

e- Przegląd Arbitrażowy

e-Przegląd Arbitrażowy

Redakcja i koordynacja:

dr Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz, b.gessel@gessel.com.pl;
dr Rafał Morek, rafal.morek@klgates.com

Kolegium:

Prof. dr hab. Andrzej Szumański, Sylwester Pieckowski, Wojciech Błaszczyk,
dr Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz, dr Andrzej W. Wiśniewski,
Paweł Pietkiewicz, dr Rafał Morek, Tomasz Zbiegień

Lewiatan 
SĄD ARBITRAŻOWY

Sąd Arbitrażowy przy PKPP Lewiatan

ul. Flory 9 lok. 3

00-586 Warszawa

tel. (+48 22) 565 20 70

fax (+48 22) 565 20 95

e-mail: sadarbitrazowy@pkpplewiatan.pl

www.sadarbitrazowy.org.pl



KAPITAŁ LUDZKI
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI
FUNDUSZ SPOŁECZNY



Projekt współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

Czasopismo bezpłatne

W numerze 1(1)/2010:

Wstęp	Andrzej Szumański, Prezes Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan	4
POŻEGNANIE		
Życiorys i słowo pożegnania śp. dr. hab. Tadeusza Szurskiego <i>Tadeusz Szurski: In memoriam</i>	Sylwester Pieckowski	6
EDYTORIAL		
Na dobry początek kilka słów o... e-Przeglądzie Arbitrażowym <i>A few words regarding... Arbitration E-Review</i>	Rafał Morek	10
ANALIZY I OPINIE		
Arbitraż międzynarodowy w prawie polskim: podstawowe problemy <i>International Arbitration under Polish Law: Basic Problems</i>	A. W. Wiśniewski	11
ORZECZNICTWO LEWIATANA		
Postanowienie o właściwości (art. 1180 k.p.c.): Skutki niezgłoszenia roszczenia Inżynierowi Kontraktu w świetle Warunków FIDIC <i>Decision on jurisdiction (Article 1180 CCP): Consequences of non-fulfillment of the requirement to refer a dispute to the Engineer under the FIDIC Conditions of Contract</i>		28
INSTYTUCJE ARBITRAŻOWE NA ŚWIECIE		
Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy ICC <i>ICC International Court of Arbitration</i>	Maria Hauser-Morel	35
<i>London Court of International Arbitration</i>	Michał Pochodyła	40
ARBITRAŻ INWESTYCYJNY		
Międzynarodowy arbitraż inwestycyjny <i>International Investment Arbitration</i>	Katarzyna Michałowska	44
AKTUALNOŚCI		
Nowe europejskie ustawy arbitrażowe: Szkocja i Irlandia <i>New European Arbitration Acts: Scotland and Ireland</i>	Łucja Nowak	49
Sprawa Yukosu: Rosja jest związana Traktatem Karty Energetycznej <i>The Yukos case: Russia bound by Energy Charter Treaty</i>	Łukasz Rozdeiczer, Mateusz Dubek	51
Nieważność zapisu na sąd polubowny w zakresie sporów dotyczących prawa Unii Europejskiej: orzeczenie angielskiego High Court w sprawie <i>Accentuate v Asigra</i> <i>Mandatory EU regulations invalidate arbitration clause where parties chose non-EU law: decision of High Court in Accentuate v Asigra case</i>	Justyna Szpara	53
Orzeczenie Szwajcarskiego Trybunału Federalnego z 26 października 2009 r. w sprawie 4A_428/2009 <i>Swiss Federal Tribunal's decision of 26 October 2009 (4A_428/2009)</i>	Klaudia Frątczak	55
Kalendarium wydarzeń. Bieżące publikacje		57

Szanowni Państwo,

Mam wielką przyjemność przekazać Państwu pierwszy z cyklu numer *E-Przeгляdu Arbitrażowego*, który zamierzamy – jako Sąd Arbitrażowy przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan – wydawać periodycznie co kwartał.

