawiadamiania emitentów przez poszczególnych akcjonariuszy o dokonanych transakcjach na akcjach, (iii) brak możliwości dokonywania transakcji dla wyznaczonych podmiotów w okresach zamkniętych, (iv) restrykcyjne uwarunkowania dotyczące pierwszej emisji papierów wartościowych przez spółki, do których należą np. obowiązek prospektowy czy też brak możliwości prowadzenia nieograniczonej akcji promocyjnej dotyczącej oferowanych akcji. Dostęp do zawodów funkcjonujących na rynku publicznym takich jak makler papierów wartościowych, czy tym bardziej doradca inwestycyjny, również jest reglamentowany.

W związku z powyższym, trudno mówić o swobodzie dokonywania transakcji na rynku

publicznym. Za każdym razem dany uczestnik dokonując określonej transakcji analizuje czy na pewno jest ona zgodna z prawem papierów wartościowych, co więcej – niejednokrotnie dana transakcja pomimo jej niewątpliwej ekonomicznej „wartości dodanej” nie może dojść do skutku z uwagi na obowiązujące przepisy prawne.

W konsekwencji, prawo rynku papierów wartościowych jest restrykcyjne, nastawione na ochronę inwestora (przede wszystkim indywidualnego). Dodatkowo, niezależnie jakie kryterium zastosujemy, prawo papierów wartościowych charakteryzuje się silną pozycją regulatora w ustawodawstwie i to niezależnie czy jest to jurysdykcja amerykańska czy brytyjska, regulator ma wyjątkowo duże kompetencje w stosunkach administracyjnoprawnych nierzadko będące odpowiednikiem uprawnień prokuratorskich. A więc czy to SEC, FSA czy też polska Komisja Nadzoru Finansowego, wszystkie te organy pełnią rolę nadzorczą nad wszystkimi istotnymi procedurami oraz procesami określonymi w ustawach regulujących rynek kapitałowy. Do takich kompetencji nadzorczych należy m.in. nadzór nad (i) wezwaniami, (ii) manipulacją rynkową, (iii) nabywaniem znacznych pakietów czy (iv) nakładanie sankcji administracyjnych. Wszystkie te kompetencje nadzorcze powodują, że zakres jaki mogą uregulować uczestnicy rynku, niezależnie czy mamy do czynienia z firmami inwestycyjnymi, bankami czy też z podmiotami indywidualnym, jest dość mocno ograniczony, najczęściej to rola regulatora nie pozwala na odrębne uregulowanie stosunków prawnych pomiędzy stronami, gdyż wkraczałoby to w sferę jego władztwa administracyjnego.

Dodatkowo, zarówno w prawie amerykańskim (jako rezultat kryzysu finansowego<sup>2</sup> czy też sprawy Bernarda Madoffa<sup>3</sup>) jak i europejskim (m.in. wskutek dotychczas obowiązujących regulacji, ale i np. skandalu związanego z manipulacją LIBOR<sup>4</sup>), dąży się do wzmocnienia pozycji regulatorów, zwiększenia ich kompetencji kontroli podmiotów uczestniczących w rynku publicznym.<sup>5</sup>

Zastosowanie klauzul arbitrażowych jest zatem więc dość mocno utrudnione w obszarze kompetencji regulatorów, jednakże nawet na rynku publicznym nie wszystkie relacje prawne muszą podlegać kompetencjom nadzorczym regulatora.

### Ewolucja w zakresie zastosowania klauzul arbitrażowych w Stanach Zjednoczonych jako przykład skutecznego zastosowania klauzul arbitrażowych do rozwiązywania sporów

Pomimo przedstawionej specyfiki amerykańskiego rynku publicznego w systemie prawa papierów wartościowych klauzule arbitrażowe

2. Kryzys związany z rynkiem kredytów hipotecznych, za jego początek uważa się upadek amerykańskiego banku inwestycyjnego Lehmann Brothers, 15 września 2008 roku. <http://www.telegraph.co.uk/finance/financialcrisis/6173145/The-collapse-of-Lehman-Brothers.html>

3. Amerykański finansista, były szef giełdy Nasdaq, skazany za miliardowe nadużycia na wieloletnie więzienie - <http://www.nytimes.com/2009/06/30/business/30madoff.html?pagewanted=all&r=0>

4. Skandal związany z próbami manipulacjami stopami procentowymi przez jedno z największych europejskich banków.

5. O takich tendencjach świadczy np. uchwalenie przez Parlament Europejski oraz Radę projektu nowego Rozporządzenia wprowadzającego nowy reżim informacji poufnych czy też uchwalenie dyrektywy 2013/50 zmieniającej dyrektywę 2004/109 z 2004 roku czyli tzw. „Transparency Directive”.

znalazły zastosowanie. W dużej mierze spowodowane jest to zupełnie różną kulturą prawną obowiązującą w systemie anglosaskim, ale również uwarunkowaniami związanymi z samą konstrukcją systemu finansowego w Stanach Zjednoczonych.

Pojmowanie skuteczności zapisów na sąd polubowny ewaluowało bowiem na przestrzeni czasu. Najpierw Sąd Najwyższy w słynnej sprawie Wilko przeciwko Swan (1953 r.)<sup>6</sup>, na gruncie roszczeń podnoszonych na podstawie Securities Act z 1933 roku stwierdził, że „zapis na sąd polubowny w zakresie umowy pomiędzy domem maklerskim a jego klientem, sporządzony przed powstaniem sporu, jest bezskuteczny” oraz rozszerzył zakres przedmiotowy swojego orzeczenia na roszczenia wynikające z Securities and Exchange Act z 1934 roku, przedstawiając stanowisko mające na celu ochronę inwestorów<sup>7</sup>.

Podjęcie nie uznające zapisów arbitrażowych jako skutecznych w zakresie stosunków pomiędzy uczestnikami rynku publicznego uległo jednak zmianie w latach osiemdziesiątych XX wieku. W orzeczeniach Shearson/American Express, Inc. przeciwko McMahan (McMahon) i Rodriguez De Quijas przeciwko Shearson/American Express, Inc. (Rodriguez), Sąd Najwyższy uznał, że dopuszczalny jest zapis na sąd polubowny w odniesieniu do mogących powstać w przyszłości sporów pomiędzy maklerami a ich klientami. Obecnie większość spraw z zakresu obrotu instrumentami finansowymi

6. <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/346/427/>

7. Dr. Tomasz Sójka, Rozstrzygnięcie przez sąd arbitrażowy sporów z zakresu zorganizowanego obrotu papierami wartościowymi, Kwartalnik ADR, nr 2(6)/2009, s. 57, [http://arbitraz.laszczuk.pl/\\_adr/84/Rozstrzygnięcie\\_przez\\_sąd\\_arbitrazowy\\_sporow\\_z\\_zakresu\\_zorganizowanego\\_obrotu\\_papierami\\_wartosciowymi.pdf](http://arbitraz.laszczuk.pl/_adr/84/Rozstrzygnięcie_przez_sąd_arbitrazowy_sporow_z_zakresu_zorganizowanego_obrotu_papierami_wartosciowymi.pdf).

rozstrzygana jest przez sądy arbitrażowe, co stanowi dość znaczną zmianę poglądów Sądu Najwyższego w stosunku do stanowiska zaprezentowanego w latach pięćdziesiątych XX wieku<sup>8</sup>.

Współcześnie prawie wszystkie spory pomiędzy domami maklerskimi a ich klientami rozstrzygane są przez sądy arbitrażowe<sup>9</sup>. Takie klauzule w przedmiotowych umowach zostały wręcz wskazane za obowiązkowe.

Podkreślić jednak należy, że stanowisko powyższe wydaje się jednak nieco ewaluować w ostatnim czasie, o czym świadczyć może raport Departamentu Skarbu administracji prezydenta Baracka Obamy kwestionujący funkcjonowanie „obowiązkowych” klauzul w kontraktach inwestorskich, postulujący powrót do sytuacji sprzed wyroku z 1987 roku czyli wyroku w sprawie Mc Mahon. Według przedmiotowego raportu wolą administracji było danie uczestnikom rynku publicznego prawa wyboru<sup>10</sup> skierowania sprawy do sądu powszechnego zamiast obligatoryjnej klauzuli arbitrażowej. Nie wiadomo jednak czy powyższy punkt widzenia znajdzie uznanie. Z dostępnych informacji nie wynika, aby uchwalone zostało jakiegokolwiek ustawodawstwo mające na celu zmianę obecnej sytuacji.

8. Dr. Tomasz Sójka, Rozstrzygnięcie przez sąd arbitrażowy sporów z zakresu zorganizowanego obrotu papierami wartościowymi, Kwartalnik ADR, nr 2(6)/2009, s. 57, [http://arbitraz.laszczuk.pl/\\_adr/84/Rozstrzygnięcie\\_przez\\_sąd\\_arbitrazowy\\_sporow\\_z\\_zakresu\\_zorganizowanego\\_obrotu\\_papierami\\_wartosciowymi.pdf](http://arbitraz.laszczuk.pl/_adr/84/Rozstrzygnięcie_przez_sąd_arbitrazowy_sporow_z_zakresu_zorganizowanego_obrotu_papierami_wartosciowymi.pdf).

9. Dr. Tomasz Sójka, Rozstrzygnięcie przez sąd arbitrażowy sporów z zakresu zorganizowanego obrotu papierami wartościowymi, Kwartalnik ADR, nr 2(6)/2009, s. 58, [http://arbitraz.laszczuk.pl/\\_adr/84/Rozstrzygnięcie\\_przez\\_sąd\\_arbitrazowy\\_sporow\\_z\\_zakresu\\_zorganizowanego\\_obrotu\\_papierami\\_wartosciowymi.pdf](http://arbitraz.laszczuk.pl/_adr/84/Rozstrzygnięcie_przez_sąd_arbitrazowy_sporow_z_zakresu_zorganizowanego_obrotu_papierami_wartosciowymi.pdf).

10. Tak np. <http://www.forbes.com/2009/06/29/lipner-mandatory-arbitration-intelligent-investing-consumer-choice.html>

W ustawodawstwie związanym z rynkiem papierów wartościowych, sądownictwo arbitrażowe pełni więc znaczącą rolę – odniosło ono niewątpliwie sukces, stało się powszechne, ale wydaje się (przynajmniej z dokonanych obserwacji), że taka rola nie dotyczy czynności podlegających kompetencji SEC, co potwierdza, że zastosowania sądownictwa arbitrażowego w zakresie prawa papierów wartościowych nie należy odnosić do zakresu oddziaływania nadzoru SEC.

### Aktualne oraz potencjalne zastosowanie klauzul arbitrażowych w polskim prawie rynków papierów wartościowych

Polski rynek papierów wartościowych w obecnym kształcie istnieje jedynie nieco ponad 20 lat, jednakże podkreślić należy, że przez ten okres Giełda Papierów Wartościowych w Warszawie uzyskała statusu giełdy mającej silną pozycję na terytorium Europy Środkowo-Wschodniej, pomimo jej imponującego rozwoju (przede wszystkim w zakresie spółek na niej notowanych) jej kapitalizacji wciąż nie sposób jej porównać do największych giełd europejskich czy amerykańskiej NYSE.

Jednakże, polski system prawny należy do systemu kontynentalnego civil law, a system finansowy w Polsce oparty jest na – w przeważającej części – na systemie bankowym. Taki stan rzeczy oddziałuje również na zastosowanie klauzul arbitrażowych w zakresie ich zastosowania w polskim systemie prawnym.

Uregulowanie stosunków pomiędzy podmiotami w zakresie wzajemnych praw i obowiązków nie wydaje się powodować kontrowersji.

Oceniając potencjalną skuteczność zastosowania klauzul arbitrażowych, podkreślić należy, że w zakresie relacji pomiędzy inwestorem a domem maklerskim uwzględnienie w umowie klauzuli arbitrażowej jest skuteczne ze względu na chociażby obowiązującą w polskim systemie prawnym swobodę umów i kształtowanie stosunków prawnych pomiędzy stronami (art. 3531 Kodeksu cywilnego<sup>11</sup>).

Podobnie należy ocenić sytuację, w której to dom maklerski oraz uczestnik rynku, na rzecz którego taki dom maklerski świadczy usługi uregulują kwestie sporne związane z obowiązywaniem umowy poprzez odniesienie do klauzuli arbitrażowej czyli w sytuacji np. (i) umowy na plasowanie akcji pomiędzy domem maklerskim a potencjalnym emitentem (czyli tzw. placement agreement), (ii) umowy na doradztwo w zakresie przeprowadzenia pierwszej emisji papierów wartościowych przez emitenta.

Trzeba jednak przyznać, że zastosowanie klauzul arbitrażowych w polskim prawie papierów wartościowych nie jest powszechne, pomimo, że jest obligatoryjne w pewnym zakresie<sup>12</sup> Zarówno Giełda Papierów Wartościowych jak i Komisja Nadzoru Finansowego mają sądy polubowne do rozstrzygania tych spraw, ale nie są to sprawy pojawiające się bardzo często.

11. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 – Kodeks cywilny (Dz. U. 1964 nr 16 poz. 93 z późn. zm.)

12. Do przykładów obligatoryjnego zapisu na Sąd Polubowny należy podpisanie umowy pomiędzy emitentem, a Krajowym Depozytem Papierów Wartościowych S.A. w sytuacji gdy emitent zamierza zarejestrować akcje w Krajowym Depozycie Papierów Wartościowych S.A. Jednym z załączników do wniosku o rejestrację akcji jest wówczas oświadczenie emitenta o zapisie na Sąd Polubowny działający przy Krajowym Depozycie Papierów Wartościowych.



Dodatkowo, dla pełni przedstawionej analizy warto podkreślić, że potencjalni inwestorzy nie są konsumentami w rozumieniu przepisów polskiego prawa, a to właśnie klauzule arbitrażowe w odniesieniu do relacji z konsumentami są bardzo ograniczone<sup>13</sup>. Konsumentami jako osoby fizyczne dokonujące czynności prawnych niezwiązanych bezpośrednio z ich działalnością gospodarczą lub zawodową są w obrocie gospodarczym podmiotami szczególnie chronionymi z uwagi na treść przepisu 3851 Kodeksu cywilnego<sup>14</sup>. W każdej więc sytuacji konstruując w umowie klauzule arbitrażowe w sytuacji gdy drugą stroną takiej czynności prawnej jest konsument należy dokonać odpowiedniej analizy w zakresie tego czy taka klauzula na pewno będzie klauzulą wiążącą, nie będącą klauzulą niedozwoloną na gruncie regulacji Kodeksu cywilnego<sup>15</sup>. Negatywny rezultat takiej analizy powoduje, że dana klauzula arbitrażowa nie będzie dla takiego konsumenta klauzulą wiążącą.

Moim zdaniem problem pojawia się w sytuacji gdy klauzula arbitrażowa ma na celu uregulowanie rozwiązywania sporów, których przedmiot leży w kompetencji polskiego regulatora czyli Komisji Nadzoru Finansowego. Trudno bowiem wyobrazić sobie, że klauzula arbitrażowa pozwalałaby na rozstrzygnięcie kwestii ceny np. w wezwaniu dotyczącym

13. Aleksandra Budniak, Forma zapisu na sąd polubowny w świetle polskiego i niemieckiego postępowania cywilnego – zagadnienia prawo porównawcze, *Kwartalnik ADR*, Nr 4 (8)/2009, s. 47 – 48, [http://arbitraz.laszczuk.pl/\\_adr/103/Forma\\_zapisu\\_na\\_sad\\_polubowny\\_w\\_swietle\\_polskiego\\_i\\_niemieckiego\\_postepowania\\_cywilnego\\_-\\_zagadnienia\\_prawnoporownawcze.pdf](http://arbitraz.laszczuk.pl/_adr/103/Forma_zapisu_na_sad_polubowny_w_swietle_polskiego_i_niemieckiego_postepowania_cywilnego_-_zagadnienia_prawnoporownawcze.pdf).

14. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. 1964 nr 16 poz. 93 z późn. zm.)

15. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. 1964 nr 16 poz. 93 z późn. zm.)

nabycia akcji na rynku publicznym<sup>16</sup>. Kwestia tego czy dana cena zaproponowana przez wzywającego jest zgodna z regulacjami Ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych („Ustawa o ofercie”)<sup>17</sup> jest wyłącznie kwestią Komisji Nadzoru Finansowego i nie podlega kognicji jakiegokolwiek innemu podmiotowi. Co więcej, wydaje się, że w przypadku funkcjonowania takiej klauzuli i tak byłaby ona nieskuteczna, sądownictwo arbitrażowe w żaden sposób nie może bowiem ingerować w kompetencje Komisji Nadzoru Finansowego.

Podobnie w sytuacji rozstrzygania sporów związanych z odpowiedzialnością cywilną w związku z prawdziwością i rzetelnością informacji publikowanych w dokumencie, na podstawie którego papiery wartościowe danej spółki zostaną wprowadzone do obrotu na rynku publicznym. Źródłem obowiązku działania zgodnego z prawem jest tutaj Ustawa o ofercie publicznej, a przepis ten ma charakter materialny. Wydaje się więc, że uregulowanie takiej odpowiedzialności cywilnej nie byłoby możliwe poprzez klauzule arbitrażowe<sup>18</sup>.

16. Procedurę wezwań regulują artykuły 72- 91 Ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz. U. 2009 nr 185 poz. 1439 t.j. z późn. zm.)

17. Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz. U. nr 184 2009 r. poz. 1539).

18. Tak też: Dr. Tomasz Sójka, Rozstrzygnięcie przez sąd arbitrażowy sporów z zakresu zorganizowanego obrotu papierami wartościowymi, *Kwartalnik ADR*, nr 2(6)/2009, s. 62 – 63, [http://arbitraz.laszczuk.pl/\\_adr/84/Rozstrzygnięcie\\_przez\\_sad\\_arbitrazowy\\_sporow\\_z\\_zakresu\\_zorganizowanego\\_obrotu\\_papierami\\_wartosciowymi.pdf](http://arbitraz.laszczuk.pl/_adr/84/Rozstrzygnięcie_przez_sad_arbitrazowy_sporow_z_zakresu_zorganizowanego_obrotu_papierami_wartosciowymi.pdf).

Można więc uznać, że w zakresie prawa rynku papierów wartościowych dopóki dana instytucja nie ma źródła w postaci prawa materialnego w ustawie, a także nie podlega kompetencjom Komisji Nadzoru Finansowego, dopóty jest możliwe zastosowanie klauzul arbitrażowych, a niekiedy nawet obligatoryjne.

Jednak co innego jest problematyczne w zakresie powszechnego zastosowania klauzul arbitrażowych na rynku publicznym. Klauzula arbitrażowa w polskim systemie prawnym związana jest z pewnymi trudnościami np. co do zgodności zapisów na sąd polubowny z wymogami stawianymi przez Kodeks postępowania cywilnego<sup>19</sup>. Konsekwencją tego, że wyrok sądu arbitrażowego nie pochodzi od sądu państwowego, jest konieczność przeprowadzenia przez sąd państwowy postępowania w rezultacie, którego wyrok zostanie zrównany z wyrokiem sądu państwowego i jednocześnie nadana zostanie takiemu wyrokowi klauzula wykonalności. Sąd może też, w drodze postępowania, odmówić stwierdzenia wykonalności wyroku jeżeli stwierdzi, że spór nie może być poddany pod rozstrzygnięcie sądu polubownego lub uznanie byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (klauzula porządku publicznego)<sup>20</sup>. Taka procedura merytorycznej oceny nie ma zastosowania w stosunku do wyroku sądu państwowego w procesie nadawania klauzuli

19. Aleksandra Budniak, Forma zapisu na sąd polubowny w świetle polskiego i niemieckiego postępowania cywilnego – zagadnienia prawo porównawcze, *Kwartalnik ADR*, Nr 4 (8)/2009, s. 25 – 26, [http://arbitraz.laszczuk.pl/\\_adr/103/Forma\\_zapisu\\_na\\_sad\\_polubowny\\_w\\_swietle\\_polskiego\\_i\\_niemieckiego\\_postepowania\\_cywilnego\\_-\\_zagadnienia\\_prawnoporownawcze.pdf](http://arbitraz.laszczuk.pl/_adr/103/Forma_zapisu_na_sad_polubowny_w_swietle_polskiego_i_niemieckiego_postepowania_cywilnego_-_zagadnienia_prawnoporownawcze.pdf).

20. Art. 1214 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. nr 43 poz. 296)

wykonalności, w przypadku wyroku państwowego sąd nadając klauzulę wykonalności jest związany wyrokiem sądu państwowego, sąd nie ma możliwości oceny czy taki wyrok nadaje się do wykonania czy nie z punktu widzenia merytorycznego, ocenia jedynie przesłanki formalne tytułu egzekucyjnego. Faktem jest jednak, że sytuacja w której sąd merytorycznie zastanawia się nad wykonalnością wyroku sądu polubownego z uwagi na klauzulę porządku publicznego i w konsekwencji odmawia nadania klauzuli wykonalności należą do rzadkości, nie jest to więc ryzyko znaczące.

Podkreślić należy, że taka sytuacja ma również miejsce w większości jurysdykcji europejskich, również w tych w których sądownictwo polubowne jest znacznie powszechniejsze, nie można więc mówić, że takie uprawnienie sądu powoduje mniejszą efektywność zastosowania klauzul arbitrażowych w stosunku do sądownictwa powszechnego.

### Podsumowanie oraz wnioski

Umieszczanie zapisów na sąd polubowny w prawie polskiego rynku papierów wartościowych jest w dużej mierze dopuszczalne, niekiedy nawet obligatoryjne, w wielu przypadkach może powodować przyspieszenie postępowania w relacji pomiędzy stronami.

Analizując powyższe twierdzenia oraz obserwacje, być może powinno się zaproponować zmiany do polskiego ustawodawstwa papierów wartościowych, i nawet nie tyle co ograniczyć rolę nadzoru, ile umożliwić uczestnikom rynku publicznego wybór: czy chcą, aby w zakresie rozwiązywania sporów pomiędzy nimi (inter partes) obowiązywało sądownictwo

polubowne, czy też wyłączność decyzyjna Komisji Nadzoru Finansowego. Wydaje się, że byłoby to rozwiązanie jak najbardziej wskazane, bowiem oczywistym jest, że arbitraż sam w sobie jest procedurą efektywną, przyspieszającą postępowanie,

Podkreślić jednak należy, że w zakresie np. sporów wynikających z procedury wezwań wydaje się, że obecnie przyjęte rozwiązanie jest optymalne. Biorąc pod uwagę efektywność kosztową arbitrażu, to jednak kompetencje Komisji Nadzoru Finansowego w zakresie reagowania na spory dotyczące wydają się właściwie, również w kontekście ochrony inwestorów.

Podsumowując więc, można stwierdzić, że arbitraż w zakresie rynku publicznego powinien być wykorzystywany, ale dla bezpieczeństwa obrotu, z uwzględnieniem specyfiki oraz restrykcyjności rynku publicznego<sup>21</sup>.

21. Przy opracowywaniu niniejszego artykułu chciałbym podziękować za pomoc Pawłowi Krzeskiemu, studentowi IV roku prawa na Uniwersytecie Warszawskim

## Arbitraż grupowy

■ dr Łukasz Gorywoda

Ph.D. (European University Institute), LL.M. (Columbia Law School); Instytut Allerhanda, Sekcja Rozwiązywania Sporów, NautaDutilh (Litigation & Arbitration) w Rotterdamie.

### Wprowadzenie

„Arbitraż grupowy” to wywodzący się z USA mechanizm rozwiązywania sporów, który przenosi rozwiązania proceduralne występujące w sądowych postępowaniach grupowych (ang. class action) na grunt postępowań arbitrażowych. Ponieważ arbitraż stanowi alternatywę dla postępowania sądowego<sup>1</sup>, amerykańska praktyka i piśmiennictwo stanęły przed niełatwym zadaniem poradzenia sobie z trudnościami wynikającymi z faktu, że arbitraż grupowy jednoznacznie podważa granice między modelowym postępowaniem arbitrażowym, a tradycyjnie postrzeganym grupowym postępowaniem sądowym<sup>2</sup>. Nie da się ukryć, że rozpatrywanie roszczeń grupowych w trybie arbitrażu wzbudza w USA wiele kontrowersji<sup>3</sup>.

Modelowo arbitraż jest uważany za procedurę służącą do efektywnego rozwiązywania indywidualnych sporów<sup>4</sup>, natomiast class action – jako archetyp pozwu grupowego – tradycyjnie przychodzi raczej na myśl długotrwałe postępowania, które w skomplikowany sposób łączą setki lub tysiące pojedynczych roszczeń do wspólnego rozpatrzenia<sup>5</sup>. Z tej perspektywy może się wydawać, że arbitraż grupowy stanowi wypaczenie tradycyjnej koncepcji arbitrażu. „Arbitraż grupowy” brzmi jak oksymoron. Jednak pomimo tych pozornie sprzecznych cech, tryb arbitrażu grupowego jest szeroko wykorzystywany w USA. Od 2003 r. do października 2013 r. zostało przeprowadzonych 352 grupowych postępowań arbitrażowych przy Amerykańskim Stowarzyszeniu Arbitrażowym (ang. American Arbitration Association, AAA)<sup>6</sup>.

1. George Bermann, The “Gateway” Problem in International Arbitration, 37 Yale Journal of International Law 1, 1 (2012).

2. Na temat trudności związanych z próbą klasyfikacji arbitrażu grupowego zob. S.I. Strong, Does Class Arbitration “Change the Nature” of Arbitration? Stolt-Nielsen, AT&T and a Return to First Principles, 17 Harvard Negotiation Law Review 201 (2012).

3. Zob. Gary Born & Claudio Salas, The United States Supreme Court and Class Arbitration: A Tragedy of Errors, 2012 Journal of Dispute Resolution 21 (2012); William W. Park, The Politics of Class Action: Jurisdiction, Fairness and Vindication of Rights. A Comment on Stolt-Nielsen SA v AnimalFeeds Intl Corp and AT&T Mobility LLC v Concepcion, [w:] The Practice of Arbitration: Essays in Honour of Hans van Houte 169 (Patrick Wautelet, Thalia Kruger & Govert Coppens red., 2012).

4. Gary Born, International Commercial Arbitration 252 (2009); Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern & J. Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration 1 (2009).

5. Manual for Complex Litigation, Fourth §10.1 (Federal Judicial Center, 2004); American Law Institute, Principles of the Law of Aggregate Litigation §1 (2010).

6. American Arbitration Association, Class Arbitration Case Docket, dostępne na <[http://www.adr.org/aaa/faces/services/disputeresolutionservices/casedocket?\\_afLoop=415794185525297&\\_afWindowMode=0&\\_afWindowId=ky19xujik\\_166#%40%3F\\_afWindowId=%3Dky19xujik\\_166%26\\_afLoop%3D415794185525297%26\\_afWindowMode%3D0%26\\_adf.ctrl-state%3Dky19xujik\\_211](http://www.adr.org/aaa/faces/services/disputeresolutionservices/casedocket?_afLoop=415794185525297&_afWindowMode=0&_afWindowId=ky19xujik_166#%40%3F_afWindowId=%3Dky19xujik_166%26_afLoop%3D415794185525297%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dky19xujik_211)>.



Arbitraż grupowy wyrósł z amerykańskiej praktyki rozwiązywania sporów w tym sensie, że wykorzystuje rozwiązania proceduralne, które rozwinęły się na gruncie amerykańskiego common law i są dla niego charakterystyczne. Zainteresowanie dochodzeniem roszczeń grupowych w postępowaniu arbitrażowym wykracza jednak poza USA.