Periodyk ten, wydawany wyłącznie w postaci elektronicznej, adresujemy nie tylko do Arbitrów naszego Sądu, ale także do całej społeczności arbitrażowej, przede wszystkim polskiej oraz również i zagranicznej, gdyż streszczenia publikowanych w nim artykułów będziemy zamieszczać też w języku angielskim.

Celem *E-Przeгляdu Arbitrażowego* jest informowanie Państwa o ważnych wydarzeniach oraz istotnych zagadnieniach merytorycznych polskiego i międzynarodowego arbitrażu handlowego a także arbitrażu inwestycyjnego.

Pragniemy zachować trwały schemat z każdego kolejnych z numerów kwartalnika.

Z jednej strony będą to artykuły analizujące ważne – naszym zdaniem – materie zarówno pod względem praktycznym jak i teoretycznym, w tym także budzące wątpliwości interpretacyjne a tym samym wywołujące rozbieżne opinie. Przykładem tego w obecnym numerze jest artykuł *dr A. W. Wiśniewskiego*, Wiceprezesa naszego Sądu, o arbitrażu międzynarodowym w prawie polskim. Z drugiej strony będziemy też publikować wybrane orzeczenia Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan, do czego obliguje nas też tytuł naszego periodyku, z zachowaniem – rzecz jasna – zasady poufności arbitrażu handlowego. W tym numerze możecie się Państwo zapoznać z orzeczeniem, które dotyczy m.in. wielostopniowych klauzul rozwiązywania sporów w kontraktach zawieranych na warunkach FIDIC.

Uważamy również za celowe informowanie Państwa o bieżącej działalności innych, zwłaszcza zagranicznych stałych sądów arbitrażowych, które przez swoją reputację stanowią wzorce godne naśladowania. W tym numerze zapoznacie się Państwo z sądami przy ICC oraz LCIA. Podobnie w każdym kolejnym numerze postaramy się przedstawiać ciekawie i bieżące informacje w ramach rubryki poświęconej arbitrażowym aktualnościom z kraju i ze świata.

Rosnące znaczenie międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego, zwłaszcza ze względu na zaangażowanie naszego kraju w wielu takich sporach, powoduje, że uznajemy za ważne i nawet wręcz konieczne zajęcie się tą tematyką oraz przybliżenie jej Państwu, mimo jej trudnego i hermetycznego charakteru. Dlatego też na łamach najbliższych numerów *E-Przeгляdu Arbitrażowego* ukazywać się będzie cykl artykułów o arbitrażu inwestycyjnym.

Oddawany Państwu numer pierwszy *E-Przeгляdu Arbitrażowego* rozpoczynamy od wspomnienia o zmarłym niedawno Prezesie Honorowym naszego Sądu Panu *dr hab. Tadeuszu Szurskim*, który w środowisku arbitrażowym jest często określany mianem Ojca Polskiego Arbitrażu.

W imieniu Komitetu Redakcyjnego oraz Władz Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan zapraszam każdego z Państwa do współpracy z naszym kwartalnikiem.

Z wyrazami szacunku i serdeczności

*Prof. zw. dr hab. Andrzej Szumański, adwokat,
Prezes Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan*

[Słowo wstępne Prezesa w jęz. ang.
do uzupełnienia]

Życiorys i słowo pożegnania śp. dr. hab. Tadeusza Szurskiego

Odszedł mistrz i nauczyciel sztuki polubownego rozwiązywania sporów,
pionier i ojciec-założyciel polskiego sądownictwa arbitrażowego,
twórca wysokich międzynarodowych standardów
i takowej reputacji sądu arbitrażowego w Warszawie,
którego był twórcą i wieloletnim prezesem.

Dla przyjaciół i kolegów w kraju i we wszystkich zakątkach świata
Tadeusz Szurski jest synonimem błyskotliwej wiedzy, wysokiej kultury i osobistej klasy,
uroczym i odważnym idealistą, ostatnim wielkim przedstawicielem tego pokolenia.

Dr hab. Tadeusz Szurski urodził się 15 czerwca 1923 r. w Łucku (na Wołyniu) w rodzinie inteligentnej. W związku z pracą zawodową ojca Tadeusz Szurski do szkoły powszechnej oraz gimnazjum uczęszczał w Kowlu (na Wołyniu), Kielcach, a następnie w Radomiu. Kiedy wybuchła wojna wraz z rodziną przeprowadził się do Wilna. Tam kontynuował naukę w Gimnazjum i Liceum im. Adama Mickiewicza i Juliusza Słowackiego. W okresie wojny pracował również na wileńskiej kolei.

Po powrocie w 1945 r. do Polski (Radomia) wyjechał do Krakowa z zamiarem rozpoczęcia studiów z zakresu interesującej go od dzieciństwa astronomii. Odpowiedniej uczelni jednak nie znalazł, wobec czego, za namową życzliwych mu ludzi, w maju tego samego roku, rozpoczął studia na Wydziale Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. Studia ukończył w 1947 r. z wynikiem „bardzo dobrym”. Uczęszczał również na uniwersyteckie kursy języka francuskiego oraz studiował na Wydziale Filologii Angielskiej Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Po ukończeniu studiów prawniczych na Uniwersytecie Jagiellońskim, został zatrudniony na Wydziale Prawa tej uczelni w charakterze asystenta, a następnie starszego asystenta w Katedrze Prawa Międzynarodowego Publicznego, kierowanej przez profesora dr. Ludwika Ehrlicha. Tam pracował do 1951 r. Jednocześnie studiował w zorganizowanej na Uniwersytecie dwuletniej Szkole Nauk Politycznych, w której wykłada-

łto dwudziestu dwóch najwybitniejszych uczonych „przedwojennych”, w tym – poza jej dyrektorem prof. Ludwikiem Ehrlichem – m.in. ówczesny Rektor UJ prof. Stanisław Marian Kutrzeba, profesorowie Czesław Nanke i Feliks Młynarski, a także Eugeniusz Kwiatkowski. Rozmowy z tym ostatnim dotyczące m.in. zasad organizacji i prawidłowości funkcjonowania państwa Tadeusz Szurski cenił szczególnie.

Pracując na Uniwersytecie Jagiellońskim w 1950 r., obronił pracę doktorską z dziedziny prawa międzynarodowego na temat „Przywileje i immunitety pracowników międzynarodowych”, pod kierunkiem prof. Ludwika Ehrlicha.

W 1951 r. przeniósł się do Warszawy, gdzie znalazł zatrudnienie w Biurze Prawnym Ministerstwa Handlu Zagranicznego (MHZ). Pracował tam do 1968 r., sprawując funkcję zastępcy kierownika Zespołu Prawnego tego Ministerstwa. W tym okresie uczestniczył w rozwiązywaniu najbardziej skomplikowanych wówczas problemów prawnych związanych ze sprawami międzynarodowej współpracy gospodarczej z różnymi państwami. Przewodniczył wielu oficjalnym polskim delegacjom w licznych międzynarodowych konferencjach.

Wielokrotnie uczestniczył w posiedzeniach Komisji Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ (UNCITRAL), zazwyczaj jako przewodniczący delegacji polskiej. Był również wybierany na funkcję wiceprzewodniczącego tej Komisji.

Wspólnie z kanadyjskim prof. Rabcewicz-Zubkowskim był założycielem i wieloletnim wiceprezesem Międzynarodowej Federacji Instytucji Arbitrażu Handlowego (*International Federation of International Arbitration Institutions*).

W ramach pracy w Ministerstwie Handlu Zagranicznego Tadeusz Szurski rozwiązywał najbardziej skomplikowane wówczas problemy prawne przedsiębiorstw handlu zagranicznego z partnerami zagranicznymi z wielu krajów. Uczestniczył w negocjowaniu, zawieraniu oraz realizacji przez przedsiębiorstwa handlu zagranicznego wielu transakcji handlowych, w tym np. kontraktów na budowę trzech elektrowni w Grecji, trzech elektrowni w Turcji, elektrowni i innych inwestycji w Finlandii, Indiach, Hiszpanii, Libii, Syrii, Nigerii (elektryfikacja wielu miast i osiedli). Uczestniczył również m.in. w negocjacjach dotyczących zawarcia i realizacji transakcji zakupu licencji na samochody osobowe Fiat 1300 i 1500, rozpoczętej przez Przedsiębiorstwo Handlu Zagranicznego „Motoimport”, a następnie realizowanej przez przedsiębiorstwo „Metal-export”.