Mechanizmy pozwalające na grupowe dochodzenie roszczeń rozwijają się też w jurysdykcjach europejskich, zarówno na poziomie krajowym, jak i na poziomie UE. W 2009 r. niemiecka instytucja arbitrażowa, Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS), opublikowała regulamin rozwiązywania sporów korporacyjnych, który przewiduje procedurę grupową dla sporów wymagających jednej wiążącej wszystkich akcjonariuszy i spółkę decyzyjną<sup>7</sup>. Regulamin DIS został opracowany zaraz po tym, jak w kwietniu 2009 r. niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości (Bundesgerichtshof) przyznał zdatność arbitrażową sporom akcjonariuszy<sup>8</sup>. Warto w tym miejscu wspomnieć, że nie wszystkie instytucje popierają grupowy tryb rozwiązywania sporów. Międzynarodowa Izba Handlowa (ang. International Chamber of Commerce, ICC) w 2005 r. opublikowała stanowisko, w którym skrytykowała sądowe postępowania grupowe,

7. Reguly Uzupełniające DIS dla Sporów Korporacyjnych (ang. DIS-Supplementary Rules for Corporate Law Disputes 09 (SRCoLD); niem. DIS-Ergänzende Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten 09 (ERGeS)). Regulamin dostępny na <<http://www.dis-arb.de/en/16/rules/dis-supplementary-rules-for-corporate-law-disputes-09-srcold-id15>>. Więcej na temat regulaminu DIS oraz jego porównanie z regulaminem AAA dotyczącym postępowania grupowego zob. S.I. Strong, Collective Arbitration Under the DIS Supplementary Rules for Corporate Law Disputes: A European Form of Class Arbitration?, 29 ASA Bulletin 145 (2011).

8. S v. M., II ZR 255/08, 6 kwietnia 2009 r.

uznając że przynoszą one więcej negatywnych skutków dla przedsiębiorstw i konsumentów, niż korzyści dla społeczeństwa<sup>9</sup>.

Na poziomie UE prace nad projektem wprowadzenia prawnych mechanizmów rozwiązywania sporów grupowych nabrały ostatnio tempa<sup>10</sup>. W czerwcu 2013 r. Komisja Europejska (Komisja) przedstawiła kolejny komunikat<sup>11</sup> i zalecenie<sup>12</sup> dotyczące pozwów grupowych oraz propozycję dyrektywy dotyczącej prywatnego dochodzenia roszczeń z tytułu naruszeń prawa konkurencji<sup>13</sup>. W dokumencie konsultacyjnym z 2011 r., w którym Komisja zapowiedziała przejście od sektorowego do „horyzontalnego” podejścia do trybu grupowego, zostało podkreślone znaczenie „konsensualnych” mechanizmów grupowego

9. Class Action Litigation, Document no. 460/585, 1 grudnia 2005 r., dostępne na <<http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2005/Class-action-litigation/>>.

10. Łukasz Gorywoda, The Emerging EU Legal Regime for Collective Redress: Institutional Dimension and Its Main Features, [w:] Cross-Border Class Actions: The European Way (Arnaud Nuyts & Nikitas E. Hatzimihail red., 2013). Na temat polityki UE dotyczącej grupowego dochodzenia roszczeń, w tym pojęcia interesu zbiorowego zob. również Marek Safjan, Łukasz Gorywoda & Agnieszka Jańczuk, Taking the Collective Interests of Consumers Seriously: A View from Poland, [w:] New Frontiers of Consumer Protection (Fabrizio Cafaggi & Hans-W. Micklitz red., 2009).

11. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, W kierunku europejskich horyzontalnych ram w zakresie zbiorowego dochodzenia roszczeń, COM(2013) 401 final, Strasburg, 11 czerwca 2013 r.

12. Zalecenie Komisji w sprawie wspólnych zasad dotyczących mechanizmów zbiorowego dochodzenia roszczeń o zaprzestanie bezprawnych praktyk oraz roszczeń odszkodowawczych w państwach członkowskich, dotyczących naruszeń praw przyznanych na mocy prawa Unii, C(2013) 3539/3, Strasburg, 11 czerwca 2013 r.

13. Wniosek dotyczący Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego, COM(2013) 404 final, Strasburg, 11 czerwca 2013 r.

rozstrzygnięcia sporów, w tym arbitrażu i mediacji. Zdaniem Komisji mechanizmy te uzupełniają system sądowy i często pozwalają stronom na szybsze i mniej kosztowne rozstrzygnięcie sporu<sup>14</sup>.

Warto na końcu tego przeglądu wspomnieć, że grupowy tryb rozwiązywania sporów wdarł się także na teren arbitrażu inwestycyjnego. W 2011 r. w sprawie *Abaclat v. Argentine Republic* trybunał ICSID orzekł, że zgoda państwa na jurysdykcję Międzynarodowego Centrum Rozstrzygnięcia Sporów Inwestycyjnych (ang. International Centre for Settlement of Disputes, ICSID) obejmuje również zgodę na rozpatrywanie roszczeń w trybie grupowym<sup>15</sup>.

14. Dokument roboczy służb Komisji, Konsultacja społeczna: w kierunku spójnego europejskiego podejścia do roszczeń zbiorowych, SEC(2011) 173 final, Bruksela, 4 lutego 2011 r., para. 19, s. 8. Analiza, czy arbitraż grupowy ma faktycznie charakter konsensualny, zarówno z perspektywy strony powodowej, jak i pozwanej, wykracza poza ramy tego opracowania. W niedawno przyjętej Dyrektywie 2013/11/UE w sprawie ADR w sporach konsumenckich ustawodawca europejski podkreślił, że „[n]iniejsza dyrektywa powinna pozostawać bez uszczerbku dla utrzymywania lub wprowadzania przez państwa członkowskie postępowań ADR dotyczących łącznego rozpatrywania identycznych lub podobnych sporów między przedsiębiorcą a kilkoma konsumentami. Przeprowadzona powinna zostać kompleksowa ocena skutków zbiorowych rozstrzygnięć zapadających w postępowaniach pozasądowych, przed ich zaproponowaniem na szczeblu Unii. Skuteczny system pozwów zbiorowych oraz system łatwego odwołania się do podmiotów ADR powinny być rozwiązaniami wzajemnie się uzupełniającymi, a nie wzajemnie się wykluczającymi”, punkt 27 preambuły; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/11/UE z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie alternatywnych metod rozstrzygnięcia sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE, Dz.U. L 165, z 18.6.2013, str. 63.

15. *Abaclat v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, orzeczenie dotyczące przesłanek jurysdykcyjnych, 4 sierpnia 2011 r. Sprawa dotyczyła 60 tysięcy włoskich posiadaczy obligacji argentyńskich. Więcej na temat tej sprawy zob. S.I. Strong, Mass Procedures as a Form of “Regulatory Arbitration” – *Abaclat v. Argentine Republic* and the International Investment Regime, 38 Journal of Corporation Law 259 (2013). Zob. również artykuły na temat sprawy *Abaclat* w 27 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal (2012).

Zrozumienie, w jaki sposób orzecznictwo amerykańskie rozwiązuje problemy powstające podczas dochodzenia roszczeń grupowych w arbitrażu będzie pomocne dla uczestników procedur arbitrażowych spoza USA. Warto więc przedstawić rozwój i stan tego mechanizmu rozwiązywania sporów oraz wskazać pytania, które powstają w praktyce jego stosowania.

### „Eksplzja” arbitrażu grupowego w USA

#### Arbitraż grupowy nowym mechanizmem amerykańskiej praktyki rozwiązywania sporów

Arbitraż grupowy to mechanizm, który najczęściej jest używany w kontekście sporów krajowych w USA. Choć funkcjonuje od lat osiemdziesiątych XX w., przez wiele lat – aż do sprawy *Bazze* z 2003 r., o której poniżej – arbitraż grupowy był uważany za „dwugłową mitologiczną bestię”, będącą z jednej strony postępowaniem sądowym, a z drugiej arbitrażowym, którą niewiele osób miało okazję spotkać<sup>16</sup>. Natomiast sądowe postępowanie grupowe (class action) ma ustabilizowaną pozycję w amerykańskiej procedurze cywilnej. Wymogi dotyczące postępowania są regulowane przez Regulę 23 Federalnych Reguł Procedury Cywilnej (ang. Federal Rules of Civil Procedure), która została wprowadzona w 1938 r. i nabrała obecnego kształtu po poprawce z 1966r.<sup>17</sup> Reguła 23 normuje federalne postępowania grupowe, ale pełni jednocześnie funkcję modelu dla ok. 2/3

16. Kelly Thompson Cochran & Eric Mogilnicki, Current Issues in Consumer Arbitration, 60 Business Lawyer 785, 791 (2005).

17. Reguła 23 została znowelizowana również w 1998 i 2003 r., jednak wychodzi to poza zakres opracowania.



stanowych regulacji sądowych postępowań grupowych<sup>18</sup>.

Do rozwoju arbitrażu grupowego przyczyniła się praktyka przedsiębiorców polegająca na umieszczaniu we wzorach umownych zapisu na sąd polubowny w celu uniknięcia ryzyka sądowego postępowania grupowego. Korzystający z takich umów przedsiębiorcy mieli nadzieję, że poprzez wymóg rozstrzygnięcia sporów w trybie arbitrażu indywidualnego, z którym wiążą się koszty często przewyższające wartość odszkodowania, zapis na sąd polubowny we wzorcu umownym zniechęci potencjalnych powodów do dochodzenia roszczeń<sup>19</sup>. Jednakże sądy powszechne i trybunały arbitrażowe zaczęły stopniowo traktować tę praktykę jako nadużycie, dlatego też zaczęły kierować strony do arbitrażu grupowego<sup>20</sup>. W ten właśnie sposób tryb grupowy wdarł się na teren arbitrażu.

Obecnie sprawy dotyczące arbitrażu grupowego powstają głównie na gruncie prawa pracy, usług finansowych, ubezpieczeniowych i telekomunikacyjnych oraz usług z zakresu ochrony zdrowia. Wykorzystanie tego mechanizmu rozwiązywania sporów nie ogranicza się jednak do tych dziedzin; potencjalnie arbitraż grupowy może być zastosowany do rozwiązania każdego sporu. Arbitraż grupowy, podobnie jak grupowe postępowania sądowe, dotyczy roszczeń powstających z różnych tytułów. Warto jednak zauważyć, że arbitraż grupowego nie stosuje się raczej do dochodzenia roszczeń deliktowych,

18. McCarthy Tétraut (red.), *Defending Class Actions in Canada* 5 (2007).

19. S.I. Strong, *From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration*, 26 *Arbitration International* 493, 497 (2010).

20. S.I. Strong, op. cit., przypis 19.

ponieważ z oczywistych względów strony takich sporów rzadko są połączone stosunkiem umownym. Ponieważ nie istnieje pomiędzy stronami umowa o arbitraż w momencie powstania szkody<sup>21</sup>, roszczenia deliktowe, co do zasady, nie są rozpatrywane w trybie arbitrażu grupowego. Z uwagi na dużą liczbę podmiotów po stronie powodowej, zapis na sąd polubowny ex post, tzn. po wystąpieniu zdarzenia będącego źródłem odpowiedzialności deliktowej, raczej nie wchodzi w grę z uwagi na zbyt wysokie koszty transakcyjne zawarcia umów ze wszystkimi poszkodowanymi.

Warto też wspomnieć, że w USA spory dotyczące arbitrażu grupowego nie powstają jedynie w odniesieniu do spraw konsumenckich. Dwie niezwykle istotne dla rozwoju arbitrażu grupowego sprawy, *Stolt-Nielsen*<sup>22</sup> oraz *AmEx III*<sup>23</sup>, dotyczyły stosunków profesjonalnych (ang. business to business).

#### **Orzeczenie w sprawie Bazzle: zielone światło dla arbitrażu grupowego**

Jak wspomniano powyżej, arbitraż grupowy funkcjonuje w amerykańskiej praktyce rozwiązywania sporów od lat osiemdziesiątych XX w.<sup>24</sup>, ale dopiero po orzeczeniu Sądu Najwyższego USA (ang. Supreme Court of the United

21. S.I. Strong, *Resolving Mass Legal Disputes through Class Arbitration: The United States and Canada Compared*, 37 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 921, 935 (2012).

22. *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 130 S.Ct. 1758 (2010), zob. poniżej.

23. *Am. Express Co. v. Italian Colors Rest.*, 133 S. Ct. 2304 (2013), zob. poniżej.

24. Kalifornia jest prekursorem w stosowaniu tego mechanizmu rozwiązywania sporów, zob. *Keating v. Superior Court*, 645 P.2d 1192 (Cal. 1982).

States) z 2003 r. zaczął być szerzej wykorzystywany. Bezpośrednim impulsem dla rozwoju arbitrażu grupowego była sprawa *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*<sup>25</sup>. W tej sprawie Sąd Najwyższy USA otworzył drzwi dla tej formy arbitrażu, orzekając że tryb grupowy jest dostępny dla stron nawet wtedy, gdy klauzula arbitrażowa bezpośrednio go nie przewiduje. Innymi słowy to, że klauzula arbitrażowa milczy w kwestii arbitrażu grupowego nie oznacza per se, że ten tryb rozwiązywania sporu został przez strony wyłączony. Przed *Bazzle* orzecznictwo wskazywało inaczej; co do zasady, arbitraż grupowy nie wchodził w grę, chyba że strony umieściły stosowne postanowienie w klauzuli arbitrażowej. Natomiast skutek *Bazzle* interpretacja klauzuli milczącej, co do dostępności trybu grupowego należy do trybunału arbitrażowego, który – w rezultacie – podejmuje decyzję, czy spór może toczyć się w takim trybie.

Zachęcone orzeczeniem w sprawie *Bazzle*, główne amerykańskie instytucje arbitrażowe opublikowały regulaminy dotyczące arbitrażu grupowego. AAA opublikowało regulamin w 2003 r.<sup>26</sup>, natomiast JAMS – instytucja świadcząca usługi alternatywnego rozwiązywania sporów z siedzibą w Kalifornii – zaoferowała stronom zainteresowanym prowadzeniem grupowych postępowań arbitrażowych swój

25. *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003).

26. Reguły uzupełniające AAA dla arbitrażowych postępowań grupowych (ang. AAA Supplementary Rules for Class Arbitrations), dostępne na <[http://www.adr.org/aaa/ShowPDF.jsessionid=Q38zRMZQvJFBzn295h3vWxwZDyxRNYqnmT2dlynW2SmyPCLGRpLI644581746?url=/cs/groups/commercial/documents/document/dgdf/mda0/-edisp/adrstg\\_004129.pdf](http://www.adr.org/aaa/ShowPDF.jsessionid=Q38zRMZQvJFBzn295h3vWxwZDyxRNYqnmT2dlynW2SmyPCLGRpLI644581746?url=/cs/groups/commercial/documents/document/dgdf/mda0/-edisp/adrstg_004129.pdf)>.

regulamin w 2005 r.<sup>27</sup>

#### **Klauzula milcząca nie wyłącza arbitrażu grupowego**

Kwestią sporną w *Bazzle* było to, czy strony zgodziły się na wyłączenie w swoich relacjach arbitrażu grupowego. Do sporu doszło w następujący sposób. Instytucja finansowa *Green Tree* zawarła z konsumentami umowy przy wykorzystaniu wzorców umownych, przyznając konsumentom reprezentowanym w sporze przez małżeństwo *Bazzle* pożyczkę remontową, a konsumentom reprezentowanym w sporze przez Daniela Lackey pożyczkę na zakup przyczepy mieszkalnej (ang. mobile home). Umowy zawierały klauzulę arbitrażową, stanowiącą że wszystkie spory „dotyczące tej umowy lub stosunków prawnych wynikających z tej umowy [...] będą rozstrzygane w trybie wiążącego prawnie arbitrażu przez jednego arbitra wybranego przez [Green Tree] za [Państwa] zgodą”<sup>28</sup>.

]Sprawa dotyczyła więc dwóch grup konsumentów, którzy początkowo wnieśli pozwy do stanowego sądu powszechnego, kwestionując procedurę udzielenia im pożyczek. Chodziło o to, że ani *Bazzle*, ani Lackey nie otrzymali od *Green Tree* wymaganego prawem formularza informującego o prawie do wyboru własnych prawników i agentów ubezpieczeniowych. Konsumenty rozpoczęli dwie oddzielne sprawy w sądach stanowych Południowej Karoliny, podnosząc że niedopełnienie obowiązku informacyjnego przez firmę finansową

27. Reguły JAMS dotyczące procedur grupowych (ang. JAMS Class Action Procedures), dostępne na <[http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMS-Rules/JAMS\\_Class\\_Action\\_Procedures-2009.pdf](http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMS-Rules/JAMS_Class_Action_Procedures-2009.pdf)> (wersja z 2009 r.).

28. *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, op. cit., przypis 25.

Green Tree było niezgodne z prawem i z tego tytułu należy im się odszkodowanie. Green Tree wniosła o wstrzymanie postępowań i skierowanie ich, zgodnie z umową, do arbitrażu.

Jeszcze przed uwzględnieniem wniosku Green Tree o skierowanie obydwu spraw do arbitrażu jedna ze spraw została dopuszczona przez sąd stanowy Południowej Karoliny do rozpatrzenia w grupowym trybie sądowym (ang. class certification). We wniosku o skierowanie spraw do arbitrażu Green Tree wniosła również o wyłączenie trybu grupowego twierdząc, że klauzule arbitrażowe – milcząc w kwestii dostępności arbitrażu grupowego – de facto wyłączały rozwiązywanie sporu w trybie grupowym.

Już w postępowaniu arbitrażowym arbiter, pomimo zastrzeżeń Green Tree, rozpatrzył pierwszą sprawę zgodnie z zatwierdzonym przez sąd trybem grupowym i ponadto dopuścił również drugą sprawę jako arbitrażowe postępowanie grupowe. Po rozpatrzeniu spraw arbiter przyznał obydwu grupom powodów łącznie 19 milionów dolarów odszkodowania. Na skutek apelacji Green Tree sprawy trafiły do Sądu Najwyższego Południowej Karoliny<sup>29</sup>, który je połączył i utrzymał w mocy orzeczenia arbitrażowe, nie znajdując ani we wzorcach umownych, ani w amerykańskim federalnym prawie arbitrażowym (ang. Federal Arbitration Act, FAA)<sup>30</sup> uzasadnienia przeciwko procedurze grupowej w arbitrażu.

29. Jak wskazano powyżej, w ramach tej jurysdykcji prowadzone były postępowania.

30. Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 1 et seq. (1925).

### Forum właściwe dla rozstrzygnięcia kwestii dopuszczalności trybu grupowego wg Bazzle

Green Tree wniosła kolejną apelację do Sądu Najwyższego USA, który przyjął sprawę do rozpatrzenia i uchylił orzeczenie Sądu Najwyższego Południowej Karoliny. Kwestią wstępną (ang. threshold question) rozstrzygnięcia w postępowaniu federalnym było następujące pytanie: czy umowy pomiędzy instytucją finansową a konsumentami zakazywały postępowań grupowych? Green Tree argumentowała, że sporne umowy zakazywały grupowych postępowań arbitrażowych, ponieważ zgodnie z ich brzmieniem poddawały pod arbitraż „wszystkie spory między [Green Tree] a poszczególnymi [użytkownikami]”, którzy podpisali klauzulę arbitrażową. Jak wskazano powyżej, Green Tree argumentowała, że klauzule arbitrażowe – milcząc w kwestii dostępności arbitrażu grupowego – de facto wyłączały możliwość rozwiązywania sporu w trybie grupowym. Sąd stanowy Południowej Karoliny, do którego powództwo na początku sprawy wnieśli konsumenci, nie podzielił tej argumentacji. Uznając te umowy za milczące w kwestii dopuszczalności arbitrażu grupowego, doszedł do wniosku, że w pośredni sposób dopuszczały ten tryb rozwiązywania sporu.

Sąd Najwyższy USA nie odniósł się do trafności lub nietrafności interpretacji klauzuli arbitrażowej, lecz stwierdził, że sąd stanowy Południowej Karoliny popełnił błąd, angażując się w interpretację umów zakwestionowanych przez Bazzle oraz Lackey. Biorąc pod uwagę dotychczasową praktykę w USA polegającą na przekazywaniu arbitrom kwestii interpretacji klauzul arbitrażowych, Sąd Najwyższy USA

uznał, że spór odnoszący się do zakresu przedmiotowego klauzuli arbitrażowej wykorzystywanej przez Green Tree, tzn. jaki tryb postępowania ta klauzula przewiduje, a jaki wyłącza, należy do arbitra. Ponieważ w tej sprawie istniał rzeczywisty spór odnoszący się do znaczenia umowy i intencji stron w zakresie dopuszczalności grupowej procedury arbitrażowej, Sąd Najwyższy USA przyjął, że wątpliwości dotyczące zakresu przedmiotowego klauzuli powinny być rozstrzygnięte przez arbitra, a nie przez sąd powszechny. Wydaje się, że motywacja Sądu Najwyższego USA była następująca. Sąd nie był pewny, czy w sprawach Bazzle i Lackey arbiter dokonał niezależnej oceny treści klauzuli arbitrażowej, czy też kierował się wcześniejszą decyzją sądu powszechnego, który zinterpretował treść umowy jako dopuszczającą procedurę grupową jeszcze przed odesłaniem sporu do arbitrażu<sup>31</sup>. W związku z tym Sąd Najwyższy USA stwierdził, że sprawa powinna być odesłana z powrotem do arbitra w celu dokonania przez niego de novo interpretacji spornej klauzuli arbitrażowej.

### Niejednorodna interpretacja milczenia w klauzulach arbitrażowych

Jeżeli klauzula arbitrażowa nie zawiera żadnego postanowienia dotyczącego grupowego postępowania arbitrażowego, milczenie w tym zakresie można interpretować na dwa sposoby. Zgodnie z pierwszym modelem interpretacji, milczenie oznacza, że tryb grupowy w danym postępowaniu arbitrażowym nie jest zakazany. Innymi słowy, milczenie oznacza zgodę na

31. Philip Allen Lacovara, Class Action Arbitrations – the Challenge for the Business Community, 24 Arbitration International 541, 542 (2008).

arbitraż grupowy. Natomiast zwolennicy drugiego modelu interpretacji argumentują, że treść pozostałych części umowy wskazująca na indywidualne relacje podmiotu pozwanego z powodem odzwierciedla to, że strony chciały, aby klauzula arbitrażowa była również ograniczona do rozwiązywania sporów indywidualnych. Taka strategia interpretacyjna opiera się na założeniu, że jeżeli umowa zawierająca klauzulę arbitrażową reguluje relację między pozwanym a poszczególnymi powodami, reguluje ona również tryb, w jaki ich spór ma być rozstrzygnięty. Zarówno orzecznictwo amerykańskich sądów powszechnych, jak i trybunałów arbitrażowych nie jest zgodne co do tego, który model interpretacji jest właściwy<sup>32</sup>.

W efekcie do czasu wydania w 2010 r. orzeczenia w sprawie Stolt-Nielsen<sup>33</sup> – w którym Sąd Najwyższy USA orzekł, że klauzulę arbitrażową, która milczy w kwestii arbitrażu grupowego należy interpretować jako wyłączającą ten tryb rozwiązywania sporu – sądy powszechne oraz trybunały arbitrażowe w USA interpretowały milczenie klauzul arbitrażowych w zakresie grupowego postępowania arbitrażowego niejednorodnie.

32. Zob. więcej na ten temat Jan-Krzysztof Dunin-Wąsowicz, Collective Redress in International Arbitration: An American Idea, a European Concept? 22 American Review of International Arbitration 285 (2011).

33. Stolt-Nielsen, op. cit., przypis 22. Podobnie jak w Bazzle, osiã tej sprawy było pytanie, czy klauzula arbitrażowa, która milczy w kwestii arbitrażu grupowego, dopuszcza ten tryb rozwiązywania sporów. Jak wskazano powyżej, w Bazzle Sąd Najwyższy USA stwierdził, że decyzja odnośnie dopuszczalności trybu grupowego przez milczącą w tym zakresie klauzulę arbitrażową należy do trybunału arbitrażowego. W sprawie Stolt-Nielsen Sąd Najwyższy USA zmienił jednak zdanie, orzekając (1) że sąd powszechny może ocenić, w ramach postępowania o uchylenie wyroku arbitrażowego, czy klauzula arbitrażowa przewidywała postępowanie grupowe oraz (2) że klauzulę arbitrażową, która milczy w kwestii arbitrażu grupowego należy interpretować jako wyłączającą ten tryb rozwiązywania sporu.



W celu uniknięcia wskazanych wyżej problemów, rozwinęła się praktyka umieszczania w klauzuli arbitrażowej postanowienia, w którym strony zrzekają się prawa do dochodzenia roszczeń w trybie grupowym (ang. class treatment waiver). Jest to dodatkowe postanowienie, które bezpośrednio i jednoznacznie zakazuje procedur grupowych. Postanowienie zawierające zrzeczenie się ma w swoim zamiśle obejmować zarówno grupowe postępowania sądowe (ang. class action waiver), jak i arbitraż grupowy (ang. class arbitration waiver).

#### **Sądowa reakcja na postanowienia, w których strona zrzeka się prawa do grupowego dochodzenia roszczeń**

Sądy powszechne stanęły przed trudnym zadaniem oceny zawartych w klauzulach arbitrażowych postanowień, w których strona zrzeka się prawa do grupowego dochodzenia roszczeń. Odpowiedź na pytanie, jak je traktować nie jest łatwa z uwagi na fundamentalne znaczenie prawa do grupowego dochodzenia roszczeń w systemie amerykańskim. Grupowe postępowania sądowe nie mają na celu jedynie dochodzenia odszkodowania, lecz są też instrumentem, który – z uwagi na istniejący w systemie common law system precedensowy – prowadzi do zmiany prawa<sup>34</sup>.

Jak zostało przedstawione powyżej, arbitraż grupowy stanowi relatywnie nową praktykę rozwiązywania sporów. Stanowisko sądów powszechnych wobec arbitrażu grupowego wciąż ewoluuje. Z jednej strony sądy, które podtrzymują ważność postanowień zrzekających się do dochodzenia roszczeń w trybie grupowym

34. Mechanizm ten nazywany jest regulacją poprzez postępowania sądowe (ang. regulation through litigation), zob. np. W. Kip Viscusi (red.), *Regulation through Litigation* (2002).

uważają, że charakter konsensualny arbitrażu oznacza, że strony umowy o arbitraż mogą ograniczyć zakres postępowania arbitrażowego w taki sposób, że wyłączą możliwość dochodzenia roszczeń grupowych<sup>35</sup>. Z drugiej strony, składy orzekające, które kwestionują ważność zrzeczenia się prawa do grupowego dochodzenia roszczeń, postrzegają te postanowienia jako przejaw nieuczciwości (ang. unconscionability). Nieuczciwość, zgodnie z tym poglądem, polega na tym, że jednostronnie narzuca się wymóg poddania pod arbitraż indywidualny nawet drobnych sporów, przez co praktycznie – z uwagi na to, że koszt postępowania arbitrażowego wielokrotnie przewyższa wartość sporu – uniemożliwia się dochodzenie dużej ilości roszczeń<sup>36</sup>.

Większość umów konsumenckich w USA dotyczących, np. usług finansowych, telekomunikacyjnych lub korzystania z telewizji kablowej zawieranych w formie wzorców umownych zawiera klauzule wyłączające mechanizm grupowego dochodzenia roszczeń. Jeżeli suma, którą poszczególne subskrybent usługi został obciążony niezgodnie z umową jest niska – jak np. 10 dolarów – trudno oczekiwać, że będzie on dochodził roszczenia w trybie indywidualnym. Jeśli jednak poszczególne subskrybenci zostaliby połączeni w grupę to mogłoby się okazać, że zbiorcza suma ich roszczeń może wynosić nawet 39.000 dolarów. Taka wartość przedmiotu sporu, przewyższając koszty postępowania, w oczywisty sposób uzasadniałaby rozpoczęcie postępowania<sup>37</sup>.

35. Philip Allen Lacovara, op. cit., przypis 31, 550.

36. Ibidem.

37. Tak wyglądała wartość poszczególnych roszczeń oraz ich zbiorcza suma w sprawie Dale v. Comcast Corp., 498 F.3d 1216 (11th Cir. 2007). Sąd uznał za nieważną klauzulę w umowie o dostarczanie usługi telewizji kablowej, która jednocześnie wymagała arbitrażu oraz zakazywała procedur grupowych; zob. Philip Allen Lacovara, op. cit., przypis 31, 551

Decyzja dotycząca tego, czy z faktu, że powód nie jest w stanie dochodzić roszczenia w trybie grupowym należy wnosić, że – z uwagi na koszty postępowania indywidualnego – nie będzie on mógł danego roszczenia dochodzić w ogóle zależy od dostarczonego przez powoda materiału dowodowego. Dlatego też wszystko zależy od tego, czy powód w wystarczający sposób udowodnił, że koszty które musiałby ponieść w przypadku indywidualnego dochodzenia roszczenia mają charakter „prohibicyjny”, tzn. czy są nieproporcjonalnie wysokie w porównaniu do wartości poniesionej szkody lub dochodzonego roszczenia<sup>38</sup>.

Warto w tym miejscu wspomnieć argumentację sędziego Reinhardt'a w sprawie Shroyer v. New Cingular Wireless Servicess, Inc.<sup>39</sup>, który podkreślił „pro-arbitrażowe” ratio legis FAA. Zgodnie z ustalonym poglądem, celem FAA jest promowanie praktyki korzystania z arbitrażu<sup>40</sup>. Zdaniem sędziego Reinhardt'a uznanie, że arbitraż grupowy stoi w sprzeczności z FAA w rezultacie naruszyłoby podstawowy cel FAA, czyli promocję korzystania z arbitrażu, ponieważ wskutek takiej interpretacji mniejsza liczba konsumentów korzystałaby z tego trybu rozwiązywania sporów<sup>41</sup>. Z drugiej strony, niektóre sądy stanowe uważają, że z uwagi na wyraźną federalną politykę „pro-arbitrażową” i jednoczesny brak podobnej polityki mającej na celu promocję grupowego dochodzenia roszczeń, umowne wyłączenia

38. Zob. np. sprawa ze stanu Maryland Doyle v. Finance America, LLC., 918 A.2d 1266 (Md. Ct. Spec. App. 2007).

39. Shroyer v. New Cingular Wireless Servicess, Inc., 498 F.3d 976 (9th Cir. No. 06-55694).

40. Zob. np. George A. Bermann, *Transnational Litigation in a Nutshell* 369 (2003).

41. Zob. Philip Allen Lacovara, op. cit., przypis 31, 553.

grupowego dochodzenia roszczeń nie są ani nieuczciwe (ang. unconscionable), ani niezgodne z prawem<sup>42</sup>.

Drugi powód, dla którego sądy uznają postanowienie zrzekające się prawa do postępowania grupowego za nieważne ma charakter normatywny i wynika z polityki prawa danego stanu. Wiele stanów reguluje pewne zagadnienia, takie jak np. stosunki pracy, za pomocą ustaw, nie pozostawiając tego jedynie rozstrzygnięciom sądowym (common law). Wówczas uznaje się, że strona nie może zrzec się w trybie umowy np. prawa do dochodzenia wynagrodzenia za przepracowane nadgodziny, ponieważ kwestia ta jest regulowana ustawowo. W takiej sytuacji klauzula arbitrażowa w umowie o pracę, która zobowiązuje pracownika do dochodzenia roszczeń jedynie w trybie arbitrażu indywidualnego będzie najpewniej uchylona, ponieważ uniemożliwia pracownikowi skuteczne dochodzenie przyznanego mu ustawowo prawa. W sprawie Gentry v. Superior Court of Los Angeles County<sup>43</sup>, kalifornijski Sąd Najwyższy orzekł, że postanowienie umowne, które modyfikuje sposób dochodzenia roszczeń wynikających z ustawowo przyznaných praw może zostać unieważnione jako niezgodne z porządkiem publicznym stanu (ang. public policy). Sąd zauważył, że pracownicy mogą rezygnować z dochodzenia swoich roszczeń z obawy przed negatywnymi konsekwencjami ze strony pracodawców lub po prostu z powodu nieznamości swoich praw. Mechanizm grupowego dochodzenia roszczeń aktywizuje powodów, którzy w przeciwnym razie

42. Tak np. Appellate Division w Nowym Jorku w sprawie Ranieri v. Bell Atlantic Mobile, 759 N.Y.S.2d 448 (App. Div. 1st Dep't 2003).

43. Gentry v. Superior Court of Los Angeles County, 42 Cal. 4th 443 (S141502, 30 sierpnia 2007 r.).



prawdopodobnie nie dochodziliby swoich roszczeń indywidualnie<sup>44</sup>.

### Skutek unieważnienia postanowienia zrzekającego zależy od sądu

Zagadnieniem o bardzo dużym znaczeniu praktycznym jest skutek uznania przez sąd zawartego w klauzuli arbitrażowej postanowienia wyłączającego mechanizm grupowego dochodzenia roszczeń za nieważne. Część sądów w USA uważa, że takie postanowienie jest ściśle związane z postanowieniem zobowiązującym do podania sporu pod arbitraż, w związku z czym cała klauzula arbitrażowa powinna być dotknięta sankcją nieważności. W rezultacie powód będzie mógł dochodzić swoich roszczeń w sądzie, również w trybie grupowym. Druga część sądów uważa, że nieważność postanowienia wyłączającego mechanizm grupowy nie skutkuje nieważnością całej klauzuli arbitrażowej a jedynie brakiem możliwości dochodzenia roszczeń w arbitrażu grupowym, w rezultacie czego pozwany zostaje zobowiązany do postępowania w trybie arbitrażu indywidualnego. Ponieważ brak w tym zakresie ustalonego orzecznictwa, w konkretnej sprawie bardzo dużo zależy od brzmienia klauzuli arbitrażowej, która jest przedmiotem sporu<sup>45</sup>.

### Kontrowersje wokół arbitrażu grupowego w USA

Dalszy rozwój arbitrażu grupowego w USA został zachwiany orzeczeniem Sądu Najwyższego USA

w głośnej sprawie AmEx III<sup>46</sup>. W sprawie AmEx III (nazywanej tak z powodu swojej historii proceduralnej) klauzula arbitrażowa w umowach między wystawcą kart kredytowych (American Express) a przedsiębiorcami zawierała postanowienie, zgodnie z którym przedsiębiorcy zrzekli się prawa do dochodzenia roszczeń w trybie arbitrażu grupowego. Przedsiębiorcy wszczęli postępowanie grupowe w sądzie powszechnym w Nowym Jorku, zarzucając naruszenie przez American Express prawa konkurencji. W odpowiedzi American Express wystąpiła o wszczęcie indywidualnego postępowania arbitrażowego. Sąd I instancji przyznał rację American Express. Sąd apelacyjny uchylił jednak orzeczenie kierujące strony do arbitrażu indywidualnego, stwierdzając że koszt indywidualnego postępowania arbitrażowego przekroczyłby wartość ewentualnego odszkodowania.

Sprawa trafiła do Sądu Najwyższego USA, który uchylił wyrok sądu apelacyjnego jako niezgodny z FAA, stwierdzając że zrzeczenie się prawa do postępowania w trybie grupowym jest ważne i w pełni skuteczne. Występujący po stronie powodowej przedsiębiorcy argumentowali, że w tej sprawie ma zastosowanie teoria skutecznego dochodzenia praw przyznanych ustawowo (ang. effective vindication of statutory rights), pełniąca funkcję wyjątku od FAA. Zgodnie z tą teorią, przedmiotowa klauzula arbitrażowa byłaby nieważna jako uniemożliwiająca przedsiębiorcom dochodzenie praw przyznanych im przez prawo konkurencji (Sherman Act)<sup>47</sup>. Udowodnienie naruszenia prawa konkurencji przez American Express wymagałoby przygotowania przez powodów skomplikowanej ekspertyzy ekonomicznej,

której koszt przekraczałby wartość odszkodowania uzyskanego przez indywidualnego przedsiębiorcę. W efekcie dochodzenie roszczeń z tytułu naruszenia prawa konkurencji byłoby praktycznie możliwe wyłącznie w przypadku połączenia nakładów przez powodów – w tej sprawie w formie arbitrażu grupowego.

Sąd Najwyższy USA odrzucił ten argument. Orzeczenie zostało przyjęte większością głosów 5 do 3<sup>48</sup>. Autor opinii większościowej, sędzia Antonin Scalia, stwierdził że teoria skutecznego dochodzenia praw przyznanych ustawowo mogłaby mieć zastosowanie jedynie do opłat rejestracyjnych związanych z postępowaniem arbitrażowym, jeżeli ich wysokość uniemożliwiłaby dostęp do tego forum rozstrzygania sporów. Sytuacja taka, zdaniem Scalii, nie miała miejsca w tej sprawie. W opinii sędziego to, że dowiedzenie naruszenia prawa nie jest opłacalne nie eliminuje samego prawa do dochodzenia odszkodowania.

W praktyce sędzia Scalia podtrzymał ważność wcześniejszego orzeczenia w sprawie AT&T v. Concepcion z 2011 r.<sup>49</sup>, w którym Sąd Najwyższy USA uznał za zgodne z prawem zrzeczenie się przez konsumenta prawa do dochodzenia w trybie grupowym roszczeń z tytułu naruszenia umowy dotyczącej usługi telekomunikacyjnej.

Sprawa AmEx III przyciągnęła sporo uwagi, ponieważ zawierała nie spotykany do tej pory element. Kwestia sporu nie dotyczyła jedynie praw umownych, lecz praw przyznanych

ustawowo (ang. statutory rights), co w systemie amerykańskim ma duże znaczenie, głównie z punktu widzenia intensywności i sposobu ochrony danego uprawnienia. Decyzja Sądu Najwyższego USA oznacza, że to, czy umowne zrzeczenie się dochodzenia praw w drodze postępowania grupowego (arbitrażowego lub sądowego) dotyczy uprawnień przyznanych ustawowo, czy też w inny sposób (na podstawie common law), nie ma znaczenia dla oceny zgodności tego umownego postanowienia z prawem. Krótko mówiąc, umieszczenie w klauzuli arbitrażowej postanowienia dotyczącego zrzeczenia się prawa do grupowego dochodzenia roszczeń jest skuteczne nawet wtedy, jeśli pozbawia drugą stronę faktycznej możliwości dochodzenia roszczenia przyznanego ustawowo. Strona jest faktycznie pozbawiona możliwości dochodzenia roszczenia, ponieważ koszt postępowania znacznie przewyższa wartość dochodzonego roszczenia. Uderza to w samo sedno Reguły 23 Federalnych Reguł Procedury Cywilnej, która w USA reguluje instytucję pozwu grupowego (class action).

Nie wszyscy sędziowie Sądu Najwyższego USA podzielają wizję postępowania arbitrażowego sędziego Scalii, zgodnie z którą procedur grupowych nie można pogodzić z „indywidualistycznym” charakterem arbitrażu. Będąca w mniejszości sędzia Elena Kagan przygotowała wyraziste votum separatum. Zdaniem Kagan, sprawa AmEx III „w pigułce” wygląda następująco. Właściciel małej restauracji (Italian Colors) chciał zakwestionować umowę z American Express po tym, gdy stwierdził, że American Express wykorzystwała swoją pozycję monopolistyczną, faktycznie zmuszając przedsiębiorców podobnych do Italian Colors do zaakceptowania wzorca umownego, który w swojej treści

44. Zob. więcej Philip Allen Lacovara, op. cit., przypis 31, 552.

45. Zob. Hans Smit, Class Actions and their Waiver in Arbitration, 15 American Review of International Arbitration 199 (2004).

46. Am. Express, op. cit., przypis 23.

47. 15 U.S.C. §§ 1 et seq. (1890).

48. Taki rozkład głosów (w Sądzie Najwyższym pracuje 9 sędziów) jest spowodowany tym, że sędzia Sonia Sotomayor wyłączyła się ze składu orzekającego.

49. AT&T Mobility LLC v. Concepcion (131 S. Ct. 1740).

naruszał prawo antymonopolowe (nakładając obowiązek wiązania produktu). Właściciel Italian Colors nie mógł jednak tego zrobić, ponieważ klauzula arbitrażowa zawarta w podpisanym wzorcu umownym pozbawiła go prawa dochodzenia w trybie grupowym roszczeń z umowy. Klauzula arbitrażowa przewidywała zrzeczenie się prawa do dochodzenia roszczeń w trybie grupowym, zarówno przed trybunałem arbitrażowym, jak i w sądzie powszechnym. Sędzia Kagan stwierdziła, że jeśli uznamy taką klauzulę za skuteczną, pozwanie American Express nie będzie możliwe, nawet jeśli faktycznie firma ta złamała prawo. Innymi słowy, monopolista będzie mógł nadużywać swojej monopolistycznej pozycji poprzez narzucanie wzorców umownych pozbawiających kontrahentów możliwości dochodzenia roszczeń.

### Zakończenie

„Arbitraż grupowy” brzmi jak oksymoron. Tradycyjnie arbitraż uważany jest za procedurę służącą do efektywnego rozwiązywania indywidualnych sporów, natomiast pozwy grupowe przywodzą na myśl długotrwałe postępowania, które w skomplikowany sposób łączą setki lub tysiące pojedynczych roszczeń do wspólnego rozpatrzenia. Jednak pomimo tych pozornie sprzecznych cech, arbitraż grupowy stał się szeroko wykorzystywanym w praktyce mechanizmem rozwiązywania sporów w USA.

Orzeczenie w sprawie AmEx III rodzi wątpliwości co do przyszłości arbitrażu grupowego w USA. Tryb ten jednak zaczyna być stosowany również w innych jurysdykcjach oraz na poziomie międzynarodowym. Jak wskazano powyżej również Komisja Europejska dostrzega znaczenie „konsensualnych” mechanizmów

grupowego rozstrzygnięcia sporów, w tym arbitrażu i mediacji. Zdaniem Komisji mechanizmy te uzupełniają system sądowy i często pozwalają stronom na szybsze i mniej kosztowne rozstrzygnięcie sporu<sup>50</sup>.

Dotychczasowa praktyka amerykańska wskazuje, że połączenie pozwu grupowego i arbitrażu rodzi wiele pytań, które wymagają analizy. Są to często zagadnienia techniczne, jednak o potencjalnie zasadniczym znaczeniu dla rozstrzygnięcia danej sprawy. Pierwsze zagadnienie, na które wskazano w tym opracowaniu dotyczy pytania kto – arbiter, czy sędzia – powinien być uprawniony do podejmowania decyzji, czy klauzula arbitrażowa zezwala na grupowe postępowanie arbitrażowe. Kolejna kwestia, to pytanie o to, czy milczenie klauzuli arbitrażowej w sprawie arbitrażu grupowego powinno być uznane za dopuszczające, czy też wyłączające arbitraż grupowy. Jak wskazano, sądy amerykańskie są tutaj podzielone. Jednym z najistotniejszych pytań – leżącym u zarania sprawy AmEx III – jest kwestia, czy konsensualność arbitrażu powinna oznaczać możliwość umownego zrzeczenia się uprawnień do dochodzenia roszczeń w postępowaniu grupowym z tytułu praw podmiotowych wynikających z ustawy. Jest to pytanie, czy w sytuacji, w której zrzeczenie się prawa do grupowego dochodzenia roszczeń oznacza faktyczną niemożność dochodzenia istotnych praw podmiotowych – z uwagi na nieproporcjonalnie wysokie koszty postępowania indywidualnego – nie należałoby interpretować takiego postanowienia umownego jako ograniczenia prawa do sądu, ujmowanego jako fundamentalne uprawnienie jednostki.

<sup>50</sup> Zob. wyżej tekst przy przypisach 10-14.

## Zdatność arbitrażowa<sup>1</sup> sporów wynikających ze stosunków pomiędzy bankami a ich klientami indywidualnymi (konsumentami) w wybranych jurysdykcjach

■ Justyna Szczekala-Liharewska

LL.M. in International Dispute Settlement (MIDS), University of Geneva and the Graduate Institute of International and Development Studies, Magister Prawa UKSW

### Wprowadzenie

Spory sektora finansowego i bankowego a szczególnie te dotyczące banków i ich klientów indywidualnych wymagają szczególnej uwagi w nadchodzących latach i ważnym jest, aby poruszyć w tym zakresie istotne zagadnienia, w których arbitraż wydaje się być możliwy lub też nie. W tym kontekście pojęcie zdatności arbitrażowej jest decydujące ponieważ wprowadza znaczące ograniczenia, co do możliwości rozstrzygnięcia sporu przed sądem polubownym. Obostrzenia wynikające z klauzul porządku publicznego są określane przez każde państwo z osobna i z reguły odwołują się do ich własnej polityki gospodarczej i społecznej. Zatem pojęcie zdatności arbitrażowej jest względne w tym kontekście, iż jej zakres może się różnić w poszczególnych porządkach prawnych. Przedmiotem poniższej analizy będzie omówienie tych norm prawnych, które dopuszczają lub uniemożliwiają rozstrzygnięcie sporów

1. Autorka odnosi się do instytucji arbitrażowości (ang.),

pomiędzy konsumentami a instytucjami finansowymi w drodze arbitrażu. Artykuł podda analizie ograniczenia wynikające z obowiązujących norm prawnych stosowanych przez trzy specyficzne systemy prawne, t. j. : Unię Europejską, Szwajcarię oraz Stany Zjednoczone.

Bardziej sporne otoczenie rynkowe spowodowane światowym kryzysem finansowym wskazuje, iż instytucje finansowe i bankowe wydają się dzisiaj znacznie częściej doceniać korzyści płynące z arbitrażu. Niemniej jednak, wciąż najistotniejszą kwestią podczas formułowania klauzuli arbitrażowej jest szczegółowa analiza zasad porządku publicznego, jak i norm bezwzględnie obowiązujących pozwalająca poddać spór pod rozstrzygnięcie sądu polubownego w danej jurysdykcji. Stanowi to zawsze fundamentalną kwestię do rozstrzygnięcia.

Sądy w każdym kraju zwykle starają się zrównoważyć interes publiczny, z jednej strony zastrzegając prawa publiczne, dotyczące



np. praw człowieka czy też prawa karnego dla wyłącznej kompetencji sądów krajowych a z drugiej strony zachęcając do rozstrzygnięcia sporów w sprawach handlowych za pośrednictwem sądów polubownych. W konsekwencji brak zdatności arbitrażowej w jednej jurysdykcji wcale nie musi oznaczać, że spór nie jest możliwy do rozstrzygnięcia w innej jurysdykcji.

Zdatność arbitrażowa czasami odnosi się do jej podmiotowego zakresu (zdatność arbitrażowa *ratione personae*), które obejmuje zdolność osoby lub innego podmiotu, do zawarcia umowy arbitrażowej. Z kolei, przedmiotowy zakres zdatności arbitrażowej (zdatność arbitrażowa *ratione materiae*) odnosi się do przedmiotu sporu, który może być kwestią postępowania arbitrażowego w danym kraju<sup>2</sup>. Wobec tego, zdatność arbitrażowa nakreśla granicę między tymi sporami, które mogą być rozstrzygane na drodze arbitrażu a tymi, które należą do wyłącznej domeny sądów<sup>3</sup>. W odniesieniu do sporów konsumenckich, takich jak te omawiane w sprawach finansowych, co z zasady posiadają one zdatność arbitrażową<sup>4</sup>. Niemniej jednak, są one zawsze przedmiotem analizy w ramach obowiązujących wymogów i ograniczeń określonych przez Unię Europejską (UE) lub normy krajowe.

2. Alain Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby i Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, Londyn, Fourth Edition 2004, p. 137.

3. Bernard Hanotiau, *Arbitrability of Financial Disputes in Gabrielle Kaufmann-Kohler and Viviane Fossard (ed.), Arbitration in Banking and Financial Matters, ASA Special Series No.2 2003*, s. 34.

4. Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration*, 2005, 693 *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution Liber Amicorum in honour of Robert Briner* ICC Publishing 437, s. 444.

### Podjęcie Unii Europejskiej do sporów konsumenckich z bankami i instytucjami finansowymi

W Unii Europejskiej wiele przepisów ogranicza lub zakazuje rozwiązywania niektórych sporów przed sądem polubownym w sytuacji gdy jedna ze stron stosunku prawnego jest z założenia słabsza (konsument).

Nie ma wątpliwości, że umowy zawierane po wystąpieniu sporu (*post dispute arbitration agreements* [ang.] lub *compromis* [fr.]) uznaje się za ważne i możliwe do rozstrzygnięcia przez sąd polubowny<sup>5</sup>. Problem istnieje w stosunku do tych umów, które są zawierane przed wystąpieniem sporu (*pre-dispute arbitration agreements* [ang.]) i które stanowią absolutną większość. Zatem, jeżeli konsument zawiera umowę w ramach szeroko rozumianych stosunków gospodarczych, okazuje się najczęściej, że jedyny wybór jaki ma, to zaakceptować również klauzulę arbitrażową będącą częścią tej umowy. W związku z tym powstaje pytanie, czy taki narzucony wybór jest ważny?

Z tego powodu, arbitraż z udziałem konsumentów napotyka istotne ograniczenia zawarte w europejskich przepisach unijnych, które zakazują do pewnego stopnia wprowadzanie do umów z konsumentami klauzul arbitrażowych (*pre-dispute arbitration agreements*).

W Unii Europejskiej, Dyrektywa Rady nr 93/13 w Sprawie Nieuczciwych Warunków

5. Gabrielle Kaufmann-Kohler i Thomas Schultz, *Online Dispute Resolution, Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer Law International, Haga 2004, s. 173.

w Umowach Konsumenckich<sup>6</sup> stwierdza, że nieuczciwe klauzule w umowach konsumenckich nie wiążą konsumenta. Dyrektywa, sama w sobie, nie zabrania arbitrażu jako takiego, lecz tylko zakazuje niektórych klauzul arbitrażowych używanych w szczególnych okolicznościach i odnosi się wyłącznie do umów zawieranych przed powstaniem sporu<sup>7</sup>. Jak określa to art. 3 (1) Dyrektywy:

„Warunki umowy, które nie były indywidualnie negocjowane, mogą być uznane za nieuczciwe, jeśli stoją w sprzeczności z wymogami dobrej wiary, powodują znaczącą nierównowagę wynikających z umowy, praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta.”

Toteż pojęcie „dobrej wiary” zapobiega znacznej nierównowadze między prawami i obowiązkami konsumentów, jednak nie oznacza to, że wszystkie standardowe warunki są automatycznie klasyfikowane jako niesprawiedliwe. Bliższych wytycznych w tym zakresie dostarcza nam art. 1 (q) Załącznika do Dyrektywy, który zawiera orientacyjny i niewyczerpujący wykaz warunków niesprawiedliwych:

„Wyłączenie lub ograniczenie prawa konsumenta do wystąpienia z powództwem lub skorzystania z innego środka zabezpieczającego, zwłaszcza zaś zobowiązanie konsumenta do poddania sporów wyłącznie pod arbitraż nieobjęty przepisami prawa ... .”

6. Dyrektywa Rady nr 93/13 z 15 kwietnia 1993 w Sprawie Nieuczciwych Warunków w Umowach Konsumenckich.

7. Jean Francois Poudret, Sebastien Besson, Stephen Birt i Annette Ponti, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2007, s. 314.

Chociaż wyżej wymieniony warunek zakłada niemożność stosowania klauzul arbitrażowych w umowach zawieranych przed wystąpieniem sporu, to odnosi się on do punktu (i) omawianego Załącznika i dotyczy klauzul, które „nieodwołalnie związują konsumenta warunkami, z którymi nie miał realnej możliwości zapoznania się wcześniej przed zawarciem umowy”, czyli warunków ukrytych. Stąd, kluczowym wydaje się ustalenie, iż zgoda na rozwiązanie sporu w drodze arbitrażu nie jest wadliwa i konsument z pełną świadomością i konsekwencjami poddał się takiej formie rozwiązania sporu. Wtedy konsument powinien być nią związany<sup>8</sup>.

Dodatkowo, Artykuł 4 (1) Dyrektywy stanowi, że:

„Nieuczciwy charakter warunków umowy jest określany z uwzględnieniem charakteru towarów lub usług, których umowa dotyczy i w odniesieniu do wszystkich okoliczności towarzyszących zawarciu umowy, jak i do innych warunków tej umowy lub innej umowy, od której ta jest zależna.”<sup>9</sup>

Chociaż art. 1 (q) Załącznika zakłada, że klauzule arbitrażowe wprowadzają w pewnych okolicznościach nieuczciwe warunki umowne i w konsekwencji nie wiążą konsumentów zgodnie z art 6 (1)<sup>10</sup> Dyrektywy, to wciąż można

8. Susan Schiavetta, *Does the Internet Occasion New Directions in Consumer Arbitration in the EU?*, 2004, 3 *Journal of Information Law and Technology*, para 2.1.

9. wskazany artykuł został przetłumaczony przez autora z angielskiej wersji proceduralnej Dyrektywy.

10. Artykuł 6(1): „Państwa Członkowskie stanowią, że na mocy prawa krajowego nieuczciwe warunki w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami nie będą wiążące dla konsumenta, a umowa w pozostałej części będzie nadal obowiązywała strony, jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków „.



polemizować z tym stwierdzeniem używając argumentu, że klauzula nie stanowi nieuczciwego warunku umownego ponieważ okoliczności towarzyszące zawarciu umowy pozwały ją indywidualnie negocjować.

W sprawie *Oceano v. Rocio Murciano Quintero*, Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) zastosował powyższe przepisy do klauzuli wyboru sądów różnych jurysdykcji i stwierdził, że:

„... w sytuacji, w której klauzula wyboru jurysdykcji rozstrzygającej przedmiotowy spór nie była indywidualnie negocjowana w ramach umowy między konsumentem a sprzedawcą lub dostawcą [...] a która nadaje wyłączną jurysdykcję sądu w której sprzedawca lub dostawca ma swoje główne miejsce prowadzenia działalności, musi być uznana za nieuczciwą w rozumieniu art. 3 Dyrektywy w zakresie, w jakim powoduje, wbrew zasadzie dobrej wiary, znaczącą nierównowagę praw i obowiązków stron wynikających z umowy, na niekorzyść konsumentów.”<sup>11</sup>

Choć sprawa *Oceano* dotyczyła klauzuli wyboru sądów różnych jurysdykcji, nie ma powodu, by nie stosować jej do klauzul arbitrażowych w sporach konsumentów z bankami i instytucjami finansowymi.

W sprawie *Freiburger Kommunalbauten*<sup>12</sup>, ETS wyraził pogląd, że sporna klauzula dała

11. Europejski Trybunał Sprawiedliwości, *Oceano Grupo Editorial SA and Salvat Editores SA v. Rocio Maurciano Quintero*, 27 Czerwca 2000, Sprawy C-240/98 to C-244/98, [2000] ECR I 4941.