Wobec niesprzyjających warunków pracy, ze względów politycznych i etycznych (odmowa wstąpienia do PZPR), Tadeusz Szurski zdecydował się w 1968 r. na odejście z Ministerstwa Handlu Zagranicznego i objął funkcję kierownika Zespołu Radców Prawnych PTHZ ELEKTRIM (funkcję tę sprawował aż do przejścia na emeryturę).

Niezależnie od pracy zawodowej, w 1971 r. Tadeusz Szurski obronił na Wydziale Prawa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, w katedrze prawa międzynarodowego kierowanej przez prof. Alfonsa Klafkowskiego, rozprawę habilitacyjną na temat „Zasada największego uprzywilejowania w GATT”, uzyskując tytuł doktora habilitowanego tego Uniwersytetu.

Jednocześnie, od 1954 r. Tadeusz Szurski był członkiem warszawskiej adwokatury, a od 1982 r. również radcą prawnym.

Cały jego dorobek naukowy oraz inne publikacje związane są z sądownictwem polubownym jako alternatywną metodą rozwiązywania sporów

wynikających ze spraw gospodarczych, w szczególności zaś w sferze międzynarodowych stosunków gospodarczych. W problematyce międzynarodowego arbitrażu handlowego Tadeusz Szurski specjalizował się od początku lat sześćdziesiątych – zarówno naukowo, jak i w praktyce, jako arbiter lub przewodniczący zespołów arbitrażowych. Podczas swojej kariery uczestniczył czynnie w czterystu postępowaniach arbitrażowych, zarówno w kraju, jak i za granicą, w ponad dwudziestu krajach świata.

W 1982 r. dr hab. Tadeusz Szurski objął funkcję Przewodniczącego Kolegium Arbitrów przy Polskiej Izbie Handlu Zagranicznego, po śmierci prof. dr. Jerzego Jakubowskiego.

Pełniąc tą funkcję aktywnie uczestniczył we wszystkich liczących się międzynarodowych organizacjach i konferencjach związanych z arbitrażem międzynarodowym.

Tadeusz Szurski opuścił stanowisko Prezesa Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie w grudniu 1998 r., przy czym w 2007 r. został mu nadany tytuł Honorowego Prezesa tego Sądu.

Pełnił także rolę doradcą przy powoływaniu Sądu Arbitrażowego przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych „Lewiatan”, który powstał w 2006 r. Tadeuszowi Szurskiemu został nadany tytuł Honorowego Prezesa tego Sądu.

W ostatnich latach, Tadeusz Szurski, ze względu na swoje doświadczenie i kontakty międzynarodowe, wspierał działalność sądownictwa polubownego w Polsce m.in. w ramach międzynarodowych organizacji i konferencji zwoływanych na całym świecie.

Brał czynny udział w powołaniu do życia Międzynarodowej Rady dla spraw Arbitrażu Handlowego (*International Council for Commercial Arbitration*), a następnie został jej członkiem, aktywnie uczestniczącym w jej pracach. Od daty powstania Międzynarodowej Rady dla spraw Arbitrażu Handlowego Tadeusz Szurski był jedynym Polakiem-członkiem tej instytucji, która jest organizacją doradcą ONZ i skupia najwyżej

cenionych w świecie znawców problematyki arbitrażowej. Tadeusz Szurski był dożywotnim członkiem doradczym tej organizacji.

Tadeusz Szurski był też współzałożycielem Polskiego Stowarzyszenia Sądownictwa Polubownego, które powstało w 1990 r. oraz jego wiceprezesem do 2007 r.

W latach 1990–1998 Tadeusz Szurski, jako wybitny specjalista z dziedziny arbitrażu handlowego, był wykładowcą tej problematyki na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Wszelkoniemnie wspierał studentów w jej poznawaniu m.in. przez organizowanie praktyk w kierowanym przez siebie Sądzie Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej.

Dr hab. Tadeusz Szurski był również członkiem Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, w której zajmował się problematyką tworzenia przepisów prawa arbitrażowego w Polsce na bazie tekstu ustawy wzorcowej UNCITRAL w sprawie międzynarodowego arbitrażu handlowego.

Droga życiowa i cały dorobek naukowy Tadeusza Szurskiego związane były z problematyką arbitrażową. Dlatego też, Tadeusz Szurski zawsze uważany był nie tylko za nestora sądownictwa polubownego, ale także określany trafnym i zasłużonym tytułem „Ojca-Założyciela” polskiego arbitrażu. Nie sposób nie uznać jego wielu znaczących działań, które spowodowały rozwój „trendu arbitrażowego” w Polsce, szczególnie po 1990 r. Liczny dorobek naukowy świadczy o wielkim zaangażowaniu Tadeusza Szurskiego w tę problematykę, a jego publikacje jeszcze długo będą stanowiły cenne źródło wiedzy dla młodszej kadry prawników.

Dr hab. Tadeusz Szurski do ostatnich chwil pozostawał blisko arbitrażu i spraw środowiska, interesował się pracami nad zmianą ustawy o sądownictwie polubownym i mediacji.

Kochany Tadeuszu, dziękujemy ci za wielkie dzieło twojego długiego i bogatego życia. Dzieło to przyjmujemy z najwyższym szacunkiem i ponieśliemy je dalej – ku następnym pokoleniom.

Sylwester Pieckowski

Tadeusz Szurski: In memoriam

Dr hab. Tadeusz Szurski was born on 15 June 1923 in Łuck, in the Wołyń region. After WWII Tadeusz Szurski moved to Kraków planning to commence studies in astronomy. However, since he could not find a suitable school, in May of the same year he commenced studies at the Faculty of Law of the Jagiellonian University. He graduated in law in 1947 with excellent grades.

He also attended French courses and studied at the Faculty of English Studies at the Jagiellonian University. After completion of law studies at the Jagiellonian University, Tadeusz Szurski was employed at the Faculty of Law of the same University as an assistant lecturer, and then senior assistant lecturer at the Chair of International Public Law headed by Prof. Ludwik Ehrlich, where he worked until 1951. He simultaneously did a two-year course at the School of Political Sciences organized at the University, where 22 of the most outstanding “prewar” scholars worked as academic teachers, including, apart from the School Director Prof. Ludwik Ehrlich, also the following: the then-Rector of the Jagiellonian University Prof. Stanisław Marian Kutrzeba, Prof. Czesław Nanke and Prof. Feliks Młynarski, and Eugeniusz Kwiatkowski, with whom Tadeusz Szurski, as a senior assistant to the School Director, had many opportunities to conduct long, very interesting and enlightening discussions on various topics.

While employed at the Jagiellonian University, in 1950 Tadeusz Szurski defended a doctoral thesis in the field of international law on “Privileges and Immunities of International Officers”, written under the supervision of Prof. Ehrlich.

In 1951 Tadeusz Szurski moved to Warsaw, where he found employment at the Legal Department of the Ministry of Foreign Trade (MHZ). He worked there until 1968, as Deputy Head of the Legal Service of the Ministry. As part of his professional career at the Ministry of Foreign Trade, Tadeusz Szurski successfully finalized the most complicated disputes and legal issues of such enterprises with their foreign partners from many countries. Tadeusz Szurski

was involved, among other things, in business negotiations on the conclusion and performance of a transaction regarding the purchase of a license for Fiat 1300 and 1500 passenger cars.

In 1968, due to unfavorable conditions at work, for political and ethical reasons (refusal to join the Polish United Workers' Party (PZPR), Tadeusz Szurski decided to leave his post at the Ministry and took the position of Head of the Team of Legal Advisors of a large foreign trade company, ELEKTRIM LTD. (function performed until his retirement).