12. Europejski Trybunał Sprawiedliwości, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG v Ludger and Ulrike Hofstetter*, 1 Kwietnia 2004, Sprawa C-237/02, [2004] ECR I 3403.

podstawę do niekorzystnej sytuacji, szkodliwej dla konsumentów. Jednakże zasadniczym problemem, którym zajmował się trybunał była kwestia, iż rozważania te powinny być poddane pod rozstrzygnięcie sądu krajowego, a nie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W kolejnej sprawie, jaką jest sprawa *Claro*<sup>13</sup>, ETS generalnie podąża linią przyjętą w sprawie *Oceano*, jak i *Freiburger Kommunalbauten* i podkreśla, że „konsument jest stroną słabszą w stosunku do sprzedawcy lub dostawcy, zarówno jeśli chodzi o jego siłę przetargową, jak i jego poziom wiedzy” i „taki brak równowagi pomiędzy konsumentem a sprzedawcą lub dostawcą może być naprawiony poprzez pozytywne działania nie związane ze stronami umowy”<sup>14</sup>.

Powyższe decyzje pokazują, że choć system ochrony konsumentów w tym przypadku jest wprowadzony przez Dyrektywę, to w istocie, sąd krajowy ustala z urzędu, czy dane postanowienie umowne można uznać za nieuczciwe<sup>15</sup>. Biorąc pod uwagę obowiązkowy charakter dyrektywy, ETS nie może oceniać i analizować każdego nieuczciwego postanowienia umownego, od kiedy to zadanie powierzono sądom krajowym.

Dotychczas stosunkowo niewielka część orzecznictwa zajmowała się wykładnią Dyrektywy, co może sugerować, że nie wniosła ona istotnych zmian do prawa umów państw członkowskich. Niemniej jednak, dyrektywa została wdrożona przez członków UE, choć

13. Europejski Trybunał Sprawiedliwości, *Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Movil Milenium*, 26 Października 2006, Sprawa C-168/05, [2006] ECR I 10421.

14. *Ibidem*, para 25.

15. *Ibidem*, para 27.

w różnym zakresie. Dla porównania, w Polsce, art. 385<sup>3</sup> pkt 1 (23) Kodeksu cywilnego<sup>16</sup> traktuje klauzule arbitrażowe jako klauzule abuzywne, nie wiążące konsumenta. Dotyczy to zarówno postępowań arbitrażowych prowadzonych w Polsce, jak i za granicą.

Francja przyjęła podejście, w którym klauzule arbitrażowe w umowach zawieranych z konsumentami przed pojawieniem się sporu są nieważne w arbitrażu krajowym<sup>17</sup>. Jak zostało podkreślone przez francuski sąd kasacyjny w sprawach *Meglio v. V2000* i *Renault v. V2000*<sup>18</sup>, klauzule arbitrażowe w międzynarodowych kontraktach z konsumentami są ważne ponieważ francuskie prawo ochrony konsumentów nie ma zastosowania do międzynarodowych sytuacji i umów. Powyższe decyzje sądu były kwestionowane w tym sensie, że konsumenci zasługują na taką samą ochronę w sytuacjach międzynarodowych, jak i krajowych<sup>19</sup>.

W Wielkiej Brytanii, Rozdział 91(1) English Arbitration Act<sup>20</sup> rozszerza zakres stosowania Dyrektywy określając niesprawiedliwe postanowienie umowne dotyczące arbitrażu (istniejące i przyszłe spory) jako to, które „odnosi się do roszczenia majątkowego nie przekracza-

16. Kodeks Cywilny, Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93. z 23 Kwietnia 1964.

17. Artykuł 2061 The French Civil Code pozwala jedynie na umowy o arbitraż w kontekście działalności przedsiębiorstw, co automatycznie wyklucza konsumentów.

18. Cass. civ. 1re, 21 May 1997, *Meglio v. V2000*, Rev. cri. dr. internat. privé 1998.87; Cass. civ. 1re, 21 Maja 1997, *Renault v. V2000*, Rev. arb. 1997, 1997.537.

19. Gabrielle Kaufmann-Kohler i Thomas Schultz, *Online Dispute Resolution, Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer Law International, Haga 2004, s. 177.

20. The English Arbitration Act 1996.

jącego kwoty określonej przez przepisy wykonawcze do niniejszego rozdziału”. Przepisy te<sup>21</sup> ustalają limit na poziomie 5000 £. Zatem, w Wielkiej Brytanii, klauzula arbitrażowa w umowie zawartej z konsumentem jest uważana za nieuczciwą i w związku z tym nieskuteczną, jeżeli roszczenie nie przekracza ustalonego limitu.

W Szwecji z kolei, *Swedish Arbitration Act*<sup>22</sup> jest znacznie bardziej restrykcyjny. W Rozdziale 6 zakazuje klauzul arbitrażowych (*pre-disputes arbitration agreements*) w umowach dotyczących towarów lub usług dostarczonych w zasadzie do użytku prywatnego.

W Niemczech, Art. 1031(5) ZPO<sup>23</sup>, wymaga specjalnej formy dla klauzul arbitrażowych w umowach konsumenckich. Umowa taka powinna być osobnym dokumentem, w odróżnieniu od umowy głównej i podpisana przez konsumenta osobiście, chyba że cały kontrakt jest poświadczony notarialnie. Ta szczególna forma ma na celu zwrócić uwagę konsumenta na wyrażoną zgodę w stosunku do rozwiązania sporu w postępowaniu arbitrażowym i tym samym zrzeczeniu się prawa do jego rozstrzygnięcia przed sądem państwowym.

21. Order 1999 (SI 1999/2167).

22. The Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116), patrz Rozdział 6: „W przypadku, gdy spór pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem dotyczy towarów, usług lub wszelkich innych produktów dostarczanych głównie na użytek prywatny, zapis na sąd polubowny może nie być brany pod uwagę w przypadku, gdy umowa o zapis na sąd polubowny została zawarta przed pojawieniem się sporu. Jednakże takie umowy mają zastosowanie w odniesieniu do najmu lub dzierżawy związków, gdzie poprzez porozumienia regionalne trybunał zajmujący się sprawami najmu jest mianowany właściwym trybunałem arbitrażowym a przepisy rozdziału 8, rozdział 28 lub rozdział 12, sekcja 66 Kod Estate Real nie stanowią inaczej „.

23. Zivilprozessordnung, 1997.

Dyrektywa Rady nr 93/13 w Sprawie Nieuczciwych Warunków w Umowach Konsumentckich tworzy część europejskiej polityki porządku publicznego, która z jednej strony wzmacnia prawo kontraktowe państw członkowskich a z drugiej strony pogłębia podstawowe prawa konsumentów w stosunkach gospodarczych.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty nie można wykluczyć, że sądy Państw Członkowskich Unii Europejskiej na podstawie przepisów omawianej Dyrektywy mogą uchylić wyrok sądu polubownego stwierdzając, że klauzula arbitrażowa stanowi nieuczciwe postanowienie umowne, a zatem jest nieważna. Jednakże, gdy strony w sposób świadomy i dobrowolny zgodziły się na arbitraż, klauzule arbitrażowe nie powinny być uznane automatycznie za nieegzekwowalne<sup>24</sup>.

### Podejście Szwajcarii do sporów konsumenckich z bankami i instytucjami finansowymi

W Szwajcarii, o ile konsument ma tu miejsce zamieszkania lub stały pobyt, nie może się on z góry zrzec jurysdykcji sądów właściwych dla tego miejsca. Nawet jeżeli warunek ten zakazuje klauzul dotyczących wyboru jurysdykcji dla rozstrzygnięcia sporu, nie wyklucza on umów arbitrażowych per se<sup>25</sup>. W odniesieniu do spraw krajowych „arbitraż może odnosić się do wszelkich praw, którymi strony mogą

24. Julia Hörnle, *Cross-border Internet Dispute Resolution*, Cambridge University Press, Londyn, 2009, s. 183.

25. Laurent Lévy, *Arbitration of Asset Management Disputes w Gabrielle Kaufmann-Kohler i Viviane Fossard (ed.), Arbitration in Banking and Financial Matters, ASA Special Series No.2 2003*, s. 103.

swobodnie dysponować chyba, że należą one do wyłącznej kompetencji państwa z tytułu obowiązujących przepisów prawa”. Zatem ograniczenia te nie są związane z ograniczeniami jurysdykcji terytorialnej, lecz odnoszą się do właściwości rzeczowej (przedmiotowej) danego sporu<sup>26</sup>.

Spory rozstrzygane w drodze arbitrażu międzynarodowego, z kolei są uregulowane w rozdziale 12, Swiss Federal Statute on Private International Law (PILA) i odnoszą się do „wszystkich postępowań arbitrażowych, gdy siedziba trybunału arbitrażowego znajduje się w Szwajcarii i jeżeli w chwili zawarcia umowy, co najmniej jedna ze stron nie miała ani miejsce zamieszkania, ani miejsce stałego pobytu w Szwajcarii”<sup>27</sup>. Zgodnie z art. 177 (1) PILA wszystkie spory odnoszące się do własności mogą być przedmiotem arbitrażu. Niemniej jednak zdatność arbitrażowa sporów międzynarodowych z udziałem konsumentów była kwestionowana i poddana ograniczeniom art. 114 (2) PILA (spoza Rozdziału 12)<sup>28</sup>. Niezależnie od tego argumentu, Rozdział 12 powinien być traktowany jako samodzielny akt prawny, który stanowi odrębny dział prawa zgodny z wymogami międzynarodowymi oraz oczekiwania *lex arbitri* i tym samym powinien być pozbawiony „lokalnych naleciałości”<sup>29</sup>. Rozdział

26. Laurent Lévy, *Arbitration of Asset Management Disputes w Gabrielle Kaufmann-Kohler i Viviane Fossard (ed.), Arbitration in Banking and Financial Matters, ASA Special Series No.2 2003*, s. 103.

27. Artykuł 176(1) of Swiss Federal Statute on Private International Law (PILA), 18 Grudnia 1987.

28. „Konsument nie może zrzec się z góry jurysdykcji sądów w miejscu, gdzie znajduje się jego miejsce zamieszkania lub miejsce stałego pobytu”.

29. Marc Blessing, *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, 1999, 10 Swiss Commercial Law Series, s. 181.

12, co do zasady wprowadza tzw. „autonomię proceduralną prawa” ustanawiając reguły dotyczące norm kolizyjnych, a tym samym autonomię prawa materialnego<sup>30</sup>.

Ponadto, art. 177 (1) PILA, będący przepisem materialnym norm kolizyjnych, przewiduje pozytywne znaczenie zdatności arbitrażowej uznając, że „wszelkie spory dotyczące roszczeń finansowych mogą być przedmiotem arbitrażu”. W związku z tym wszystkie roszczenia obejmujące kwestie finansowe są zgodnie z art. 177 (1) i jego przedmiotowym zakresem (*ratione materiae*). Termin zdatności arbitrażowej w tym kontekście jest używany w szerszym znaczeniu, i obejmuje również podmiotowy zakres umowy arbitrażowej (*ratione personae*)<sup>31</sup>. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty nie należy wykluczyć możliwości rozwiązania międzynarodowych sporów konsumenckich za pośrednictwem arbitrażu, dla których siedzibę wyznaczono w Szwajcarii<sup>32</sup>.

Szeroki zakres zdatności arbitrażowej przyjęty w art. 177 (1), z pewnością obejmuje wszystkie prawa związane z własnością, prawami osobistymi, czy też prawami materialnymi i niematerialnymi. Stąd, jedynie prawa nie mające charakteru komercyjnego nie są objęte zakresem tego przepisu. Szwajcarski Sąd Najwyższy w jednej ze swoich ostatnich

30. Ibidem.

31. Robert Briner, *International Arbitration in Switzerland. An introduction to and a commentary on articles 176- 194 of the Swiss Private International Law Statute*, Haga, 2000, no. 2 on art. 177 PILA.

32. Jean Francois Poudret, Sebastien Besson, Stephen Birti i Annette Ponti, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2007, s. 314.

decyzji (*Football Association of Serbia v. M.*<sup>33</sup>) wyraził pogląd, iż wszystkie roszczenia natury finansowej mają zdatność arbitrażową i wszystkie kwestie dotyczące zdatności arbitrażowej co do zasady są wyłącznie regulowane przez art. 177 (1) PILA.

Przyjmując powyższe argumenty, nie ma wątpliwości, że wszystkie spory mające charakter finansowy a wśród nich te, które dotyczą sporów między bankami i ich klientami indywidualnymi posiadają zdatność arbitrażową przewidzianą w art. 177 (1) PILA.

### Podejście Stanów Zjednoczonych do sporów konsumenckich z bankami i instytucjami finansowymi

W Stanach Zjednoczonych pojęcie „zdatności arbitrażowej” (*arbitrability*, ang.) wykracza poza odpowiedź na pytanie, czy spór jest zdolny do rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu zgodnie z właściwym porządkiem prawnym. W amerykańskiej terminologii, zdatność arbitrażowa ma szerszy sens obejmujący istnienie i ważność zgody stron na rozwiązanie sporu w drodze arbitrażu<sup>34</sup>. W zasadzie jej istotą jest to, czy klauzula arbitrażowa została skutecznie zakwestionowana przez pozwanego tak, aby trybunał arbitrażowy ustanowiony na mocy tej umowy, nie był właściwym dla określenia jej ważności<sup>35</sup>.

33. *Football Association of Serbia v. M.*, Swiss Federal Court Judgment 4A\_654/2011, 23 Maja 2012.

34. Gabrielle Kaufmann-Kohler i Thomas Schultz, *Online Dispute Resolution, Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer Law International, Haga 2004, s. 171.

35. Laurence Shore, *Defining Arbitrability, The United States v. The rest of the world*, 15 Czerwca 2009, *New York Law Journal*, Litigation Section, 1.



Co do sporów konsumenckich, Stany Zjednoczone preferują rozstrzygnięcie ich w drodze arbitrażu. Główne argumenty, które przemawiają za tym podejściem (szczególnie wśród sporów konsumenckich dotyczących papierów wartościowych, czy też innych zaawansowanych instrumentów finansowych) są: brak zaufania do systemu sądownictwa cywilnego, zwłaszcza ław przysięgłych (juries, ang.) i odszkodowanie za straty moralne (zadośćuczynienie). Przyjmuje się, że spory konsumenckie rozstrzygane przez arbitrów zwykle kończą się „rozsądnym” rozstrzygnięciem, szczególnie co do zasądzenia odpowiedzialności i odszkodowania, w przeciwieństwie do procesów z udziałem ław przysięgłych<sup>36</sup>. W sytuacji, gdy sprawa trafia przed niewykwalifikowaną ławę przysięgłych instytucja finansowa często ryzykuje, że członek takiej ławy będzie się bardziej utożsamiał z klientem/konsumentem niż z bankiem, szczególnie jeśli w przeszłości miał problemy z daną instytucją finansową. Ponadto, ławy przysięgłych mają tendencję do przyznawania odszkodowania za straty moralne powyżej rzeczywistej straty powoda. Za to, w arbitrażu rozstrzygnięcia uważane są za bardziej rozsądne i jak określają to niektóre prawa stanowe, np. Nowy Jork, zakazany jest zasądzenie przez arbitrów na rzecz powoda odszkodowania wykraczającego poza rzeczywiste straty<sup>37</sup>.

W Stanach Zjednoczonych najistotniejsze sprawy dotyczące arbitrażu są regulowane

36. William Park, *Arbitrability and American Securities Law: A Tale of Two Cases* w Gabrielle Kaufmann-Kohler i Viviane Fossard (ed.), *Arbitration in Banking and Financial Matters*, ASA Special Series No.2 2003, s. 82 i 86.

37. William Park, *Arbitration in Banking and Finance*, 1998 Yearbook of International Financial and Economic Law 142, s. 158.

głównie, ale nie wyłącznie, przez prawo federalne a niżeli stanowe. Oprócz konwencji nowojorskiej, podstawowym aktem, który zajmuje się arbitrażem jest Federal Arbitration Act (FAA), uchwalony w 1925 roku. FAA nie zastępuje całkowicie prawa stanowego w sposób w jaki, Rozdział 12 PILA wyklucza szwajcarską Intercantonal Arbitration Convention. FAA wprowadza politykę korzystną dla arbitrażu przyjmując, że klauzule arbitrażowe są z reguły egzekwowalne z wyjątkiem sytuacji, w których istnieją przesłanki takie jak te, które są podstawą do zakwestionowania jakiegokolwiek umowy<sup>38</sup>. W jednej z kluczowych decyzji dotyczącej zdatności arbitrażowej, tj. sprawie *Kloss v. Jones*<sup>39</sup>, amerykańskie sądy odmówiły uznania umowy arbitrażowej twierząc, że może ona stać w sprzeczności z federalną polityką arbitrażową. Co nie oznacza, że wykluczyły one arbitraż w ogóle. W *Kloss v. Jones* sąd stwierdził, że klauzula arbitrażowa obejmowała zrzeczenie się prawa do rozstrzygnięcia sprawy przed sądem i ławą przysięgłych, które to prawa są zagwarantowane przez Montana Constitution. W opinii sądu prawa te są „święte” i „nietykalne”<sup>40</sup>. Stwierdzając powyższe sąd nie miał na celu unieważnienie arbitrażu jako takiego. Jego głównym celem było zastosowanie tej reguły do wszystkich umów tak, aby chronić obywateli przed zrzeczeniem się przez nich, ich konstytucyjnych praw<sup>41</sup>.

38. William Park, *Arbitrability and American Securities Law: A Tale of Two Cases* w Gabrielle Kaufmann-Kohler i Viviane Fossard (ed.), *Arbitration in Banking and Financial Matters*, ASA Special Series No.2 2003, s. 84.

39. *Kloss v. Edward D. Jones & Co.*, 310 Mont. 123 (2002).

40. *Ibidem*, para 55.

41. William Park, *Arbitrability and American Securities Law: A Tale of Two Cases* w Gabrielle Kaufmann-Kohler i Viviane Fossard (ed.), *Arbitration in Banking and Financial Matters*, ASA Special Series No.2 2003, s. 85.

Pomimo wskazanej powyżej decyzji należy przyjąć, iż arbitraż w Stanach Zjednoczonych, szczególnie ten międzynarodowy, cieszy się szczególnym powodzeniem i wciąż się rozwija. Arbitraż stał się ugruntowaną częścią amerykańskiej jurysprudencji a często nawet preferowanym mechanizmem rozwiązywania sporów<sup>42</sup>. W odniesieniu do sporów konsumenckich, zwolennicy arbitrażu stoją na stanowisku, że arbitraż jest szybszy i mniej kosztowny niż postępowanie sądowe, a więc korzystniejszy również w sporach zbiorowych (class action, ang.)<sup>43</sup>.

Wiążące umowy arbitrażowe<sup>44</sup> są traktowane jako świadczenia umowne zgodnie z FAA (umowy adhezji) zatem, jeżeli są kwestionowane to na takich samych zasadach jak wszystkie inne postanowienia umowne, czyli np. na podstawie sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, niemożliwości świadczenia, oszustwa lub przymusu. Jednym z ostatnio używanych argumentów przemawiającym za unieważnieniem klauzuli arbitrażowej w sporach konsumenckich jest przenoszenie nadmiernych kosztów procesu na osoby indywidualne. Prawdą jest, że umowy arbitrażowe wymagają od konsumentów, zarówno zaliczki na poczet

42. Catherine M. Amirfar i David W. Rivkin *Current Challenges to Consumer Arbitration in the United States: Much Ado About Nothing For International Arbitration?* *The Arbitration Review of the Americas* 2012 <<http://globalarbitrationreview.com/reviews/39/sections/137/chapters/1422/>> dostępne 6 Czerwca 2013.

43. Dwight Golan, *Developments in Consumer Financial Services Litigation*, 1988, 43 Business Law 1081, s. 1091.

44. Patrz: Gabrielle Kaufmann-Kohler i Thomas Schultz, *Online Dispute Resolution, Challenges for Contemporary Justice* (Kluwer Law International, Haga 2004) s. 169 „Wiążący arbitraż, jak nazwa wskazuje, wiąże swoją ostateczną decyzją jak wyrok sądu. W arbitrażu niewiążącym, klauzula arbitrażowa stanowi jedną z metod/opcji rozwiązania sporu, z której tylko jedna lub obie strony mogą skorzystać. Często opcja ta jest korzystniejsza dla konsumenta).

kosztów procesu arbitrażowego, jak i opłacenia znacznej części powstałych kosztów arbitrażowych. Tytułem przykładu, w sprawie *Wells v. Chevy Chase Bank*<sup>45</sup> wszystkie opłaty i koszty postępowania znacznie przekroczyły wartość roszczeń powoda. Niektóre umowy arbitrażowe zawierają klauzulę wymagającą od strony przegranej pokrycia kosztów reprezentacji prawnej drugiej strony, jak i wszystkich opłat procesu arbitrażowego. W konsekwencji taka sytuacja tworzy dolegliwy dług po stronie konsumenta nieproporcjonalny do stosunkowo nieznacznego roszczenia. W związku z powyższym niektóre stany, tj. chociażby Maryland<sup>46</sup> uchwałyły specjalne reguły zakazujące podobnych praktyk w celu ochrony praw konsumentów. Jak, słusznie przyznał US Supreme Court w sprawie *Christiansburg Garment Co. v. EEOC*, reguła „przegraną płaci wszystko” powodowałaby zwykle, iż działania konsumentów/powodów są nieskuteczne i w konsekwencji obciążają ich samych za naruszenie ustawy o ochronie konsumentów<sup>47</sup>.

W kolejnej sprawie, *Green Tree Financial Corp. v. Randolph*<sup>48</sup>, amerykański sąd zajął się pytaniem, czy wygórowane koszty mogą unieważnić umowę arbitrażową. Trybunał uznał, że zbyt wysokie koszty arbitrażu mogą zniechęcić do dochodzenia przysługujących praw ustawowych i w konsekwencji unieważnić klauzule arbitrażowe (sformułowane przed pojawieniem

45. *Wells v. Chevy Chase Bank*, Md. Court of Appeals, No. C-99-000202 (Appellant's Reply Brief).

46. Maryland's Consumer Protection Act 2010, Title 13 of Maryland's Code of Commercial Law.

47. *Christiansburg Garment Co. v. EEOC*, 434 U.S. (1978) 412, 413.

48. *Green Tree Fin. Corp-Ala. v. Randolph*, 531 U.S. 79, 90 (2000).



się sporu). Jednakże sąd stwierdził że, w tym przypadku, brak jest wystarczających dowodów na poparcie tezy, iż takie koszty mogłyby wystąpić, jeśli sprawa trafiłaby przed trybunał arbitrażowy.

W sprawie, *Circuit City Stores Inc. v. Adams*<sup>49</sup>, Court of Appeals for the Ninth Circuit przyznał, że wymaganie od konsumenta zapłaty nawet części opłat arbitrażowych czyni taką umowę nieegzekwowalną z mocy prawa.

Takie podejście zapewnia szczególną ochronę konsumentom, którzy potencjalnie mogą zostać zniechęceni do dochodzenia swoich roszczeń, jeżeli umowa o arbitraż nie gwarantuje wystarczającej ochrony ich praw<sup>50</sup>.

Niezależnie od powyższych ograniczeń, umowy arbitrażowe z konsumentami są ważne zgodnie z prawem amerykańskim i zapewniają szybki oraz łatwy dostęp do postępowania arbitrażowego.

### Podsumowanie

Globalny charakter działalności bankowej angażujący klientów z rynków na całym świecie sprawia, że arbitraż używany jest zwykle w sporach z klientami korporacyjnymi, czy też instytucjonalnymi. Arbitraż w sprawach finansowych dotyczący klientów indywidualnych jest stosowany w wyjątkowych sytuacjach. W związku z tym, oczywistym jest, że arbitraż

49. *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, 9th Cir. 279 F.3d at 889, 892 (2002).

50. Richard A. Bales and Mark B. Gerano, *Determining The Proper Standard For Invalidating Arbitration Agreements Based On High Prohibitive Costs*, 2012, 14 *The Tennessee Journal of Business Law* 57, s. 77.

nie powinien być używany dla rozwiązania wszystkich rodzajów sporów bankowych i finansowych, a jeśli już jest wykorzystany dla danej sytuacji to zwykle zależy od wielu czynników, które są bardzo wnikliwie analizowane<sup>51</sup>. Ograniczenia stosowane przez państwo, w którym znajduje się siedziba arbitrażu mają w tym kontekście podstawowe znaczenie. Na rynku Unii Europejskiej wymagania dyrektywy, mogą uczynić umowę arbitrażową nieegzekwowalną, jeśli dotyczy ona konsumentów. W innych systemach prawnych specyficzne postanowienia umowne sprawiają, że klauzula arbitrażowa może stać w sprzeczności z porządkiem publicznym. Oczywiście, dobrowolne umowy arbitrażowe zawierane po wystąpieniu sporu mogą przewyciężyć ryzyko występujące w sytuacjach, w których ewentualne ograniczenia klauzul arbitrażowych są przeszkodą do arbitrażu.

51. Stefano E. Cirielli, *Arbitration, Financial Markets and Banking Disputes*, 2003, 14 *The American Review of International Arbitration* 243, s. 283.

## Klauzula arbitrażowa w świetle Konwencji o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów (CMR)

### – wybrane zagadnienia

■ Katarzyna Szostak

Aplikantka OIRP Warszawa

### Wprowadzenie

W praktyce obrotu gospodarczego, spory wynikają na tle umów, do których zastosowanie znajdują przepisy Konwencji o międzynarodowej umowie przewozu drogowego towarów<sup>1</sup> rzadko trafiają przed sądy arbitrażowe, choć taka możliwość została w nich wprost przewidziana. Jakkolwiek trudno ustalić wszystkie przyczyny powyższego zjawiska, to jedną z nich może być powszechność zawierania tego typu umów w formie ustnej, bądź w sposób dorozumiany poprzez przyjęcie towaru do przewozu, które to sposoby nie są wystarczające do zawarcia ważnego zapisu na sąd polubowny. Jako inny powód takiego stanu rzeczy, wskazywana jest konieczność stosowania przez arbitraż przepisów Konwencji CMR i bezwzględnie obowiązujący charakter norm w niej zawartych, które uniemożliwiają pominięcie stosowania reżimu konwencyjnego przez strony umowy<sup>2</sup>.

1. Pełna nazwa aktu prawnego brzmi: Konwencja o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów (CMR) i Protokół podpisania, sporządzona w Genewie dnia 19 maja 1956 r. (Dz. U. z 1962 r. Nr 49, poz. 238 z późn. zm.), zmieniona Protokołem do Konwencji o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów (CMR), sporządzonym w Genewie dnia 5 lipca 1978 r., (Dz. U. z 2011 r. Nr 72, poz. 382), dalej: Konwencja CMR.

2. K. Wesolowski, *Umowa międzynarodowego przewozu drogowego towarów na podstawie CMR*, Warszawa 2013, s. 705.

### Zakres zastosowania przepisów Konwencji CMR i charakter wynikających z nich norm

Przepisy Konwencji CMR w art. 1 ust. 1 wyznaczają kryterium „międzynarodowości” umowy przewozu, zgodnie z którym mają one zastosowanie do wszelkich umów o zarobkowy przewóz drogowy towarów pojazdami, niezależnie od miejsca zamieszkania i przynależności państwowej stron, jeżeli miejsce przyjęcia przesyłki do przewozu i miejsca przewidziane dla jej dostawy, stosownie do ich oznaczenia w umowie, znajdują się w dwóch różnych państwach, z których przynajmniej jedno jest państwem umawiającym się. Tym samym, jeśli zgodnie z treścią przywołanego wyżej artykułu, przepisy Konwencji znajdują zastosowanie, sądy państw – stron Konwencji są zobowiązane ją stosować<sup>3</sup>.

3. Konwencja CMR jako ratyfikowana przez Rzeczpospolitą Polską umowa międzynarodowa jest źródłem powszechnie obowiązującego prawa w Polsce, jest bezpośrednio stosowana i ma pierwszeństwo przed ustawą, jeśli ustawy tej nie da się pogodzić z Konwencją (art. 87, art. 91 ust. 1, art. 91 ust. 2 Konstytucji RP), tak: E. Habryn, *Windykacja należności z umowy międzynarodowego przewozu towarów*, LEX nr 140865. Ponadto, przepis art. 71 Rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. Urz. WE 2001 L 12/1), daje pierwszeństwo przepisom Konwencji w sprawach szczególnych.

Zgodnie z treścią art. 41 Konwencji CMR, każda klauzula, która pośrednio lub bezpośrednio naruszałaby postanowienia Konwencji jest nieważna i pozbawiona mocy. Jeśli przepisy ustawy, bądź postanowienia umowy przewozu zawartej przez strony pozostają w sprzeczności z przepisami Konwencji CMR, w miejsce tychże postanowień stosuje się jej przepisy. Powyższe przesądza o bezwzględnie obowiązującym charakterze przepisów Konwencji, poza kilkoma wyjątkami, kiedy możliwa jest ich modyfikacja (art. 37 i 38 Konwencji CMR). Sąd państwa, które nie jest stroną Konwencji, rozstrzygając sprawę należącą do jego jurysdykcji, jakkolwiek nie jest związany treścią przepisu art. 1 ust. 1 Konwencji, może stosować jej postanowienia jako część porządku prawnego wskazanego przez normy kolizyjne państwa sądu<sup>4</sup>. Aby zapobiec sytuacji pomijania przepisów Konwencji CMR przez sądy niezwiązane jej postanowieniami, należy zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 lit. K Konwencji zawrzeć w treści listu przewozowego oświadczenie, że przewóz podlega jej przepisom, bez względu na jakąkolwiek klauzulę przeciwną (tzw. klauzula paramount). Klauzula tej treści zapewnia stosowanie Konwencji CMR, zgodnie z zasadą *lex contractus*<sup>5</sup>.

### Jurysdykcja sądów państwowych w przepisach Konwencji CMR a wybór miejsca postępowania wynikający z klauzuli arbitrażowej

W przypadku braku klauzuli arbitrażowej w umowie przewozu, znajdują zastosowanie przepisy jurysdykcyjne Konwencji CMR, w tym

4. K. Wesołowski, *Umowa ...*, s. 100.

5. *Ibidem*.

art. 31 ust. 1, który przewiduje, że we wszystkich sporach, które wynikają z przewozów podlegających Konwencji, powód może wnosić sprawę do sądów umawiających się krajów określonych przez strony w drodze wspólnego porozumienia, a ponadto do sądów kraju, na którego obszarze znajduje się siedziba pozwanego, bądź kraju miejsca przejścia towaru do przewozu lub miejsca jego dostawy i nie może wnosić sprawy do innych sądów. W doktrynie istnieją rozbieżne stanowiska w kwestii, czy umowa prorogacyjna zawarta przez strony umowy przewozu wyłącza możliwość skierowania sprawy do innego sądu, niż w niej wskazany, czy też jedynie rozszerza zakres jurysdykcji możliwych do wyboru przez wierzyciela<sup>6</sup>. Mając na uwadze zasadę swobody kontraktowania stron, należałoby uznać, że zawarcie przez strony umowy prorogacyjnej, wyłącza możliwość skierowania sprawy do sądu innego niż określony w tejże umowie. Celem uniknięcia wątpliwości, kwestia poddania jurysdykcji wyłącznie sądowi wskazanemu przez strony winna znaleźć odzwierciedlenie w treści umowy

6. Za stanowiskiem, zgodnie z którym umowa prorogacyjna stanowi jedynie podstawę jurysdykcji uzupełniającej oprócz powołanej w Konwencji opowiada się m.in. R. Loewe, *Commentary on the Convention of 19 May 1956 on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR)*, Geneva 1975, s. 64 oraz M. A. Clarke, *International Carriage of Goods by Road: CMR*, Witherby 1985, s. 162. Argumentem za taką interpretacją art. 31 Konwencji CMR jest literalne brzmienie przepisu w jego angielskojęzycznej wersji. Ponadto, w tym duchu kwestia wyboru jurysdykcji została uregulowana w art. 21 Konwencji Narodów Zjednoczonych o przewozie towarów morzem z 1978 r. (Reguły hamburskie), w której po wymienieniu możliwych jurysdykcji do wyboru przez wierzyciela zawarto przepis, na podstawie którego strona może skierować sprawę również do sądu, który jako właściwy wskazały strony w umowie przewozu drogą morską. Z kolei K. Wesołowski, *Umowa ...*, s. 669, wskazuje, że takie rozumienie art. 31 Konwencji w zasadzie marginalizowałoby znaczenie umów prorogacyjnych zawieranych przez strony, a ponadto sprzyjało zjawisku tzw. forum shopping. Zdaniem autora, przeciwko stanowisku prezentowanemu przez M.A. Clarke'a, przemawia również wykładnia systemowa Konwencji CMR.

prorogacyjnej. W każdym wypadku, sąd wskazany w porozumieniu stron musi mieć siedzibę w państwie – stronie Konwencji, co wynika z literalnego brzmienia art. 31 ust. 1 Konwencji CMR. Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że jurysdykcja sądów powszechnych przewidzianych w przepisie art. 31 Konwencji CMR jest dosyć szeroka, a ponadto umożliwia skierowanie sprawy do sądu, z którym żadna ze stron może nie być związana np. poprzez swoją siedzibę<sup>7</sup>. Stanowi to argument za stosowaniem klauzuli arbitrażowej w umowach przewozu, gdyż daje ona stronom pełną swobodę co do wyboru miejsca postępowania. Ponadto, należy wskazać, że inaczej niż w przypadku umowy prorogacyjnej, państwo wybrane na miejsce postępowania arbitrażowego nie musi być stroną Konwencji<sup>8</sup>. Należy przy tym podkreślić, że podjęta przez strony decyzja co do miejsca postępowania, w zasadzie wyłącza możliwość skierowania sprawy gdzie indziej, co sprawia, że kwestia miejsca rozstrzygnięcia sporów wynikających z umowy przewozu staje się dla jej stron w pełni przewidywalna.

### Przepisy Konwencji CMR dotyczące klauzuli arbitrażowej

#### Uwagi ogólne

Regulacja klauzuli arbitrażowej została zawarta w rozdziale V Konwencji CMR zatytułowanym „Reklamacje i roszczenia”. Zgodnie z treścią

7. R. Adamus, *Klauzula arbitrażowa w oparciu o art. 33 Konwencji CMR*, *Biuletyn Arbitrażowy* nr 9/2009, s. 43.

8. Strony wybierając miejsce arbitrażu nie są zmuszone ograniczać się do wyboru państw wymienionych w art. 31 Konwencji. Tak: K. Wesołowski, *Umowa ...*, s. 705. Przeciwny pogląd wyraził austriacki Oberster Gerichtshof w wyroku z dnia 05.05.2010 r., ETL 2010, s. 637-646.

art. 33 Konwencji, umowa przewozu może zawierać klauzulę przyznającą właściwość trybunałowi arbitrażowemu pod warunkiem, aby klauzula ta przewidywała, że trybunał arbitrażowy stosować będzie tę Konwencję. Jak wskazano powyżej, przepis ten zawiera normy bezwzględnie obowiązujące, co oznacza, że jeżeli strony umowy przewozu zdecydują się poddać spór jurysdykcji sądu arbitrażowego, to klauzula taka musi spełniać warunki wymienione w tym przepisie. Klauzula naruszająca przepisy Konwencji, zgodnie z treścią art. 41 Konwencji CMR, będzie nieważna i pozbawiona mocy, a w jej miejsce zastosowanie znajdą przepisy jurysdykcyjne zawarte w art. 31 Konwencji CMR.

Zasady dotyczące postępowania arbitrażowego w Konwencji CMR ograniczają się do określenia minimalnej treści klauzuli arbitrażowej, zapewniającej jej skuteczność. Celem uzyskania pełnej regulacji arbitrażu w sporach wynikających z umów międzynarodowego przewozu towarów, należy sięgnąć do przepisów prawa międzynarodowego oraz prawa krajowego, wskazanego przez normy kolizyjne. Wśród umów międzynarodowych regulujących kwestię arbitrażu szczególnie miejsce zajmują Konwencja Nowojorska z 10.06.1958 r. o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń międzynarodowych oraz Konwencja Europejska o międzynarodowym arbitrażu handlowym, sporządzona w Genewie 21.04.1961 r. W odniesieniu do Polski, głównym źródłem regulacji postępowania przed sądem polubownym jest Część piąta Kodeksu postępowania cywilnego zatytułowana „Sąd polubowny (arbitrażowy)”. Przepisy artykułów zawartych w tym rozdziale, zgodnie z treścią art. 1154 k.p.c. stosuje się, jeżeli miejsce postępowania przed sądem polubownym znajduje się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a w wypadkach



w części tej określonych – także wtedy, gdy miejsce postępowania przed sądem polubownym znajduje się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej lub nie jest oznaczone. Regulacja zawarta w przepisach k.p.c. odnosi się przy tym również do arbitrażu międzynarodowego. Ponadto, postępowanie arbitrażowe toczące się między stronami może zostać uregulowane przez postanowienia regulaminów stałych sądów polubownych i instytucji arbitrażowych, do których strony skierowały swój spór. Reguły określone w tych regulaminach mogą się jednakże odnosić wyłącznie do norm o charakterze dyspozytywnym<sup>9</sup>.

Wśród polskich komentatorów wątpliwości w treści art. 33 Konwencji CMR, budzi pojęcie „trybunału arbitrażowego” (ang. arbitration tribunal), któremu strony mogą poddać swój spór. Zdaniem autorów, określenie to sugeruje instytucjonalny charakter sądu rozpoznającego sprawę (w odróżnieniu od arbitrażu ad hoc)<sup>10</sup>. Tego rodzaju wątpliwości wynikają prawdopodobnie z faktu, że określenie „trybunału arbitrażowego” nie pojawia się w przepisach k.p.c., Konwencji Nowojorskiej, czy Konwencji Genewskiej, która posługuje się pojęciami „permanent arbitral institution” i „ad hoc arbitration” dla odróżnienia tych dwóch instytucji.

W tym miejscu, należy powołać się na przepisy ustawy modelowej UNCITRAL<sup>11</sup> o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 21.06.1985 r. z poprawkami z 07.07.2006 r., na

9. A. Kąkolecki, P. Nowaczyk, [w:] Arbitraż handlowy, System Prawa Handlowego, Tom 8, A. Szumański (red.), s. 53.

10. Tak: m.in. R. Adamus, Klauzula..., s. 44, K. Wesolowski, Umowa..., s. 705.

11. United Nation Commission on International Trade Law (Komisja Narodów Zjednoczonych do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego)

której, zgodnie z danymi UNCITRAL wzorowane były przepisy regulujące postępowanie arbitrażowe w ponad 65 krajach, w tym w Polsce<sup>12</sup>. Ustawa modelowa w art. 2 objaśnia, że pojęcie „arbitration” oznacza każdy rodzaj postępowania arbitrażowego, niezależnie od tego, czy jest ono administrowane przez stały sąd polubowny, zaś pojęcie „arbitral tribunal” odnosi się zarówno do jednego arbitra, jak i panelu arbitrów. Jako przykład na potwierdzenie powyższego, wskazać można również przepisy ustawy Parlamentu Wielkiej Brytanii regulujące postępowanie arbitrażowe, które toczy się na jej terytorium jurysdykcyjnym („Arbitration Act 1996”<sup>13</sup>). Posługują się one pojęciem „arbitral tribunal”, a w rozdziale pod tym właśnie tytułem uregulowana jest wyłącznie kwestia składu osobowego arbitrów, nie zaś kwestię zinstytucjonalizowania tego postępowania. Powyższe wskazuje na to, że pojęcia „arbitral tribunal”, czy „arbitration tribunal” odpowiadają polskiemu określeniu „sąd polubowny”, które odnosi się zarówno do stałego sądu, jak i tego powołanego ad hoc. Należy zatem uznać, że pojęcie „trybunału arbitrażowego” w Konwencji CMR nie przesądza o charakterze postępowania arbitrażowego, które toczyć się może pod jej rządami.

### Wymogi formalne zapisu na sąd polubowny w świetle Konwencji CMR

Przepisy Konwencji CMR nie przewidują jakichkolwiek wymogów formalnych co do zapisu na sąd polubowny, choć w doktrynie wskazuje się, że samo określenie „klauzula”,

12. [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)

13. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

sugeruje jej charakter pisemny<sup>14</sup>. Nie oznacza to jednak, że forma zapisu jest dowolna, a jedynie że w tym wypadku zastosowanie znajdują odpowiednie przepisy konwencji międzynarodowych oraz regulacje prawa krajowego wskazanego przez normy kolizyjne państwa sądu<sup>15</sup>.

Kwestia formy zapisu na sąd polubowny została uregulowana w art. II (1) Konwencji Nowojorskiej, zgodnie z którym umowa, którą strony zobowiązują się poddać arbitrażowi wszystkie lub pewne spory powstałe lub mogące powstać między nimi z określonego stosunku prawnego, zarówno umownego, jak i pozaumownego, w sprawie, która może być rozstrzygana w drodze arbitrażu, powinna być umową pisemną. Jednocześnie art. II (2) Konwencji Nowojorskiej przewiduje, że określenie „umowa pisemna” oznacza zarówno klauzulę arbitrażową zamieszczoną w kontrakcie, jak i kompromis – zarówno podpisane przez strony, jak i zawarte w wymianie listów lub telegramów<sup>16</sup>. Należy przy tym stwierdzić, że wymogi formalne określone konwencyjnie znajdują zastosowanie we wszystkich sytuacjach, gdy mamy do czynienia z orzeczeniem wydanym przez arbitraż międzynarodowy bez ograniczenia wynikającego z art. I (1) Konwencji Nowojorskiej, czyli nie tylko w sytuacji, gdy sąd krajowy dokonuje czynności uznania lub wykonania zagranicznych orzeczeń, ale we

14. A. Messent, D. Glass, CMR, Contracts for the International Carriage of Goods by Road, LLP 2000, s. 257

15. R. Adamus, Klauzula..., s. 45; K. Wesolowski, Umowa..., s. 706.

16. Komisja Narodów Zjednoczonych do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL), na swojej 39. Sesji w dniu 07.07.2006 r. przyjęła uchwałę dotyczącą interpretacji przepisu art. II ust. 2 Konwencji Nowojorskiej, w której zaleciła, aby przy stosowaniu tego przepisu uznać, że wyliczenie w nim okoliczności (zawarcia umowy pisemnej) nie jest wyczerpujące.

wszystkich sytuacjach, gdy ma on do czynienia z orzeczeniem wydanym przez arbitraż międzynarodowy<sup>17</sup>.

W przypadku, jeśli ustawodawstwo państwa – strony Konwencji Nowojorskiej przewiduje formę mniej rygorystyczną niż przewidziana w Konwencji, wskazuje się na możliwość odwołania do regulacji wewnętrznych, do których odsyła art. V (1) pkt a) Konwencji Nowojorskiej, pogląd ten nie jest jednak dominujący<sup>18</sup>. Niespełnienie wymagań co do formy określonych w art. II ust. 2 Konwencji Nowojorskiej może uniemożliwiać „odesłanie stron do arbitrażu” na podstawie art. II ust. 3 tej Konwencji, a także uznanie lub wykonanie orzeczenia arbitrażowego, co wynika z przepisów art. IV ust. 1 lit. b oraz art. V ust. 1 lit. a) tej Konwencji.

Obowiązek zachowania formy pisemnej dla ważności zapisu na sąd polubowny występuje m.in. w prawie niemieckim, francuskim, belgijskim, szwajcarskim, amerykańskim i chińskim. Tylko nieliczne kraje dopuszczają odstępnie od formy pisemnej umowy o arbitraż,

17. J. Balcarczyk, Zagadnienie formy umowy o arbitraż w świetle art. II (2) Konwencji Nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych oraz w świetle regulacji wewnętrznych, ADR. Arbitraż i Mediacja Nr 4/2008, s. 5 i nast.

18. Jak wskazuje J. Balcarczyk, Zagadnienie..., s. 5 i nast., jest to przejawem poglądu zgodnie z którym (...) art. II (2) Konwencji nowojorskiej – poprzednio uznawany za ustanawiający mniej restrykcyjne wymogi formalne, niż prawa wewnętrzne państw stron konwencji – znajdował zastosowanie wówczas, gdy prawo wewnętrzne w zakresie formy ustanawiało wymogi bardziej restrykcyjne. Prowadziło to do uznania, że w odniesieniu do formy konwencji ma pierwszeństwo przed dalej idącymi wymaganiami wynikającymi z prawa właściwego dla zapisu ustalonego na podstawie art. V (1) pkt a) Konwencji nowojorskiej. W ten sposób realizowano założenie regulacji przyjaznej arbitrażowi (arbitration-friendly).”



a wśród nich Holandia, Dania i Szwecja<sup>19</sup>. Również na gruncie przepisów polskich, tj. art. 1162 k.p.c. wymaga się, aby zapis na sąd polubowny był sporządzony na piśmie. Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 1162 §2 k.p.c., wymóg w zakresie formy jest spełniony także wówczas, gdy odpowiednie postanowienia zostały zamieszczone w wymienionych między stronami pismach lub oświadczeniach złożonych za pomocą środków porozumienia się na odległość, pozwalających utrwalić ich treść, jak również w przypadku tzw. klauzuli arbitrażowej przez odesłanie. W postanowieniu z dnia 18 stycznia 2007 r. Sąd Najwyższy zaznaczył, że przepisy Konwencji Nowojorskiej są często pomijane przez polskie sądy, podczas gdy odrębne unormowania Konwencji Nowojorskiej w zakresie postępowania o uznanie zagranicznego wyroku arbitrażowego mają pierwszeństwo przed uregulowaniami kodeksu postępowania cywilnego i m.in. wymagania co do formy zawarcia umowy arbitrażowej należy oceniać według Konwencji Nowojorskiej, a nie według art. 1162 k.p.c.<sup>20</sup>.

Należy zauważyć, że w międzynarodowym arbitrażu handlowym widoczna jest tendencja do liberalizacji wymogów formy pisemnej zapisu na sąd polubownym, która znalazła odzwierciedlenie m.in. w zmianach do ustawy modelowej UNCITRAL w 2006 r. Obecnie do wyboru pozostają dwie opcje regulacji formy umowy o arbitraż w prawie krajowym. Pierwsza z nich dopuszcza zawarcie umowy w dowolny

19. A. Budniak, Treść zapisu na sąd polubowny w świetle przepisów polskiego i niemieckiego postępowania cywilnego – wybrane zagadnienia, ADR. Arbitraż i Mediacja, Nr 4/2009, s. 15.

20. Postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2007 r. (I CSK 330/06, OSNC 2007 r., nr 12, poz. 185), postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2013 r. (I CSK 186/12, Legalis Nr 697873).

sposób, w tym ustnie i w sposób dorozumiany, pod warunkiem żeby treść klauzuli arbitrażowej została w jakikolwiek sposób utrwalona. Nie jest przy tym niezbędne, aby utrwalony tekst klauzuli arbitrażowej był efektem wymiany korespondencji między stronami<sup>21</sup>. Wybór drugiej opcji jest równoznaczny z rezygnacją z jakichkolwiek wymagań formalnych zapisu na sąd polubowny. Łagodzenie wymogów w zakresie formy zapisu na sąd polubowny może przyczynić się do upowszechniania się arbitrażu w zakresie umów zawieranych na odległość, do których zwykle zaliczają się umowy międzynarodowego przewozu drogowego towarów.

Przepis art. 33 Konwencji CMR przewiduje, że zapis na sąd polubowny powinien być zawarty w umowie przewozu. Ze względu na to, że Konwencja CMR nie przewiduje szczególnej formy dla umowy przewozu, zasadny jest wniosek, że umowa taka może zostać zawarta w formie dowolnej<sup>22</sup>. W praktyce często zdarza się, że postanowienia umowy ustalone są w formie ustnej, a w dalszej kolejności potwierdzane pisemnie za pośrednictwem poczty elektronicznej lub faksu. Nie jest zjawiskiem rzadkim, że wystawiane jest zlecenie transportowe, zawierające warunki, na których przewóz ma zostać wykonany. Warunki umowy mogą więc zostać rozproszone w wielu dokumentach oraz uzgodnieniach ustnych<sup>23</sup>. Powyższe powoduje trudności związane z dochowaniem formy zastrzeżonej dla umowy o arbitraż.

21. A.W. Wiśniewski, Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce, Warszawa 2011, s. 450 i n.

22. K. Wesolowski, Umowa ..., s. 165.

23. A. Messent, D. Glass, CMR: Contracts..., s. 257.

Uwzględniając praktykę obrotu gospodarczego, doktryna opowiada się za możliwością zawarcia klauzuli arbitrażowej również w innych niż umowa przewozu dokumentach<sup>24</sup>. Przepisy Konwencji CMR nie stoją na przeszkodzie, aby zapis zawarty w odrębnej umowie był ważny i skuteczny. Jednakże, by zapis ten wywołał zamierzony skutek, konieczne jest zachowanie wymogów co do jego formy poprzez złożenie oświadczeń woli obu stron zgodnie z przepisami prawa krajowego i umów międzynarodowych. I tak, w przypadku zawarcia klauzuli arbitrażowej w treści zlecenia transportowego, nie wystarczy ustne bądź dorozumiane przyjęcie tego zlecenia (art. 69 k.c.), jak również tzw. milczące przyjęcie oferty (art. 682 k.c.), które to formy są wystarczające aby sam kontrakt doszedł do skutku. W takiej sytuacji, konieczne jest stwierdzenie przyjęcia zlecenia np. poprzez przesłanie oświadczenia o przyjęciu zlecenia na warunkach określonych przez kontrahenta za pomocą środków porozumiewania się na odległość, lub odesłanie podpisanego przez przewoźnika zlecenia zawierającego klauzulę arbitrażową. Należy przyjąć, że treść art. 33 Konwencji CMR nie stanowi przeszkody do podania sporu pod arbitraż również wtedy, gdy strony nie zawarły klauzuli arbitrażowej w samej umowie przewozu, a uczyniły to w dodatkowym porozumieniu dopiero w trakcie wykonywania umowy, czy nawet po jej wykonaniu i zaistnieniu sporu<sup>25</sup>. Przemawia za tym szeroka definicja zapisu na sąd polubowny, która uwzględni również kompromis.

24. R. Adamus, Klauzula ..., s. 46; K. Wesolowski, Umowa ... s. 707; K. Walczak, Międzynarodowy przewóz drogowy towarów, Warszawa 2006, s. 58; R. Loewe, Commentary on the Convention of 19 May 1956 on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR), Geneva 1975, s. 70.

25. R. Loewe, Commentary ... s. 70; M. A. Clarke, International ..., s. 162

Z uwagi na to, że list przewozowy stanowi dowód zawarcia umowy przewozu (art. 4 i 9 ust. 1 Konwencji CMR) klauzula arbitrażowa może również zostać zawarta w jego treści. Brak klauzuli arbitrażowej w liście przewozowym nie przesądza jednak o jej nieważności i może on zostać zawarta również w innym dokumencie. List przewozowy nie jest bowiem przesłanką zawarcia umowy przewozu (art. 4 Konwencji CMR), ani stosowania przepisów Konwencji. W przypadku, gdyby klauzula arbitrażowa znalazła się wyłącznie w treści listu przewozowego podpisanego przez strony, należałoby rozważyć, jaki charakter ma podpis złożony przez przewoźnika na tym dokumencie i czy jego wolą była akceptacja klauzuli arbitrażowej zawartej w liście przewozowym, czy wyłącznie potwierdzenie faktu przyjęcia towaru do przewozu. Celem uniknięcia wątpliwości, zgoda na zawarcie klauzuli arbitrażowej w umowie przewozu powinna znaleźć wyraz w złożeniu podpisu pod tą klauzulą<sup>26</sup>.

W praktyce, nader często pojawiają się rozbieżności między umową przewozu a treścią listu przewozowego. Dotyczy to przede wszystkim stron umowy przewozu, które nie widnieją w treści listu. Zwykle jako nadawca wpisywany

26. Tak: R. Adamus, Klauzula ..., s. 43, powołując się na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6.10.1969 r., (I CZ 66/69, LEX nr 6577), w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że samo złożenie podpisu na konosamencie przez indosatariusza konosamentu, bez równoczesnego złożenia oświadczenia woli o poddaniu sporu sądowi polubownemu nie daje podstawy do przyjęcia, że wolą podpisującego była akceptacja zastrzeżonej w konosamencie klauzuli arbitrażowej. Ponadto, na uwagę zasługuje orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 22.4.1966 r., (I CR 433/65, OSPIKA 1967, Nr 1, poz. 7.), w którym wskazano, że konosament jest podstawą stosunku prawnego łączącego przewoźnika z odbiorcą ładunku jedynie wtedy, gdy odbiorcę nie łączy z przewoźnikiem umowa czarterowa. Odbiorca ładunku, będący równocześnie posiadaczem konosamentu, nie jest więc, co do zasady stroną umowy o przewóz i nie wiąże go zawarty w niej zapis na sąd polubowny, choćby został powtórzony w konosamencie.

jest podmiot, który dostarczył towar do przewozu (nazywany załadowcą), a jako przewoźnik – podmiot, któremu przewoźnik umowny podzlecił przewóz (przewoźnik faktyczny). Jednocześnie, osoba nie będąca stroną umowy przewozu nie może zostać uznana za nadawcę przesyłki tylko z tego powodu, że została wskazana jako nadawca w liście przewozowym<sup>27</sup>. Jeśli więc osoby wpisane nieprawidłowo w treści listu przewozowego nie są stronami umowy przewozu, nie będzie ich również wiązać zapis na sąd polubowny zawarty w jego treści.

Inną kwestią jest to, że zwykle wzmianki w listach przewozowych wpisywane są przez pracowników nadawcy, czy przewoźnika, a nie przez same strony umowy uprawnione do zawarcia zapisu na sąd polubowny. Jeśli chodzi o oświadczenia wiedzy, nie jest konieczne stosowne pełnomocnictwo, ani innego rodzaju upoważnienie, gdyż zgodnie z treścią art. 3 Konwencji CMR, oświadczenia takie, wywołują skutki wobec przewoźnika, niezależnie od tego, czy osoby, które je złożyły legitymują się stosownym dokumentem. Jeśli zaś chodzi o oświadczenia woli, do których niewątpliwie zalicza się przekazanie sprawy pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego, ocena skuteczności jego złożenia przez osoby działające w imieniu przewoźnika wymaga odwołania się do prawa właściwego wskazanego przez normy kolizyjne.

### Elementy konieczne klauzuli arbitrażowej

Zgodnie z treścią art. 33 Konwencji CMR, klauzula arbitrażowa musi przewidywać, że trybunał

27. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 września 2003 r., (II CKN 415/01, OSNC 2004/10/163).

arbitrażowy będzie stosował przepisy Konwencji. Jak wskazuje R. Adamus, regulację tę należy uznać za *lex specialis* względem art. 1161 § 1 k.p.c., który przewiduje elementy obligatoryjne zapisu na sąd polubowny, ale również względem art. 1194 § 1 k.p.c., zgodnie z którym sąd polubowny rozstrzyga spór według prawa właściwego dla danego stosunku, a gdy strony go do tego wyraźnie upoważniły – według ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności<sup>28</sup>. Biorąc pod uwagę treść art. 41 Konwencji CMR, należy jednoznacznie stwierdzić, że klauzula arbitrażowa nie spełniająca wymogu zawartego w art. 33 Konwencji, jest nieważna<sup>29</sup>. Przedmiotem sporu w doktrynie była jednak kwestia, czy klauzula arbitrażowa musi przewidywać wprost stosowanie przepisów Konwencji przez trybunał. W tym kontekście, jako kluczowy należy przywołać wyrok High Court Queen's Bench Division w Wielkiej Brytanii z dnia 1 grudnia 1981 r. w sprawie A. B. Bofors-UVA v. A.B. Skandia Transport. Klauzula arbitrażowa, której dotyczył spór odsyłała strony do arbitrażu w Sztokholmie, jednocześnie wskazując na prawo szwedzkie jako prawo właściwe. Dylemat przed którym stanął sąd brytyjski w tej sprawie, sprowadzał się do zagadnienia, czy przy uwzględnieniu treści art. 33 Konwencji CMR, konieczne jest aby klauzula arbitrażowa przewidywała *expressis verbis*, że trybunał będzie stosował przepisy Konwencji, czy wystarczające jest to, że klauzula jako prawo właściwe wskazuje prawo szwedzkie, a więc bez względu na treść zapisu na sąd arbitrażowy, arbitrzy będą rozstrzygać sprawę w oparciu o przepisy Konwencji CMR jako stanowiące część prawa szwedzkiego. Ostatecznie, sąd brytyjski stwierdził, że zarówno

28. R. Adamus, *Klauzula ...*, s. 48.

29. R. Loewe, *Commentary ...*, s. 70.

celowościowa, jak i językowa analiza treści art. 33 Konwencji CMR prowadzi do wniosku, że konieczne jest takie sformułowanie klauzuli arbitrażowej, aby przewidywała, że trybunał będzie stosował postanowienia Konwencji i sformułowanie to musi nastąpić „wprost”. Sąd brytyjski wskazał, że za koniecznością literalnej interpretacji art. 33 Konwencji CMR, przemawia m.in. konieczność ochrony stosowania obligatoryjnego materialnoprawnego reżimu konwencyjnego, aby klauzule arbitrażowe nie były wykorzystywane dla obejścia regulacji ograniczających swobodę wyboru jurysdykcji. Ponadto, taka regulacja ma zapewnić nie tylko konieczność stosowania Konwencji CMR, ale również stworzyć podstawy do kontroli orzeczenia wydanego przez trybunał arbitrażowy w oparciu o tę przesłankę. Tym samym, nieważna będzie klauzula, która przewiduje w swej treści wprost wyłączenie stosowania przepisów Konwencji CMR, jak również taka, która nie wskazuje na to, że trybunał arbitrażowy będzie te przepisy stosował. Należy uznać, że taka interpretacja odpowiada literalnemu brzmieniu postanowień Konwencji CMR, a nadto gwarantuje stosowanie jej przepisów. Pogląd wyrażony przez sąd brytyjski w wyżej przywołanym wyroku jest aktualnie dominującym w doktrynie<sup>30</sup>.

W literaturze zagranicznej wskazuje się, że w przypadku gdy strony zawarły kompromis, w którym brak jest postanowienia, że trybunał będzie stosował postanowienia Konwencji CMR, to taka klauzula będzie ważna i skuteczna<sup>31</sup>. Uzasadniając powyższe stanowisko,

30. A. Messent, D. Glass, *CMR: Contracts...*, s. 257; M. A. Clarke, *International ...*, s. 166; R. Löwe, *International ...*, s. 164; K. Wesolowski, *Umowa ...*, s. 708 i źródła tam przywołane.

31. A. Messent, D. Glass, *CMR: Contracts...*, s. 257; R. Loewe, *Commentary ...*, s. 70; R. Löwe, *International ...*, s. 164.

autorzy powołują się na zasadę zgodnie z którą, kiedy doszło już do powstania sporu między stronami, strony mają prawo dokonać ustaleń w tym przedmiocie wedle swojego uznania. Jeśli jednak, trybunał arbitrażowy rozpoznający sprawę konsekwentnie uchylałby się od stosowania postanowień Konwencji, to orzeczenie wydane przez ten trybunał mogłoby zostać uchylone w drodze kontroli sądowej, zgodnie z przepisami właściwego prawa krajowego. Z powyższym poglądem nie sposób się zgodzić, gdyż art. 33 Konwencji CMR nie daje podstaw do rozróżnienia między klauzulą arbitrażową zawartą przed i po powstaniu sporu, przewidując konieczną treść takiej klauzuli w każdym przypadku. Przeciwno powyższemu pogładowi przemawia również fakt, że w toku kontroli orzeczenia arbitrażowego przed sądem państwowym, w zasadzie nie ma podstawy do weryfikowania, czy trybunał stosował przepisy Konwencji i sam fakt ich pominięcia nie daje podstawy do kwestionowania wydanego orzeczenia.

### Podmioty związane klauzulą arbitrażową

Co do zasady, umowa o arbitraż wiąże strony, które ją zawarły bądź to osobiście, bądź przez swych przedstawicieli. Istnieją jednak wyjątki od tej zasady, do których należy zaliczyć następstwo prawne pod tytułem ogólnym, czy szczególnym oraz szeroko omawiane w doktrynie konstrukcje umożliwiające rozszerzenie zakresu zapisu na sąd polubowny na osoby trzecie (ang. *extension of arbitration clause to non-signatories*), jak dorozumiane pełnomocnictwo, nadużycie prawa, czy nadużycie formy prawnej



spółki<sup>32</sup>. Problematyka związania osób trzecich, które nie złożyły oświadczenia o zawarciu umowy arbitrażowej, pojawia się również w kontekście umów międzynarodowego przewozu drogowego towarów.

Klasyczny schemat realizacji umowy przewozu zakłada występowanie co najmniej nadawcy, przewoźnika i odbiorcy towaru. Stronami umowy przewozu są jednak tylko nadawca i przewoźnik, a przeważający w doktrynie pogląd nakazuje uznać umowę między nimi zawartą, za umowę na rzecz osoby trzeciej (*pactum in favorem tertii*), z pewnymi odmiennościami względem przepisu art. 393 k.c.<sup>33</sup> Pomimo, że odbiorca nie jest stroną umowy przewozu, to może poprzez skorzystanie z uprawnień przewidzianych w Konwencji CMR (np. prawo rozporządzania towarem, prawo do żądania wydania listu przewozowego wraz z towarem), niejako włączyć się w strukturę stosunku prawnego między nadawcą a przewoźnikiem, przy czym włączenie to nie oznacza przystąpienia do umowy<sup>34</sup>. I tak, na podstawie art. 13 ust. 1 Konwencji CMR, po przybyciu towaru do miejsca przewidzianego dla jego wydania, odbiorca ma prawo żądać od przewoźnika wydania za pokwitowaniem drugiego egzemplarza listu przewozowego oraz towaru, a jeżeli stwierdzono zaginięcie towaru lub jeżeli towar nie przybył po upływie terminu

32. T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 146-151; E. Wętrys, Skuteczność zapisu na sąd polubowny spółki zależnej wobec spółki dominującej, *ADR. Arbitraż i Mediacja*, Nr 3/2010, s. 150-154, J. Zralek, W. Kurowski, Wpływ przelewu wierzytelności na klauzulę arbitrażową, *ADR. Arbitraż i Mediacja*, Nr 3/2008, A. Szumański, Wpływ uczestnictwa spółki kapitałowej w grupie spółek na związanie zapisem na sąd polubowny dokonany przez inną spółkę z grupy, *PPH* Nr 5/2008, s. 44-58).

33. K. Wesolowski, *Umowa...*, s. 264.

34. K. Wesolowski, *Umowa...*, s. 265.

przewidzianego w art. 19 Konwencji CMR, odbiorca może w imieniu własnym dochodzić wobec przewoźnika praw wynikających z umowy przewozu. W momencie przekazania drugiego egzemplarza listu przewozowego to odbiorca, a nie nadawca uprawniony jest do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z tytułu szkody w towarze od przewoźnika<sup>35</sup>. W tej sytuacji jednak, odbiorca nie wstępuje w prawa i obowiązki nadawcy wynikające z umowy przewozu, a realizowane przez niego roszczenia nie są efektem następstwa prawnego, a jego własnymi uprawnieniami wynikającymi z Konwencji. Z drugiej zaś strony, wykonywanie uprawnień przewidzianych przepisem art. 13 ust. 1 Konwencji CMR powoduje, że odbiorca staje się jednocześnie podmiotem zobowiązanym do zapłaty należności wynikających z listu przewozowego (art. 13 ust. 2 zd. 1 Konwencji CMR) i to przewoźnik jest uprawniony do dochodzenia roszczeń względem niego.

W takim przypadku, z uwagi na brak następstwa prawnego, zapis na sąd polubowny zawarty w umowie przewozu, nawet jeśli został zamieszczony w liście przewozowym (stanowiącym dowód zawarcia stosunku umownego między przewoźnikiem a nadawcą ładunku), nie będzie wiązał odbiorcy. Aby zapis na sąd polubowny miał zastosowanie względem odbiorcy ładunku, konieczne byłoby złożenie przez tego ostatniego oświadczenia w odpowiedniej formie, że zgadza się na arbitraż przewidziany takim zapisem. Jest to rozwiązanie o tyle słuszne, że dotyczy tych podmiotów, które nie będąc stroną umowy nie brały udziału w formułowaniu jej warunków, w związku

35. K. Wesolowski, *Umowa...*, s. 618, 619.

z czym klauzula arbitrażowa zostałaby im narzucona<sup>36</sup>. Powyższy argument nie znajduje jednak zastosowania w sytuacji, gdy odbiorca, nie będąc stroną umowy przewozu, ani umowy o arbitraż, chciałby się na nią powołać w przypadku sporu z jego udziałem. Jak wskazują M. Zachariasiewicz i J. Zralek, w literaturze zagranicznej dopuszcza się możliwość „skorzystania” przez osobę trzecią z pozytywnego skutku zapisu na sąd polubowny zawartego w umowie na rzecz tej osoby, przy czym osoba trzecia nie może sama zostać pozwana przed sądem arbitrażowym, jeśli nie wyraziła zgody na związanie zapisem<sup>37</sup>. Powyższe wynika z zasady, zgodnie z którą nie można na osobę trzecią, na rzecz której zawierana jest umowa, nakładać zobowiązań w drodze porozumienia innych osób, ale można stworzyć dla tej osoby uprawnienia. Koncepcja ta budzi jednak pewne wątpliwości w kontekście rozpatrywania zapisu na sąd polubowny w kategorii prawa, z którego to osoba trzecia mogłaby skorzystać, a ponadto dopuszczalności związania zapisem na sąd polubowny pomimo braku zachowania wymaganej ku temu formy<sup>38</sup>.

36. Podobna sytuacja występuje w umowie przewozu ładunku drogą morską. Biorąc więc pod uwagę brak wyraźnego unormowania oraz fakt, że nabywca konosamentu nie jest następcą prawnym frachtującego, należy stwierdzić, iż klauzula arbitrażowa zamieszczona w umowie o przewóz ładunku, do której to odsyła konosament, będzie wiązała nabywcę konosamentu w stosunkach z przewoźnikiem tylko wtedy, gdy nabywca konosamentu złoży przewoźnikowi pisemne oświadczenie, że zgadza się na arbitraż przewidziany w tej klauzuli. Wtedy bowiem dopiero można mówić o zachowaniu formy zapisu na sąd polubowny wymaganej w art. 1162 k.p.c. (tak: M. Tomaszewski, [w:] *Arbitraż...*, s. 308 i nast.).

37. M. Zachariasiewicz, J. Zralek, Czy umowa arbitrażowa rozciąga się na podmioty powiązane ze spółką będącą stroną tej umowy?, *ADR. Arbitraż i Mediacja* Nr 2/2009, s. 167-168, J. Zralek, W. Kurowski, Wpływ..., s. 137 i n., E. Wętrys, *Skuteczność...*, s. 153.

38. M. Zachariasiewicz, J. Zralek, *Czy...*, s. 169-170,

Rozważenia wymaga również kwestia zapisu na sąd polubowny, w sytuacji wykonywania przewozu przez kilku przewoźników drogowych. W tym przypadku należy odróżnić przewóz wykonywany na zasadzie podwykonawstwa od przewozów sukcesywnych. W pierwszym przypadku, umowa zawierana jest przez nadawcę z pierwszym przewoźnikiem, który w drodze zawarcia kolejnej umowy może zlecić wykonanie przewozu innemu przewoźnikowi. Za działania lub zaniechania tego przewoźnika, przewoźnik zawierający umowę z nadawcą odpowiada jak za swoje własne działania lub zaniechania (art. 3 Konwencji CMR). Stroną umowy przewozu dla nadawcy jest wyłącznie ten przewoźnik, z którym zawarł on umowę i tylko ten przewoźnik odpowiada względem nadawcy. W tym przypadku, klauzula arbitrażowa zawarta w umowie między nadawcą a pierwszym przewoźnikiem nie wiąże przewoźnika – podwykonawcy, gdyż nie jest on stroną tej umowy. Klauzula taka może zostać zawarta w umowie między pierwszym przewoźnikiem a kolejnym, przy czym pierwszy przewoźnik występuje względem kolejnego w roli nadawcy. Należy jednak zauważyć, że przewoźnik może podzlecić wykonanie przewozu tylko na odcinku krajowym całej trasy, a wówczas do umowy zawartej z podwykonawcą zastosowanie znajdują przepisy prawa krajowego, w tym, w zakresie zapisu na sąd polubowny.

Problematykę przewozów sukcesywnych regulują art. 34 – 40 Konwencji CMR. Zgodnie z treścią art. 34 Konwencji CMR, jeżeli przewóz jest wykonywany na podstawie jednej umowy przez kilku kolejnych przewoźników drogowych, każdy z nich przyjmuje na siebie odpowiedzialność za wykonanie całego przewozu, przy czym drugi przewoźnik i każdy z następnych

przewoźników stają się przez przyjęcie towaru i listu przewozowego stroną umowy na warunkach określonych w liście przewozowym. Jak wskazał Sąd Najwyższy, przewoźnicy sukcesywni przystępują do umowy zawartej między nadawcą a przewoźnikiem i – tworząc jedną stronę umowy – wiążą się jej warunkami<sup>39</sup>. Konwencja nie wymaga złożenia przez przewoźników sukcesywnych żadnego oświadczenia woli względem nadawcy towaru, a do przystąpienia do umowy przez nich dochodzi per facta concludentia, przy czym nadawca przesyłki może o tym fakcie nawet nie wiedzieć.

W kwestii związania zapisem na sąd polubowny przewoźników sukcesywnych K. Wesołowski prezentuje pogląd, że klauzula arbitrażowa odnosi skutek wobec kolejnych przewoźników, o ile została zawarta w liście przewozowym<sup>40</sup>. Uzasadnieniem takiego poglądu może być to, że przewoźnik sukcesywny przystępuje do umowy przewozu, w takim kształcie, w jakim wynika to z treści listu przewozowego, a więc wiążące są dla niego te postanowienia umowy przewozu zawartej między nadawcą a pierwotnym przewoźnikiem, z którymi mógł on się w ten sposób zapoznać. Ponadto, w doktrynie dopuszcza się możliwość związania osoby trzeciej przystępującej do danego stosunku prawnego zapisem na sąd polubowny, odnoszącym się do sporów wynikających z tego stosunku. W takim przypadku, nie jest konieczne wyraźne oświadczenie na piśmie osoby przystępującej, że akceptuje ona zapis, który jest zamieszczony w umowie regulującej ten stosunek prawny.

39. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2009 r. (V CSK 392/08, LEX nr 627253).

40. K. Wesołowski, *Umowa...*, s. 706.

Dla związania zapisem osoby przystępującej, wymagać jednak należy, aby sam akt przystąpienia do umowy sporządzony był w formie wystarczającej dla sporządzenia zapisu na sąd polubowny<sup>41</sup>. Powyższe stanowisko może zostać poparte przez orzecznictwo dotyczące związania zapisem na sąd polubowny cesjonariusza, jako następcy prawnego. Zgodnie ze stanowiskiem J. Zrałka i W. Kurowskiego, związanie cesjonariusza można uzasadnić uznaniem klauzuli arbitrażowej za element współkształtujący dany stosunek prawny, przy czym z podobną sytuacją mamy do czynienia przy wyborze prawa dla umowy i stosunku prawnego z niej wynikającego<sup>42</sup>.

W praktyce obrotu, zdarza się, że przewoźnicy sukcesywni podpisują się na liście przewozowym, jednak nie jest to przesłanką konieczną przystąpienia przez nich do umowy przewozu. W przypadku, jeśli klauzula arbitrażowa została ujawniona na liście przewozowym, a przewoźnik sukcesywny złożył na nim podpis, można by uznać, że zapis na sąd polubowny został zawarty przy zachowaniu wymogów formalnych jego sporządzenia. Kwestia przestaje być tak oczywista w przypadku, gdy przewoźnik sukcesywny tego podpisu nie złożył, a przystąpienie do umowy przewozu ograniczyło się do złożenia oświadczenia woli w sposób dorozumiany, poprzez przyjęcie przesyłki wraz z listem przewozowym. Należy bowiem pamiętać, że co do zasady wyklucza się zawarcie zapisu na sąd

41. M. Tomaszewski, [w:] *Arbitraż ...*, s. 323. Przykładem zastosowania tej instytucji jest art. 1163 k.p.c., który przewiduje, że zamieszczony w umowie (statucie) spółki handlowej zapis na sąd polubowny dotyczący sporów ze stosunku spółki wiąże spółkę oraz jej wspólników.

42. J. Zrałek, W. Kurowski, *Wpływ przelewu wierzytelności na klauzulę arbitrażową*, ADR. Arbitraż i Mediacja Nr 3/2008, s. 135 i n.

polubowny w sposób dorozumiany lub ustnie<sup>43</sup>. Strony muszą bowiem wyraźnie oświadczyć, że ich wola jest poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, a wyrażenie zgody na związanie umową poprzez przyjęcie towaru do przewozu tego warunku nie spełnia.

### Podsumowanie

Przepisy Konwencji CMR nakładają na strony umowy przewozu wymogi szczególne odnośnie koniecznej treści zapisu na sąd polubowny, wymuszające stosowanie reżimu konwencyjnego. W zakresie warunków formalnych, należy odwołać się do przepisów konwencji międzynarodowych z zakresu arbitrażu oraz prawa krajowego wskazanego przez odpowiednie normy kolizyjne. Przy dochowaniu warunków co do formy i treści, klauzula wiąże nadawcę towaru i przewoźnika. Dla skutecznego związania klauzulą arbitrażową innych uczestników przewozu, jak odbiorca towaru, czy przewoźnik sukcesywny, zaleca się złożenie przez te podmioty stosownego oświadczenia o wyrażeniu zgody na związanie klauzulą arbitrażową. W każdym przypadku, strony mogą uzupełnić treść zapisu o postanowienia dodatkowe dotyczące sposobu postępowania przed sądem polubownym, czy wskazać stały sąd polubowny jako właściwy do rozstrzygnięcia sporu.

Z uwagi na swój międzynarodowy charakter oraz możliwość wyboru do składu arbitrażu znawców specyfiki międzynarodowych przewozów drogowych, spory powstałe na tle wykonywania umów, do których znajdują zastosowanie przepisy Konwencji CMR, powinny być z zasady przekazywane do arbitrażu. Za

43. M. Tomaszewski, [w:] *Arbitraż ...*, s. 306.

powyższym, przemawia również całkowita swoboda stron co do miejsca postępowania, której nie gwarantują klauzule prorogacyjne zawarte na gruncie Konwencji CMR. Należy jednak pamiętać, że w przypadku sporów dotyczących roszczeń o stosunkowo niewielkiej wartości, do których zwykle należą sprawy o zapłatę należności za przewóz, postępowanie arbitrażowe może okazać się bardziej kosztowne od prowadzonego przed sądami powszechnymi.



# Kilka uwag o postępowaniu remisyjnym w sprawach ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego

■ Alicja Szczęśniak

Prawnik w kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr Sp. k., doktorantka IWP PAN

Przepisy KPC dopuszczają możliwość żądania uchylenia prawomocnego wyroku sądu polubownego przez sąd państwowy wyłącznie w przypadku wystąpienia ściśle określonych ku temu przesłanek, wyliczonych w art. 1206 KPC. Niemniej, przypadek w którym sąd państwowy znajdzie podstawy do uchylenia wyroku sądu polubownego, nie zawsze musi oznaczać konieczność jego uchylenia i w konsekwencji wyeliminowania z obrotu prawnego. Na wniosek jednej ze stron możliwe jest bowiem zawieszenie postępowania w sprawie ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego i umożliwienie sądowi polubownemu ponownego podjęcia postępowania w celu usunięcia podstaw do uchylenia wyroku sądu polubownego.

Instytucja, o której mowa w art. 1209 KPC wprowadza do polskiego systemu kontroli wyroków sądów polubownych tzw. „postępowanie naprawcze” albo „postępowanie remisyjne”. Jest to nowa instytucja (zmianę wprowadzono nowelizacją KPC z 2005 roku), która nie miała swojego odpowiednika w poprzednim stanie prawnym.

Celem postępowania remisyjnego jest zapobieżenie uchyleniu wyroku sądu polubownego i konieczności ponownego prowadzenia postępowania polubownego.<sup>1</sup> Instytucja ta miała usprawnić (zarówno czasowo jak i kosztowo) całokształt rozwiązywania sporów w arbitrażu poprzez umożliwienie poprawienia przez sąd polubowny wydanego przezeń wyroku, bez konieczności jego uchylenia i ponownego rozpatrzenia sprawy.<sup>2</sup>

Regulacja ta oparta jest na art. 34 ust. 4 prawa modelowego UNCITRAL.<sup>3</sup> Zgodnie z tym wzorem, sąd państwowy, do którego wniesiono skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego, na wniosek stron i jeżeli uzna to za właściwe, może zawiesić postępowanie

1. T. Ereciński, K. Weitz, Sąd arbitrażowy, Warszawa, 2008, s. 409; M. Łaszczuk, J. Szpara [w:] System Prawa Handlowego. Arbitraż handlowy, t. 8, red. A. Szumański, Warszawa 2010, str. 634; K. Piasecki: Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. T. 4, re. K. Piasecki, Warszawa 2013, komentarz do art. 1209.

2. Por. uzasadnienie do projektu Nowelizacji 2005, druk sejmowy nr 3434.

3. Ustawa modelowa UNCITRAL dot. międzynarodowego arbitrażu handlowego z 1985 r., (ang.) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, www.uncitral.org.

skargowe na określony przez siebie czas, w celu umożliwienia sądowi polubownemu ponownego wszczęcia postępowania arbitrażowego lub podjęcia takich innych czynności, jakie w ocenie sądu polubownego wyeliminują podstawy uchylenia.

Polski ustawodawca dokonał pewnych modyfikacji w stosunku do wzoru z prawa modelowego. Zgodnie ze wzorem modelowym, decyzja w sprawie wniosku strony o skierowanie sprawy do sądu polubownego, jest zależna od uznania tego przez sąd państwowy za właściwe. Choć w polskim odpowiedniku nie użyto podobnego sformułowania („jeżeli uzna to za właściwe”), to w związku z tym, że sąd „może zawiesić postępowanie”, a nie „zawiesza postępowanie”, efekt jest porównywalny – decyzja w tym zakresie będzie zależała od uznania sądu.

Poza tym, polski ustawodawca powierzył sądowi państwowemu kompetencję do określania zakresu zmian w wyroku – sąd państwowy ma wskazać sądowi polubownemu czynności zmierzające do usunięcia uchybień (art. 1209 § 2 KPC). W prawie modelowym jest natomiast mowa o tym, że sąd polubowny może podjąć wszelkie czynności, jakie w jego opinii będą skutkowały wyeliminowaniem podstaw uchylenia. W konsekwencji tej zmiany, polska regulacja budzi pewne wątpliwości co do tego, jak precyzyjnie sąd państwowy powinien wskazywać sądowi polubownemu czynności, które ten ma podjąć w celu wyeliminowania wadliwości wyroku oraz co do zasadności takiej ingerencji sądu państwowego w autonomię sądów polubownych.

Najpoważniejsze zastrzeżenia budzi sformułowanie, że sąd polubowny wykonuje czynności

„wskazane” przez sąd państwowy (art. 1209 § 2 KPC). Słusznie spostrzegł W. Głodowski, że ustawodawca nie dookreślił zakresu czynności, jakie sąd państwowy może sądowi polubownemu wskazać, a przyjęcie, że zalecenie sądowi polubownemu merytorycznej zmiany wyroku, godziłoby w zasadę autonomii sądu polubownego.<sup>4</sup>

Dalece restrykcyjne wydaje się z drugiej strony stanowisko R. Morka, który uważa, że w ramach postępowania remisyjnego, dopuszczalne jest wskazanie sądowi polubownemu tylko takich czynności, które nie będą skutkowały korektą merytorycznego rozstrzygnięcia. Jego zdaniem należy przyjąć, że dyspozycja ta odnosi się do pewnych technicznych czynności, które sąd polubowny może podjąć, np. uzupełnienia braków formalnych wyroku lub sprostowania oczywistych omyłek pisarskich.<sup>5</sup> Brak jest jednak podstaw do przyjęcia takiego stanowiska – nie wskazuje na to wykładnia omawianego przepisu. Możliwość sprostowania pomyłek i błędów pisarskich, jak również uzyskania wykładni wyroku na wniosek strony, została uregulowana w KPC odrębnie, w art. 1200. Ponadto wydaje się, że gdyby przyjąć takie stanowisko, przydatność środka, jakim jest zwrócenie sprawy do sądu arbitrażowego w celu usunięcia uchybień uzasadniających uchylenie, byłaby znikoma. Do rzadkości powinny należeć

4. W. Głodowski, Postępowanie na skutek wniesienia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego, [w:] Ewolucja polskiego postępowania cywilnego wobec przemian politycznych, społecznych i gospodarczych. Materiały konferencyjne Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Postępowania Cywilnego Szczecin – Niechorze 28-30.9.2007r, red. H. Dolecki, K. Flaga-Gieruszewska, Warszawa 2009, s. 177.

5. R. Morek, Mediacja i arbitraż (art. 1831 - 18315, art. 1154-1217 k.p.c.), Warszawa 2006, s. 274; R. Morek [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, red. E. Marszałkowska-Krześ, Warszawa 2012, komentarz do art. 1209.

sytuacje, w których techniczne uchybienia, o których mówi R. Morek, mogły w ogóle stanowić podstawę uchylenia wyroku sądu polubownego, również rzadko pojawiałyby się zatem potrzeba ich korekty.

Rzeczywiście, instytucja pozwalająca sądowi państwowemu na zalecenie sądowi polubownemu przeprowadzenia pewnych konkretnych czynności w określony sposób, po przeprowadzeniu których wyrok ten będzie akceptowalny przez sąd państwowy, mogłaby godzić w ostateczny charakter wyroku sądu arbitrażowego.<sup>6</sup> Również przyjęcie dopuszczalności zalecania sądowi polubownemu merytorycznej zmiany wyroku mogłoby stanowić obrazę autonomii sądu polubownego.<sup>7</sup> A. Zieliński wskazuje, że „omawiany fragment przepisu pozostaje w sprzeczności z ideą sądownictwa polubownego, które jest całkowicie niezależne od sądów powszechnych, a co za tym idzie, sądy powszechne nie mogą sądów polubownych zobowiązywać („wykonuje czynności”) do jakichkolwiek działań.”<sup>8</sup> Czynność sądu państwowego jest nie tyle nakazaniem sądowi polubownemu ponownego podjęcia postępowania i uchylenia konkretnych błędów,<sup>9</sup> co wskazaniem na wady tego wyroku i umożliwieniem sądowi polubownemu ich naprawienia. Przy czym należy uznać, że uchylenie wyroku sądu polubownego znacznie dotkliwiej godzi w ostateczność wyroku arbitrażowego

i autonomię sądu polubownego. Celem postępowania remisyjnego jest właśnie promowanie ostateczności wyroku arbitrażowego i respektowanie rozstrzygnięcia sądu polubownego, pod warunkiem, że usunięte zostaną uchybienia uzasadniające jego zniweczenie. Przy czym należy przyjąć, że sąd polubowny nie jest zobligowany do wykonania czynności wskazanych przez sąd państwowy, a sąd państwowy nie dysponuje żadnymi sankcjami wobec sądu polubownego. Tym samym, sąd polubowny jest w pełni władny do odmówienia podjęcia wskazanych czynności lub części z nich. Taki stan rzeczy pozwala na zachowanie autonomii sądu polubownego.

Przy czym, mając na uwadze regułę należytej staranności arbitrów, odzwierciedloną w wielu regulaminach arbitrażowych i kodeksach etyki arbitrów,<sup>10</sup> arbitrzy powinni dołożyć należytej staranności, by ich wyrok był skuteczny i wykonalny według właściwych przepisów o sądzie polubownym. Dlatego też arbitrzy mogą być zobligowani do podjęcia wszelkich kroków zmierzających do zapewnienia prawidłowości wydanego przez nich wyroku, w tym usunięcia uchybień, które mogą skutkować jego uchyleniem, oczywiście, o ile zgadzają się z ustaleniami sądu państwowego. Jeżeli natomiast ich stanowisko różni się od stanowiska sądu państwowego, to przy pomocy omawianego środka, mogą je uzupełnić lub uściślić, co również wypełniałoby ich obowiązek dołożenia wszelkich starań w celu zapewnienia ostateczności i wykonalności wydanego przez nich wyroku. W przeciwnym razie,

w razie odmowy poprawienia wyroku lub wyjaśnienia, dlaczego poprawienia wyroku odmawiają, arbitrzy mogą być odpowiedzialni cywilnie względem stron.<sup>11</sup>

Uzasadniona wydaje się zatem propozycja wykładni tego dość niefortunnego sformułowania („sąd polubowny wykonuje czynności wskazane przez sąd”) zaproponowana przez A. Zielonego, polegająca na przyjęciu, że sąd państwowy nie tyle wskazuje sądowi polubownemu konkretne czynności do wykonania, co zakres działania w ramach ponownego rozpoznawania sporu.<sup>12</sup> Taki zakres działania mógłby wynikać z samego oznaczenia wad wyroku, które w ocenie sądu państwowego, stanowią podstawę uchylenia, bez determinowania jednak, jakie czynności sąd polubowny powinien podjąć w celu ich usunięcia.<sup>13</sup>

Należy się również zgodzić ze stanowiskiem T. Erecińskiego i K. Weitz, zgodnie z którym zakres wskazanych wad powinien być zgodny z dopuszczalnym zakresem badania wyroku przez sąd państwowy, tj. nie powinien wykaczać poza podstawy skargowe wskazane przez stronę oraz te podstawy, które sąd państwowy może brać pod uwagę z urzędu,<sup>14</sup> bowiem celem tego środka jest usunięcie podstaw do uchylenia wyroku sądu polubownego, a nie korekta wszelkich jego uchybień.

Wydaje się również, że mimo sformułowania zawartego w art. 1209 § 2 KPC – „sąd

polubowny wykonuje czynności wskazane przez sąd” – określony przez sąd państwowy zakres czynności nie powinien ograniczać sądu polubownego do podjęcia wyłącznie takich wskazanych czynności. Wydaje się, że celowościowa wykładnia tego przepisu przemawia za tezą, że sąd polubowny powinien podjąć wszelkie czynności, które doprowadzą do wydania prawidłowego – w świetle podstaw skargowych – wyroku sądu polubownego.

Sąd państwowy może zawiesić postępowanie wyłącznie na wniosek jednej ze stron, nie ma natomiast kompetencji do podjęcia takiej czynności z urzędu. Wydaje się, że umożliwienie sądowi państwowemu działania w tym zakresie z urzędu, mogłoby przyczynić się do częstszego stosowania tego jakże pomocnego środka i utrzymywania większej liczby wyroków sądów polubownych.

Skutkiem wszczęcia postępowania remisyjnego jest niejako przywrócenie mandatu sądu polubownego do orzekania w sprawie. Przypadek ten (obok kompetencji sądu polubownego do sprostowania lub uzupełnienia wyroku oraz czynności związanych z przechowywaniem akt)<sup>15</sup> jest jednym z wyjątków od reguły wynikającej z art. 1199 KPC, zgodnie z którą wraz z wydaniem wyroku albo postanowienia o umorzeniu postępowania lub innego postanowienia kończącego postępowanie w sprawie, kończą się obowiązki arbitrów.

KPC nie precyzuje, na podstawie jakich przesłanek, na jakim etapie postępowania skargowego i w jakiej formie sąd może skorzystać ze środka, o którym mowa w art. 1209

15. Art. 1200-1203 i 1204 § 1 KPC.

6. T. Kurnicki, *Znowelizowane postępowanie przed sądem polubownym*, MoP, nr 22, s. 1128.

7. W. Głodowski, op.cit., s. 177; R. Morek: *Komentarz... op.cit.*; A. Zieliński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2012, komentarz do art. 1209.

8. A. Zieliński, op.cit.

9. Tak: W. Głodowski, op.cit., s. 177.

10. Np. § 10 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej z 11/2007; art. 41 Regulaminu Arbitrażowego ICC 2012; art. 32 ust. 2 Regulaminu Londyńskiego Sądu Międzynarodowego Arbitrażu 1998; por. C. Boog, S. Wittmer: *The Lazy Myth of the Arbitral Tribunal's Duty to Render an Enforceable Award*, „Kluwer Arbitration Blog”, 28/01/2013.

11. W. Głodowski, op.cit., s. 178.

12. A. Zielony, *Postępowanie rektyfikacyjne i remisyjne*, „Przebieg Sądowy”, nr 3/2007, s. 51.

13. Por. T. Ereciński, K. Weitz, op.cit., s. 410.

14. T. Ereciński, K. Weitz, op.cit., s. 410.



KPC. Jednak z pragmatycznego punktu widzenia podjęcie przez sąd państwowy decyzji o tym, czy zawiesić postępowanie i zwrócić wyrok sądowi polubownemu do ponownego rozpoznania, może nastąpić dopiero pod sam koniec postępowania skargowego, w momencie, w którym gdyby nie wniosek strony, sąd państwowy wydawałby rozstrzygnięcie uchylające wyrok sądu polubownego. Bowiem dopiero po merytorycznym rozpoznaniu skargi (co najmniej po złożeniu przez przeciwnika skargi odpowiedzi na skargę lub po upływie terminu do złożenia tego pisma i po przeprowadzeniu rozprawy), sąd państwowy będzie miał pewność, czy skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego jest zasadna i w związku z tym czy zasadne jest umożliwienie sądowi polubownemu ewentualnego poprawienia wyroku.<sup>16</sup>

Możliwość przekazania sprawy sądowi polubownemu do usunięcia uchybień powinna być również uzależniona od tego, czy w ogóle istnieje perspektywa usunięcia przez sąd polubowny takich uchybień.<sup>17</sup> Niektóre ustawodawstwa, w tym amerykański Jednolity Akt Arbitrażowy<sup>18</sup> wyraźnie wskazują, że postępowania remisyjnego nie stosuje się w odniesieniu do wadliwości wyroku polegającej na braku, nieważności lub bezskuteczności zapisu na sąd

polubowny, sąd polubowny nie jest bowiem w stanie naprawić takiej wadliwości. Natomiast w przypadku stronniczości, czy korupcji po stronie sądu polubownego, postępowanie remisyjne powinno się odbyć przed innym sądem. Wydaje się, że w przypadku polskiej ustawy, mimo iż nie jest to jasno uregulowane, sąd państwowy w takich okolicznościach (wadliwości zapisu na sąd polubowny, której nie da się naprawić czy też zarzutów co do składu sądu polubownego) powinien oddalić wniosek strony o skierowanie sprawy z powrotem do sądu polubownego.

W angielsko-walijskim Akcie Arbitrażowym 1996<sup>19</sup>, w odniesieniu do katalogu podstaw skargowych określanego mianem „poważnych nieprawidłowości” (obejmującym m.in. wadliwości co do zakresu zapisu na sąd polubowny, braku formalne wyroku, naruszenie zasad postępowania), zasadą jest zwrócenie wyroku sądowi polubownemu do ponownego rozpoznania, częściowo lub w całości. Sąd państwowy może uchylić wyrok wyłącznie wtedy, gdy uzna, że postępowanie remisyjne jest w konkretnym przypadku niewłaściwe.<sup>20</sup> Zgodnie z sek. 70 ust. 3 Aktu Arbitrażowego 1996, sąd polubowny, któremu zwrócono wyrok w tym trybie, wydaje nowe orzeczenie w zakresie kwestii, których dotyczył zwrot, w ciągu trzech miesięcy od dnia zwrotu, chyba że sąd państwowy wyznaczył ku temu dłuższy termin.

Często wskazuje się, że kłopotliwą konsekwencją tego uregulowania jest to, że ujawnia ono stanowisko sądu państwowego co do

19. Angielsko-walijska ustawa z 17 VI 1996 r. o arbitrażu (ang.) Arbitration Act 1996, regulująca funkcjonowanie sądownictwa polubownego w Anglii, Walii i Irlandii Północnej; <http://www.legislation.gov.uk>

20. Sek. 68 ust. 3 Aktu Arbitrażowego 1996.

zasadności skargi. Wydaje się również, że w przypadku niepodjęcia przez sąd polubowny zaleconych czynności lub niewyjaśnienia wątpliwości sądu państwowego w inny sposób, sąd państwowy będzie związany swoimi wcześniejszymi ustaleniami i zobligowany do uchylenia wyroku.

Postanowienie sądu w zakresie zwrócenia wyroku sądowi polubownemu w celu usunięcia uchybień, w związku z art. 1159 § 2 KPC, jest niezaskarżalne. Zaskarżeniu podlega jedynie postanowienie w przedmiocie zawieszenia postępowania (na podstawie art. 394 § 1 pkt. 6 KPC), choć wydaje się, że w ramach rozpoznawania takiego zażalenia sąd będzie musiał rozpoznać zasadność zawieszenia, a więc także zasadność przekazania wyroku sądowi polubownemu do usunięcia uchybień.<sup>21</sup>

W efekcie postępowania remisyjnego sąd polubowny wydaje wyrok uzupełniający, zwany również wyrokiem remisyjnym. W związku z odpowiednim stosowaniem art. 1202 KPC (wynikającym z art. 1209 § 2 zd. drugie KPC), sąd polubowny powinien wydać wyrok uzupełniający w terminie do dwóch miesięcy od dnia otrzymania wezwania sądu państwowego<sup>22</sup>.

Zgodnie z art. 1209 § 2 KPC, wyrok wydany po przeprowadzeniu takiego postępowania remisyjnego nie podlega już skardze o uchylenie. Samo ujawnienie stanowiska sądu w zakresie zasadności skargi nie ma negatywnego wpływu na postępowanie, jako że skierowanie sprawy do ponownego rozpoznania do sądu polubownego powinno co do zasady

21. Por. W. Głodowski, op.cit., s. 177.

22. Inaczej: W. Głodowski, op.cit., s. 179.

nastąpić w momencie, w którym gdyby nie decyzja o remisji, wyrok zostałby uchylony. Tak przykładowo kwestia ta została wyraźnie uregulowana w szwedzkim Akcie Arbitrażowym 1999<sup>23</sup>. Zgodnie z art. 35 tej ustawy, przekazanie wyroku sądowi polubownemu jest możliwe tylko wtedy, gdy sąd państwowy jest przekonany o zasadności żądania uchylenia albo wówczas, gdy strony zgodnie o to wniosły.

Ewentualne zarzuty co do czynności podjętych przez sąd polubowny w postępowaniu remisyjnym rozpatrywane są przez sąd państwowy po podjęciu postępowania sądowego wszczętego skargą o uchylenie wyroku sądu polubownego, uprzednio zawieszono. Należy przyjąć, że owe zarzuty przeciwko wyrokowi reemisyjnemu powinny się mieścić w ramach podstaw skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego, przy czym mogą one również dotyczyć czynności podjętych przez sąd polubowny, jak i samego wyroku.<sup>24</sup> Należy przyjąć, że w ponownie podjętym postępowaniu skargowym, strony nie będą mogły podnosić nowych podstaw skargowych, jeżeli nie dotyczą one kwestii, które pojawiły się w konsekwencji przeprowadzenia postępowania remisyjnego.

Nieco inną konstrukcję postępowania remisyjnego przyjął niemiecki ustawodawca. Zgodnie z § 1059 ust. 4 ZPO<sup>25</sup>, sąd państwowy może skierować sprawę do postępowania remisyjnego wraz z uchyleniem wyroku

23. Szwedzka ustawa o arbitrażu z 4 III 1999 r., (szwed.) Lag om skiljeförfarande (SFS 1999:116), z późn. zm., regulująca funkcjonowanie sądownictwa polubownego w Szwecji; [www.sccinstitute.se](http://www.sccinstitute.se).

24. P. Prus, op.cit.

25. Niemiecki Kodeks postępowania cywilnego z 5 XII 2005 r. z późn. zm. (niem.) Zivilprozessordnung.

sądu polubownego. Przy czym przyjmuje się, że skierowanie do postępowania remisyjnego jest możliwe tylko wtedy, gdy wady wyroku polubownego nadają się do usunięcia przez sąd polubowny.

Instytucja zwrotu wyroku do sądu polubownego w celu usunięcia uchybień pochodzi z państw common law i jest typowa dla tych systemów prawnych. Niemniej kilka krajów, które ukształtowały swoje prawa arbitrażowe w oparciu o prawo modelowe UNCITRAL wprowadziło taką regulację, m.in. Cypr, Rosja, Tunezja, Ukraina, Peru i Polska.<sup>26</sup>

Pomimo licznych kontrowersji i krytycznych stanowisk wobec tej nowej instytucji w polskim prawie, sama koncepcja wydaje się właściwa i przydatna.<sup>27</sup> Pewne wątpliwości interpretacyjne wywołuje sformułowanie przyjęte przez polskiego ustawodawcę, mówiące o tym, że „sąd polubowny wykonuje czynności wskazane przez sąd”. Niemniej wydaje się, że odpowiednia wykładnia tego przepisu przez sądy, z uwzględnieniem jego celu, mogłaby przysłużyć się efektywności postępowania skargowego. Z jednej strony, pozwala ona na uniknięcie uchylecia wyroku, co może być szczególnie pożyteczne w sytuacjach, w których wadliwość wynika z oczywistej omyłki czy przeoczenia sądu polubownego, którą sąd polubowny może chcieć poprawić. Z drugiej strony, w przypadku gdyby sąd polubowny nie zgadzał się z zarzutami sądu państwowego, może za pomocą tego środka przedstawić swoje stanowisko (np. uzupełniając uzasadnienie wyroku

w wątpliwych kwestiach), co może stanowić wartościowy wkład w dyskusję w sprawie skargowej. Przy czym wydaje się, że przywoływane zarzuty przedstawiane są w fałszywej trosce o autonomię arbitrażu i ostateczność wyroku sądu polubownego, ponieważ ewidentnie dużo dotkliwsze dla tych zasad jest przecież uchylene wyroku, które w przypadku nieskorzystania z postępowania remisyjnego, jeżeli zaszyły ku niemu przesłanki, będzie nieuniknione.

## Charakter prawny klauzuli arbitrażowej w traktatach inwestycyjnych:

Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 października 2012 r. IISAB/WA 252/12

■ Agnieszka Różalska-Kucal

Sąd Arbitrażowy przy Konfederacji Lewiatan, doktorantka WPIA UKSW

### Wyrok

K. I. zwrócił się do Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa (PGSP) o udostępnienie w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej (u.d.i.p.) kopii orzeczenia arbitrażowego trybunału UNCITRAL w sprawie L., B., A. przeciwko Polsce. PGSP poinformowała wnioskodawcę, że nie jest podmiotem obowiązującym do udostępnienia informacji publicznej. Z powyższym K.I. się nie zgodził i skierował skargę na bezczynność do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. W wyroku z 25 października 2012 r. WSA stwierdził, że orzeczenie to stanowi informację publiczną, a PGSP jest podmiotem zobowiązanym do jej udzielenia. Jednocześnie Sąd uznał, że powołany przez PGSP przepis art. 32 ust. 5 Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL stanowiący, że wyrok może zostać podany do wiadomości publicznej wyłącznie za zgodą obu stron, nie może być utożsamiany ze sformułowaniem odmiennych od ustawowych zasad i trybu dostępu do informacji publicznej w rozumieniu art. 1 ust. 2 u.d.i.p., co uzasadniałoby

niestosowanie u.d.i.p. Konsekwentnie, Sąd zobowiązał Prezesa PGSP do udzielenia stosownej informacji, tj. do publikacji orzeczenia arbitrażowego.

### Uwagi wstępne

Przedmiotowy wyrok wydany został w czasie trwającej od dawna dyskusji na temat transparentności a poufności postępowań w arbitrażu międzynarodowym z udziałem Państw. Arbitraż mianowicie, jako prywatna metoda rozwiązywania sporów zakorzeniona w sędzi kupieckim, cechuje się m.in. poufnością, pozwalającą nie tylko na zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale też na nieeskalowanie konfliktu i skupieniu się na zagadnieniach merytorycznych, co także sprzyja zawieraniu ugód<sup>1</sup>. Poufność ma więc często przełożenie na fakt, iż arbitraż staje się rzeczywistym sądem

1. Więcej nt. poufności w arbitrażu: B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz, „Postrzeganie zwyczajów odnoszących się do obowiązku zachowania poufności w arbitrażu. Analiza wyników ankiety przeprowadzonej przez Sąd Arbitrażowy Lewiatan wśród polskich praktyków arbitrażowych” [w:] e-Przeгляд Arbitrażowy nr 3-4(10-11)/2012, str. 5.

26. P. Sanders, Unity and Diversity in the adoption of Model Law, Kluwer Law International, 11/1/1995, p. 19.

27. Zob. R. Morek, Komentarz... op.cit.; P. Prus, op.cit.



polubownym, co w odniesieniu do prowadzenia działalności gospodarczej ma ogromne znaczenie.

Wątpliwości względem poufności zaczęły pojawiać się w odniesieniu do arbitrażu, w których oprócz podmiotów prywatnych stroną postępowania jest także Państwo, co przede wszystkim ma miejsce w arbitrażu inwestycyjnym. Następowало to przede wszystkim z uwagi obrót znaczną ilością środków publicznych, stanowiącą zasądzone odszkodowanie oraz ponoszone koszty procesu, a także na charakter arbitrażu inwestycyjnego, który wychodzi poza ramy arbitrażu prywatnego w stronę arbitrażu publicznoprawnego<sup>2</sup>. Jednakże zalety poufności sprawiały, iż Państwa rzadko decydowały się na upublicznianie postępowań, a jeśli to następowało, to najczęściej w postaci publikacji wyroków w już zakończonych postępowaniach. Dwa najczęściej stosowane regulaminy w arbitrażu inwestycyjnym tj. Konwencja waszyngtońska z 10 czerwca 1985 r. o rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych między państwami a obywatelami innych państw (dalej: ICSID) oraz Reguły arbitrażowe Komisji Narodów Zjednoczonych do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego, przyjęte przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych na mocy uchwały 31/98 z dnia 15 grudnia 1976 r. (dalej: UNCITRAL) stanowią, iż wyrok arbitrażowy może być opublikowany jedynie za zgodą obydwu stron postępowania. Podnoszony jednakże coraz częściej postulat transparentności tychże postępowań, poparty także ustawodawstwem krajowym w zakresie dostępu do informacji

2. A. W. Wiśniewski, Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrów, Warszawa 2011, str. 122 i nast.; R. Dolzer, Ch. Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford 2008, str. 221 i nast.

publicznej, spowodował szerszy dostęp do informacji odnośnie postępowań arbitrażowych, nie tylko w zakresie publikacji wyroków.

Glosowany wyrok jest więc próbą odpowiedzi na pytanie czy i w jakim zakresie Polska zobowiązana jest do publikacji orzeczeń arbitrażowych wydanych w sprawach inwestycyjnych. Biorąc jednak pod uwagę obowiązujący stan prawny, orzeczenie to zostaje poddane krytyce.

### Klauzula arbitrażowa

Arbitraż inwestycyjny jest specyficzną metodą rozwiązywania sporów biorąc pod uwagę nie tylko arbitraż w tradycyjnej postaci, tj. arbitraż handlowy, ale też arbitraż międzypaństwowy. Umowa na arbitraż zawierana w umowie międzynarodowej, której stronami są Państwa, staje się następnie zapisem, z którego może skorzystać – jako beneficjent – inwestor z jednego z Państw-stron umowy, chcący pozwać drugie Państwo – Państwo przyjmujące. Jest to więc swoisty „zapis otwarty” stanowiący ofertę, z której inwestorzy mogą skorzystać<sup>3</sup>.

W przedmiotowej sprawie umową międzynarodową będącą podstawą postępowania arbitrażowego jest Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Republiki Francuskiej w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji podpisana

3. Tak między innymi: Ch. Dugan, D. Wallace, Jr., N. Rubins, B. Sabahi, Investor-State Arbitration, Oxford 2008, str. 236; Ch. Schreuer, P. Muchlinski, F. Ortino, The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford 2008, Str. 837; R. Dolzer, Ch. Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford 2008, str. 238.

w Paryżu 14 lutego 1989 r.<sup>4</sup> i jej art. 8 ust. 2 stanowiący, że:

„1. Wszelki spór dotyczący inwestycji między jedną z Umawiających się Stron i inwestorem drugiej Umawiającej się Strony będzie w miarę możliwości rozstrzygany polubownie między obiema zainteresowanymi stronami lub, jeżeli to niemożliwe, za pomocą wewnętrznych środków odwoławczych.

2. Jednakże spory dotyczące środków wywłaszczeniowych, o których mowa w artykule 5 ustęp 2, a w szczególności dotyczące odszkodowania, jego wysokości, warunków wypłaty, jak również odsetek do zapłaty w przypadku zwłoki w jego uregulowaniu, będą rozstrzygane w następujący sposób:

– Jeśli spór nie będzie rozstrzygnięty polubownie w terminie sześciu miesięcy od momentu, gdy został wniesiony przez jedną ze stron sporu, zostanie on, na wniosek którejkolwiek strony, przedłożony do rozstrzygnięcia przez arbitraż. Jest on rozstrzygany definitywnie, zgodnie z regułami arbitrażowymi Komisji Narodów Zjednoczonych do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego, przyjętymi przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych na mocy uchwały 31/98 z dnia 15 grudnia 1976 r. (...).

Tak jednobrzmiące i stanowcze odwołanie do arbitrażu prowadzonego według Regulaminu UNCITRAL w klauzuli arbitrażowej zawartej w traktacie stanowi po pierwsze wyżej wspomnianą ofertę względem inwestorów, a po drugie – i co w obecnej sprawie ważniejsze

4. Dz. U. z 1990 r. Nr 38, poz. 220.

– zobowiązanie obydwu państw-stron traktatu poczynione zarówno względem drugiego państwa-strony traktatu, jak i wobec potencjalnych inwestorów, iż postępowania arbitrażowe będą toczyły się zgodnie z tym Regulaminem. Dotyczy to wszelkich postanowień Regulaminu, także art. 32 ust. 5 stanowiącego o publikacji wyroku wyłącznie za zgodą stron.

Tym samym Regulamin UNCITRAL, mimo iż nie jest per se prawem powszechnie obowiązującym, a jedynie opracowanym modelem postępowania arbitrażowego, z którego strony sporu mogą skorzystać jak z zawartego między sobą dokumentu prywatnoprawnego, w momencie inkorporowania do traktatu inwestycyjnego, otrzymuje – na potrzeby tego traktatu i z niego wynikających postępowań – inny status prawny. Status zobowiązania międzynarodowego.

Klauzula arbitrażowa zawarta w traktacie inwestycyjnym nie stanowi bowiem klauzuli arbitrażowej w rozumieniu prawa prywatnego<sup>5</sup>, której podstawowym wymogiem – także w prawie polskim – jest określenie konkretnego stosunku prawnego, którego dotyczy spór<sup>6</sup>. Klauzule znajdujące się w traktatach inwestycyjnych nie spełniają tego warunku ze względu na swą abstrakcyjność – dotyczą wszelkich potencjalnych sporów, wynikłych ze wszelkich możliwych inwestycji wszystkich inwestorów pochodzących z państwa-strony traktatu.

5. A. W. Wiśniewski, Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrów, Warszawa 2011, str. 127.

6. Art. 11 ust. 1 Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku 10.6.1958 r., Dz.U. z 1962 r. Nr 9; art. Art. 1161§1 Kodeksu Postępowania Cywilnego, Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 z późn. zm; art. 7 (Option I, Option II) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 61/33 (2006).

Niemniej, są ważnymi klauzulami arbitrażowymi. W ten sam sposób klauzulę arbitrażową traktuje modelowy traktat inwestycyjny Stanów Zjednoczonych, stanowiąc iż oferta państwa spełnia wymogi umowy arbitrażowej w rozumieniu m.in. Konwencji Nowojorskiej<sup>7</sup>, właściwej dla arbitrażu handlowego. Jednakże tym samym nie jest taką umową.

W chwili zaistnienia, toczenia się, a także zakończenia sporu, arbitraż inwestycyjny inkorporuje pewne rozwiązania przyjęte dla arbitrażu handlowego (jak regulamin postępowania UNCITRAL, wykonanie wyroku w oparciu o Konwencję Nowojorską), nie staje się jednak przez to stricte arbitrażem handlowym<sup>8</sup>. Czerpie on wciąż swą legitymację z postanowień umowy międzynarodowej, jaką jest BIT. Więc reżimem prawnym arbitrażu inwestycyjnego, dotyczącym nie tylko zagadnień merytorycznych, ale i proceduralnych, jest wyłącznie BIT oraz prawo międzynarodowe<sup>9</sup>. Przykładowo nieważność klauzuli arbitrażowej zawartej w traktacie inwestycyjnym można stwierdzić jedynie wtedy, gdy przemawia za tym Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów<sup>10</sup>, a nie inne regulacje, które mogłyby mieć zastosowanie w arbitrażu handlowym, jak – w przypadku arbitrażu odbywającego się w Polsce – Kodeks Postępowania Cywilnego czy Kodeks Cywilny.<sup>11</sup>

7. US Model BIT 2004, dostępny na: <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>

8. A. W. Wiśniewski, Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrów, Warszawa 2011, str. 135.

9. A. W. Wiśniewski, Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrów, Warszawa 2011, str. 130.

10. Część V Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów z dnia 23 maja 1969 r., Dz.U. 1990 Nr 74, poz. 439.

11. Ch. Schreuer, P. Muchlinski, F. Ortino, The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford 2008, Str. 837.

Jeżeli jednak spór między Państwem a inwestorem toczy się wyłącznie w oparciu o prywatnoprawny kontrakt i zawarty tam zapis na sąd polubowny, wówczas postępowanie arbitrażowe istotnie będzie miało charakter wyłącznie prywatnoprawny należny arbitrażowi handlowemu. Konsekwentnie także regulamin postępowania będzie miał wyłącznie status prywatno-prawnej umowy zawartej pomiędzy stronami. Ta sytuacja nie ma jednak miejsca w omawianej sprawie.

Przechodząc na poziom prawa międzynarodowego, gdyby którekolwiek Państwo-strona traktatu nie wykonało zobowiązania traktatowego lub wykonało je nienależycie, stanowiłoby to naruszenie prawa międzynarodowego<sup>12</sup>. W odniesieniu do postanowienia, jakim jest klauzula arbitrażowa mogłoby mieć to miejsce zarówno w przypadku odmowy stosowania wskazanego Regulaminu do postępowania arbitrażowego, jak również naruszenia jego postanowień.

### Postanowienia Regulaminu UNCITRAL

Jak wskazał Sąd, art. 32 ust. 5 Regulaminu UNCITRAL stanowi, że wyrok może zostać podany do wiadomości publicznej wyłącznie za zgodą obu stron. Konsekwentnie, sama umowa międzynarodowa tj. BIT stanowi, że wyrok może zostać podany do wiadomości publicznej wyłącznie za zgodą obydwu stron. Jeżeli wobec tego choćby jedna ze stron – Państwo bądź inwestor – nie zgadza się na publikację wyroku, nie może on zostać

12. Ch. Dugan, D. Wallace, Jr., N. Rubins, B. Sabahi, Investor-State Arbitration, Oxford 2008, str. 238.

opublikowany i od tej zasady nie ma żadnych wyjątków.

Potwierdza to także nowe brzmienie Regulaminu UNCITRAL z 2010 r.<sup>13</sup>, który stanowi w art. 34 ust. 5:

„Wyrok może zostać podany do wiadomości publicznej za zgodą wszystkich stron lub w przypadku i w zakresie, w jakim ujawnienie jest wymagane od strony prawem, w celu chronienia lub dochodzenia prawa lub w związku z postępowaniem prawnym przed sądem lub innym właściwym organem.”

Nowy Regulamin UNCITRAL dopuszczałby więc publikację orzeczenia w przypadku istniejącego wymogu ustawowego co do jego publikacji. W Regulaminie z 1976 r., obowiązującym w przedmiotowej sprawie, taka możliwość nie została przewidziana. A contrario, brak możliwości publikacji wyroku wyłącznie wskutek zobowiązania prawnego nałożonego na jedną ze stron w Regulaminie UNCITRAL z 1976 roku prowadzi jednoznacznie do wniosku, że tylko wyraźna zgoda obydwu stron postępowania może doprowadzić do publikacji danego wyroku. W przedmiotowej sprawie takiej zgody nie było.

### Zobowiązania wynikające z Ustawy o dostępie do informacji publicznej

Jednakże swoiste zobowiązanie nałożone na stronę postępowania – w tym przypadku na Skarb Państwa reprezentowany przez Prokuratorę Generalną Skarbu Państwa – stanowi

13. Rozuchwała Zgromadzenia Ogólnego ONZ 65/22.

ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej<sup>14</sup>, traktująca o udostępnieniu takiego orzeczenia niezależnie od woli stron, o ile postępowanie dotyczyło spraw publicznych. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 1 ustawy:

„Każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu i ponownemu wykorzystywaniu na zasadach i w trybie określonych w niniejszej ustawie.”

Nie sposób nie zgodzić się z konkluzją wyroku, że od strony podmiotowej, jak również przedmiotowej istnieją przesłanki do udostępnienia informacji publicznej.

Sąd nie wziął jednakże pod uwagę kwestii podstawowej, tj. skuteczności obowiązywania ustawy w tej sprawie względem umowy międzynarodowej.

### Hierarchia norm

BIT został podpisany w Paryżu 14 lutego 1989 r., a następnie został ratyfikowany przez Radę Państwa, co wynikało z brzmienia art. 25 ust. 1 Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z dnia 22 lipca 1952 r. (Dz.U. Nr 33, poz. 232 z późn. zm.) oraz opublikowany w Dzienniku Ustaw (Dz. U. z 1990 r. Nr 38, poz. 220).

Jak stanowią przepisy przejściowe obecnej Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.<sup>15</sup> w art. 241 ust. 1:

„Umowy międzynarodowe ratyfikowane dotychczas przez Rzeczpospolitą Polską na

14. Dz.U. Nr 112, poz. 1198

15. Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.



podstawie obowiązujących w czasie ich ratyfikacji przepisów konstytucyjnych i ogłoszone w Dzienniku Ustaw uznaje się za umowy ratyfikowane za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie i stosuje się do nich przepisy art. 91 Konstytucji, jeżeli z treści umowy międzynarodowej wynika, że dotyczą one kategorii spraw wymienionych w art. 89 ust. 1 Konstytucji.”

Innymi słowy, by umowa międzynarodowa zawarta przed 1997 rokiem była traktowana jako mająca pierwszeństwo przed ustawą w przypadku kolizji, muszą być łącznie spełnione trzy warunki wskazane w przepisie. Traktat inwestycyjny został należycie ratyfikowany i opublikowany w Dzienniku Ustaw. Ponadto dotyczy kategorii spraw wymienionych w art. 89 ust. 1 Konstytucji, który stanowi:

„Ratyfikacja przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej i jej wypowiedzenie wymaga uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie, jeżeli umowa dotyczy:

- 1) pokoju, sojuszy, układów politycznych lub układów wojskowych,
- 2) wolności, praw lub obowiązków obywatelskich określonych w Konstytucji,
- 3) członkostwa Rzeczypospolitej Polskiej w organizacji międzynarodowej,
- 4) znacznego obciążenia państwa pod względem finansowym,
- 5) spraw uregulowanych w ustawie lub w których Konstytucja wymaga ustawy.

Oprócz możliwej do spełnienia przesłanki z pkt. 4, która w szczególności może mieć zastosowanie w odniesieniu do wypłaty odszkodowania w przypadku wyłączenia,

postanowienia traktatów inwestycyjnych dotyczą także wolności, praw lub obowiązków obywatelskich określonych w Konstytucji, jak przykładowo:

- art. 21 stanowiący m.in. iż wyłączenie dopuszczalne jedynie wówczas, gdy jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem;
- art. 64 dotyczący ochrony własności;
- art. 41 dotyczący nietykalności osobistej w odniesieniu do postanowień traktatów inwestycyjnych o bezpieczeństwie i ochronie („full protection and security”).

Ponadto, traktat reguluje też wiele aspektów poddanych ustawom (pkt. 5), jak swobodny transfer środków finansowych (art. 6 BIT) regulowany ustawowo prawem dewizowym<sup>16</sup>, mechanizm rozwiązywania sporów (art. 8 BIT) regulowany Kodeksem Postępowania Cywilnego<sup>17</sup>, czy także wspomniane już wyłączenie (art. 5 ust. 2 BIT) regulowane ustawą o gospodarce nieruchomościami<sup>18</sup>. W związku z powyższym i ta przesłanka jest spełniona.

Innymi słowy, umowa ta traktowana jest jak obecne umowy międzynarodowe ratyfikowane za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie.

Skutkuje to tym, że jak wynika z art. 91 ust. 2 Konstytucji: „Umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową.”

<sup>16</sup> Dz.U. z 2012 r. poz. 826 z późn. zm.

<sup>17</sup> Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

<sup>18</sup> Dz.U. z 1997 r. Nr 115, poz. 741 z późn. zm.

W przedmiotowej sprawie umowa międzynarodowa przewiduje odmienny tryb postępowania niż wynika z ustawy o dostępie do informacji publicznej. BIT stanowi bowiem, przez odwołanie do art. 32 ust. 5 Regulaminu UNCITRAL, iż wyrok może być opublikowany wyłącznie za zgodą obydwu stron. Ponieważ tej zgody nie ma, wyrok nie może zostać opublikowany. Z ustawy o dostępie do informacji publicznej wynika, że z uwagi na istnienie prawnego obowiązku, wyrok ma zostać udostępniony publicznie, niezależnie od stanowiska stron. Jest to obowiązek sprzeczny z obowiązkiem nałożonym na Państwo na mocy umowy międzynarodowej, także względem drugiej strony postępowania, która na mocy przepisów Regulaminu UNCITRAL może doprowadzić do zachowania wyroku w poufności, natomiast na mocy przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej, wyrok może zostać podany do wiadomości także wbrew jej woli.

Konsekwentnie, obowiązków wynikających z ustawy nie da się pogodzić z tymi wynikającymi z umowy międzynarodowej, a tym samym postanowienia umowy międzynarodowej mają pierwszeństwo przed ustawą.

Decydującą podstawą prawną rozstrzygnięcia powinien być więc art. 32 ust. 5 Regulaminu UNCITRAL inkorporowany do traktatu inwestycyjnego w art. 8 ust. 2, stanowiący o poufności wyroku arbitrażowego mogącej zostać uchyloną wyłącznie za zgodą stron postępowania arbitrażowego, a nie ustawa o dostępie do informacji publicznej nakazująca jego bezwarunkowe upublicznienie.

Gdyby sprawa toczyła się wyłącznie w oparciu o cywilnoprawny kontrakt inwestycyjny

zawarty między Skarbem Państwa a inwestorem i poddany prawu polskiemu, wówczas sytuacja byłaby inna. Postanowienia Regulaminu UNCITRAL, do którego odwoływałyby się klauzula arbitrażowa, miałyby bowiem status postanowień umownych, które w przypadku kolizji z ustawą, zostałyby uznane w odpowiedniej części za nieważne na mocy art. 58§1 Kodeksu Cywilnego<sup>19</sup>. A publikacja wyroku byłaby możliwa w oparciu o przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej.

### Uwagi końcowe

Transparentności postępowań arbitrażowych z udziałem Państwa w szczególności w sporach inwestycyjnych jest istotnie coraz szerzej propagowana. Także strony sporów zdają sobie sprawę, iż ogólnościowy kierunek idzie w stronę ujawniania postępowań, nie tylko przez publikację orzeczeń arbitrażowych niezależnie od woli stron (jak w nowym brzmieniu Regulaminu UNCITRAL), ale też chociażby przez możliwość uczestniczenia w postępowaniu *amicus curiae*. Umożliwia to nie tylko obserwację praktyki poszczególnych państw i zachowań pro- lub anti-inwestycyjnych, ale też rozwoju międzynarodowego prawa inwestycyjnego przez tworzące je orzecznictwo i interpretacje.

Jednakże w odniesieniu do stanu prawnego glosowanego orzeczenia, argumenty te pozostają bez znaczenia w związku z obowiązującą podstawą prawną. Ponadto, znaczna większość traktatów inwestycyjnych zawartych przez Polskę przewiduje właśnie rozwiązywanie sporów w oparciu o Regulamin UNCITRAL

<sup>19</sup> Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

z 1976 r.<sup>20</sup>, gdyż Polska nie jest stroną Konwencji ICSID, a po wejściu w życie Regulaminu UNCITRAL 2010 Polska nie zawarła żadnego traktatu inwestycyjnego. Konsekwentnie, o ile Państwo oraz inwestor nie zgodzą się na opublikowanie orzeczenia, nie ma prawnej możliwości, by do tej publikacji doprowadzić. Pozostaje mieć nadzieję, że coraz częściej pod wpływem ogólnoświatowym strony będą się na to godzić, w szczególności, jeśli będzie dotyczyło to wyłącznie całkowicie zakończonych postępowań.

20. Pełna lista zawartych przez Polskę traktatów inwestycyjnych dostępna jest na stronie Ministerstwa Gospodarki: <http://www.mg.gov.pl/Wspolpraca+miedzynarodowa/Umowy+miedzynarodowe/Umowy+w+sprawie+popierania+i+wzajemnej+ochrony+inwestycji>

## 4th Global ICC YAF Conference, czyli gawędzenie młodych i o młodych na temat międzynarodowego arbitrażu arbitrażowego

■ dr Maciej Zachariasiewicz

Adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie, prawnik współpracujący z kancelarią ADP Popiołek Adwokaci i Doradcy

**P**od koniec czerwca 2013 r. na New York University School of Law w Nowym Jorku odbyła się 4-ta już konferencja zorganizowana przez grupę młodych praktyków arbitrażu stowarzyszoną z Sądem Arbitrażowym ICC - „Young Arbitrators' Forum”. Za „młodych” umownie uznaje się w arbitrażu osoby poniżej 40-ego, ew. 45-ego roku życia. Konferencję zdominowali zatem uczestnicy pomiędzy 30 a 40 rokiem życia, choć licznie uczestniczyły również młodsze osoby. Podkreślano zresztą w międzypokoleniowych rozmowach w kuluarach, że o ile droga do arbitrażu osób z kończących szkoły prawa w latach 70-tych czy 80-tych była często przypadkowa i wynikała z zaszeregowania w ramach zadań w firmie, to współcześnie młodzi świadomie poszukują możliwości praktykowania w obszarze arbitrażu handlowego. Wielu bakcyła zła pało jeszcze w Wiedniu podczas konkursu Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court. W trakcie obrad

poruszano wiele ciekawych zagadnień, uporządkowanych w kilka bloków tematycznych. W tym miejscu chciałbym wspomnieć tylko o niektórych z nich.

Konferencja rozpoczęła się od wystąpienia Salima Moollana z Essex Court Chambers w Londynie. Salim, który pochodzi z Mauritiusa, choć kształcił się i pracuje w Europie, poruszył coraz żywiej dyskutowany temat umocowania arbitrażu w regułach demokracji i podstawowych zasadach sprawiedliwości w kontekście międzynarodowym (legitimacy o international arbitration). Wskazał on na okoliczność, że większość sporów z krajów Afryki rozstrzygana jest obecnie w Europie lub w Ameryce Północnej, w większości przez prawników z tychże obszarów prawnych. Powoduje to, że często proces rozstrzygnięcia międzynarodowych sporów handlowych i inwestycyjnych w arbitrażu postrzegany jest w krajach rozwijających się jako obcy i traktowany jest z niechęcią. To zaś



odbija się niekorzystnie na współpracy gospodarczej między państwami i społeczeństwami. W tym kontekście, Salim wspominał o wysiłkach podejmowanych na Mauritiusie, w celu utworzenia międzynarodowego centrum arbitrażowego, adresującego swoje usługi przede wszystkim do stron z państw Afryki i Azji, podkreślając zalety tej niewielkiej wyspy: neutralność, dwujęzyczność (angielski i francuski) i dobre zasoby ludzkie. Nie wspominał jednak o najważniejszej: cudowny klimat rajskiej wyspy na Oceanie Indyjskim!

Wśród kilku konferencyjnych paneli, znalazło się także miejsce na dyskusję o zagadnieniach prawa właściwego stosowanego przez arbitrów w rozstrzygnięciu sporów arbitrażowych. Jak podkreślał prof. Franco Ferrari, zagadnienie to jest bezzasadnie lekceważone przez praktyków międzynarodowego arbitrażu handlowego, którzy sądzą, że klauzula wyboru prawa w umowie (z którą w międzynarodowych transakcjach większego rozmiaru w istocie można spotkać się bardzo często) rozwiązuje wszystkie problemy. Wskazał na niektóre tylko problemy, z którymi borykać może się trybunał arbitrażowy: dopuszczalność rozszczępienia statutu kontraktowego (*depeçage*), kwestia oceny ważności wyboru prawa, dopuszczalność wyboru pozaprawnych zespołów norm (jak np. Reguły Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT), czy zagadnienie ingerencji przepisów imperatywnych (wymuszających swoje zastosowanie), bądź pochodzących z prawa państwa siedziby arbitrażu, bądź z innego systemu prawnego. Ponieważ Regulaminy Arbitrażowe przewidują z reguły jedynie bardzo ogólne postanowienia kolizyjne, częstokroć istnieje potrzeba odwołania się do jakiegoś innego zespołu norm kolizyjnych,

w świetle którego można by było rozstrzygać wspomniane problemy. Ciekawa dyskusja (bez wyraźnej konkluzji) wywiązała się wokół pytania czy sądy arbitrażowe w państwach Unii Europejskiej powinny stosować w tym zakresie przepisy rozporządzenia Rzym I o prawie właściwym dla zobowiązań umownych. W doktrynie wyrażane są różne poglądy w tej mierze. Dominuje jak się wydaje pogląd, zgodnie z którym sąd arbitrażowy może, ale nie musi, posłużyć się normami kolizyjnymi rozporządzenia Rzym I w celu ustalenia prawa właściwego dla kontraktowych aspektów merytorycznych sprawy. Podkreśla się bowiem, że sądy arbitrażowe mogą wybrać spośród wielu metod poszukiwania prawa właściwego.<sup>1</sup>

Bardzo interesujące z praktycznego punktu widzenia były warsztaty poświęcone ustalaniu wysokości odszkodowania w arbitrażu handlowym, które prowadzone były przez ekonomistów ze specjalistycznej firmy zajmującej się wyliczaniem wysokości szkody jako podmiot ekspercki w międzynarodowych sporach. Dzielił się oni wiedzą z trudem przyswajalną dla prawników i podkreślali znaczenie współpracy pomiędzy ekonomistami i pełnomocnikami stron w przygotowaniu stanowisk uzasadniających roszczenia odszkodowawcze. Na podstawie fikcyjnego sporu pomiędzy inwestorem i operatorem wakacyjnego resortu a właścicielem działek, na których ów resort powstał, przedstawili metodę wyliczania szkody zwaną *Discounted Cash Flow (DCF)* i trudności związane z ustalaniem wysokości szkody na jej podstawie. Hipotetyczny scenariusz zakładał zerwanie umowy przez właściciela działek

1. Zob. np. B. Yüksel, *The Relevance of the Rome I Regulation to International Commercial Arbitration in the European Union*, *Journal of Private International Law*, vol. 7, 2011, nr 1, s. 157.

i konieczność wyliczenia roszczenia odszkodowawczego przy założeniu, że umowa dzierżawy zawarta została na 30 lat i przez ten okres przynosić miała dochód inwestorowi. W sytuacji zerwania umowy przez właściciela działek, hipotetyczny dochód, który mógłby zostać uzyskany przez inwestora, stanowi jego szkodę. Ponieważ chodzi tu o dochody przyszłe, które tylko potencjalnie mógłby uzyskać inwestor, powstaje trudność jak je wyliczyć. Punktem wyjścia jest biznes plan przyjęty przez zarząd inwestora. Ten musi jednak zostać poddany ocenie biegłego pod kątem racjonalności i możliwości wykonania. Pojawia się bardzo wiele zmiennych (zarówno przewidywanych w biznes planie, jak i nowych okoliczności), które wziąć musi pod uwagę biegły wyliczając DCF, np.: potencjalny wzrost (lub spadek) liczby klientów, istniejąca i przyszła konkurencja, ewentualne przewagi konkurencyjne (np. fakt zaprojektowania resortu przez sławnych architektów; wysoka ocena w przewodnikach turystycznych), skutki kryzysu finansowego dla zamożności klientów, sytuacja polityczna w kraju, w którym znajduje się resort, zmiany w kosztach prowadzenia inwestycji (koszty zatrudnienia, podatki). Wyliczając wysokość odszkodowania biegły musi także ustalić stopę dyskontową, skoro odszkodowanie płatne ma być na dzień rozstrzygnięcia sporu, czyli odpowiednio wcześniej niż uzyskane byłyby przyszłe dochody z inwestycji.

Konferencja ICC YAF była nie tylko organizowana przez młodych dla młodych, ale żywo mówiono także o młodych, a ściślej o trudnościach wiążących się z rozwojem kariery w świecie międzynarodowego arbitrażu handlowego, a w szczególności o ścieżce prowadzącej do pierwszej nominacji na arbitra.

Inspirujące wystąpienie z perspektywy osoby doświadczonej wygłosiła w tym zakresie Lucy Reed, która jest jednym z liderów arbitrażowej praktyki w międzynarodowej kancelarii *Freshfields Bruckhaus Deringer*. Przyznała ona, że dominacja starszych pokoleń prawników w nominacjach na arbitrów bywa problemem, zwłaszcza w przypadkach nadmiernego obciążenia sprawami poszczególnych arbitrów. Choć jak zapewniała, sama stara się promować młodsze osoby, podkreślała jednak, że bardzo często problemem jest niechęć pełnomocników do brania na siebie ryzyka wskazania osoby z mniejszym doświadczeniem. W przypadku przegranej sprawy, taką decyzję trzeba wszakże potem wytłumaczyć klientowi, co bywa bardzo trudne. Wspomniała jednak o polityce Sądu Arbitrażowego ICC, który stara się w mniejszych sprawach (tam gdzie nie uczyniły tego strony) wyznaczać młodszych arbitrów (a przedstawiciele ICC to potwierdzili). Lucy Reed podkreślała też jak ważne jest aby potencjalny kandydat na arbitra był choć trochę przewidywalny dla stron. Nieodłączny jest zatem element wiedzy, którą strony chcą uzyskać o arbitrze przed jego wskazaniem, co dzieje się na podstawie jego reputacji uzyskanej w świecie (światku) międzynarodowego arbitrażu, publikacji czy wystąpień publicznych. Lucy Reed, choć namawiała młodych do cierpliwości, zakończyła optymistycznym akcentem, podkreślając, że „czas gra na waszą korzyść”.

# Jak skutecznie przeprowadzić konferencję telefoniczną

■ Juliusz Czajka

Aplikant w kancelarii Graf & Pitkowitz

**K**onferencje telefoniczne prawników są stałą częścią międzynarodowego postępowania arbitrażowego. Mają one jedną cechę wspólną z discovery – jeżeli nie są właściwie prowadzone, to mogą łatwo wymknąć się spod kontroli. Celem tego artykułu jest pokazanie, że konferencje telefoniczne mogą być krótkie i treściwe.

## Wprowadzenie

Ostatnio wiele mówi się o malejącej skuteczności i wydłużaniu się w czasie postępowania arbitrażowego. Konferencje telefoniczne niestety są jednym z przykładów tego negatywnego trendu. Ale można to zmienić.

## Warunki efektywnej konferencji telefonicznej

### Konferencja telefoniczna a korespondencja emailowa

Przed zwołaniem każdej konferencji telefonicznej, należy zadać sobie pytanie czy jest ona w ogóle potrzebna. Biorąc pod uwagę dostępne dzisiaj środki komunikacji, w wielu przypadkach wystarczyłby email. Należy także pamiętać, że konferencje telefoniczne przerywają pracę oraz kolidują z planami innych osób. Ważnym argumentem preferującym użycie

emaila jest to, że odbiorca może zapoznać się z jego treścią, przemyśleć go oraz skorygować swoje stanowisko. W skrócie, odbiorca może spojrzeć na temat z różnych perspektyw, nie dając przedwczesnej odpowiedzi.

Wniosek 1: Przed zwołaniem konferencji telefonicznej, należy najpierw wziąć pod uwagę korespondencję emailową.

### Ważność programu

Klarowny program jest fundamentem przeprowadzenia efektywnej konferencji telefonicznej. Ażeby konferencja trwała krótko, jej program powinien zawierać nie tylko punkty do omówienia ale także dodatkowo argumenty za i przeciw oraz sugestie rozwiązań. Taki program wysłany przed konferencją telefoniczną, daje czas innym uczestnikom na przemyślenie treści w nim zawartych. Pozwala też aby oni zgłosili własne propozycje. Kolejną zaletą programu jest to, że dyscyplinuje on uczestników konferencji. Jest to szczególnie ważne kiedy poruszane jest kilka spraw.

Wniosek 2: Nigdy nie należy organizować konferencji telefonicznej bez programu.

### Infrastruktura telekomunikacyjna

Obecnie obserwujemy dynamiczny rozwój technologii telekomunikacyjnych. W konferencji

telefonicznej bardzo ważne są odpowiedni sprzęt i pomieszczenie. Niedopuszczalne jest aby w czasie jej trwania występowały zakłócenia. Niestety, czasami można usłyszeć wszystkie rodzaje dźwięków z wyjątkiem głosu mówiącego. Podsumowując, zła infrastruktura telekomunikacyjna powoduje stratę czasu, ponieważ uczestnicy konferencji muszą powtarzać swoje wystąpienia.

Wniosek 3. Należy upewnić się, czy posiadana infrastruktura telekomunikacyjna nadaje się do przeprowadzenia konferencji telefonicznej. Niedopuszczalne jest przeprowadzanie konferencji telefonicznej przy pomocy telefonu komórkowego.

### Get in, get it done right and get out

Organizator konferencji telefonicznej odpowiada za prawidłowe jej prowadzenie. Fundamentalną rzeczą jest przestrzeganie poszczególnych zasad. Jedną z nich jest przedstawianie się mówcy przed każdorazowym zabraniem głosu. Jest to szczególnie ważne w przypadku konferencji telefonicznych z dużą ilością uczestników. Niedopuszczalne jest aby dyskutanci mówili jeden przez drugiego lub jednocześnie. Owe zachowanie powoduje chaos, ponieważ uczestnicy słyszą samych siebie a nie słuchają innych. W czasie konferencji telefonicznej nie powinny mieć miejsca dyskusje na tematy poboczne (tak zwany „small talk”). Oczywiście, są one czasem niezbędne jako wstęp do rozmowy, jednakże powinny być ograniczone do minimum. Po zakończeniu konferencji organizator powinien zapewnić sporządzenie jej streszczenia a następnie przesłać je emailiem do wszystkich uczestników. Powinien on zawierać omówione tematy oraz listę spraw pozostałych do załatwienia. Taki email jest ważny z następujących powodów: 1) każdy

uczestnik ma wyszczególnione wnioski ustalone w czasie konferencji, 2) jakiegokolwiek nieścisłości czy nieporozumienia dotyczące uzgodnionych spraw mogą zostać szybko dostrzeżone 3) w ten sposób zapobiega się również niepotrzebnemu streszczaniu konferencji telefonicznej przez aplikantów z każdej kancelarii prawniczej biorącej udział w rozmowie.

Wniosek 4: Organizator konferencji telefonicznej jest zobowiązany do czynnego jej prowadzenia. Należy zapobiec dyskusjom o sprawach nieistotnych. Na koniec powinien zostać wysłany email do uczestników konferencji dotyczący omówionych spraw oraz wyciągniętych wniosków. Email powinien także zawierać listę spraw otwartych.

## Podsumowanie

Jak wspomniałem na wstępie, wiele się dzisiaj mówi o braku efektywności i wydłużaniu się w czasie postępowania arbitrażowego. Co mogłoby zatem stanowić antidotum? Jako praktycy powinniśmy zacząć od rzeczy podstawowych (np. lepsza organizacja prowadzenia spraw). Dobrze zorganizowane i krótkie konferencje telefoniczne na pewno byłyby jednym z kroków we właściwym kierunku.





**Sąd Arbitrażowy przy Konfederacji Lewiatan**

ul. Zbyszka Cybulskiego 3  
00-727 Warszawa

tel. (+48 22) 55 99 970

fax (+48 22) 55 99 910 (z „dopiskiem” dla Sądu)

e-mail: [sadarbitrazowy@pkpplewiatan.pl](mailto:sadarbitrazowy@pkpplewiatan.pl)

[www.sadarbitrazowy.org.pl](http://www.sadarbitrazowy.org.pl)