In 1971 Tadeusz Szurski obtained the title of Dr hab. at the Faculty of Law of The Adam Mickiewicz University in Poznan, having defended his thesis on "The Principle of Most-favoured Nation Treatment in GATT", at the chair of international law headed by Prof. Alfons Klafkowski.

Tadeusz Szurski chaired many official Polish delegations to international conferences. He participated numerous times in meetings of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), and was also appointed deputy chairman of the Commission. Jointly with Prof. Rabcewicz-Zubkowski from Canada, he was a founder and served for many years as Vice President of the International Federation of International Arbitration Institutions. Tadeusz Szurski actively participated in the founding of the International Council for Commercial Arbitration, an advisory organization to the United Nations and which involves world renowned experts in arbitration. He became a member of the council, and actively participated in its works. Since its establishment, Tadeusz Szurski has been the only Polish member of the Council.

During his professional career he actively participated in resolving disputes through arbitration in more than 400 arbitration proceedings, both in Poland and abroad involving more than 20 countries.

From 1954 Tadeusz Szurski was a member of the Warsaw Bar, and from 1982 also a legal advisor, member of the National Council of Legal Advisors.

In 1982 Dr hab. Tadeusz Szurski assumed the function of Chairman of the Court of Arbitration at the Polish Chamber of Foreign Trade after the death of Prof. Jerzy Jakubowski. Tadeusz Szurski resigned from the post of Chairman of the Court of Arbitration in December 1998, and in 2007 was given the title of Honorary Chairman of this Court. He also played an advisory role in establishing a new court of arbitration – the Court of Arbitration at the Polish Confederation of Private Employers Lewiatan established in 2006. Tadeusz Szurski eventually became Honorary President of this Court. He was also a co-founder of the Polish Arbitration Association established in 1990 and its Vice President until 2007.

In the years 1990–1998, Dr hab. Tadeusz Szurski was a lecturer on this subject at the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw. He supported students in learning arbitration, also by means of giving practice training at the Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce led by him. He should be recognized as a person who greatly contributed to the "expansion" of arbitration in Poland and education of the younger generation of lawyers specialized in this area of law.

In addition, it should be remembered that Tadeusz Szurski was a member of the Civil Law Codification Commission where he was engaged in creating the provisions of arbitration law in Poland.

A great master and professor of amicable dispute resolution has passed away; the pioneer and founding father of Polish commercial arbitration, the originator of the arbitration court in Warsaw which attained the highest international standards and a great reputation, which he led for many years.

For friends and colleagues in Poland and all over the world, Tadeusz Szurski was synonymous with outstanding knowledge, high morals and personal class, a delightful and brave idealist, the last great member of his generation.

Sylwester Pieckowski

e-Przeglądzie Arbitrażowym

W ostatnich latach nastąpił dynamiczny rozwój krajowego piśmiennictwa poświęconego problematyce pozasądowych metod rozwiązywania sporów. Ogromna w tym zasługa dwóch znakomitych periodyków: „Biuletynu Arbitrażowego” Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie oraz „Kwartalnika ADR: Arbitraż i Mediacja”. Dzięki nim istotnie zwiększyła się liczba publikacji, a przede wszystkim wzrosło zainteresowanie i znajomość tej problematyki – nie tylko w kręgach prawniczych. Zdaniem krytyków, publikacji było tak wiele i na tak różnym poziomie, że poziom nasycenia nimi zbliżył się wręcz do przesytu. Według entuzjastów – apetyt na to, co dobre, rośnie jednak w miarę jedzenia.

„E-Przegląd Arbitrażowy” powstaje po to, by zaproponować czytelnikom nowe źródło informacji i opinii o sądownictwie polubownym i ADR – w nowoczesnym, nieobecny dotychczas w Polsce formacie. Nie ulega wątpliwości, że „E-Przegląd” nie stanie się w żadnej mierze konkurencją dla „Biuletynu Arbitrażowego” i „Kwartalnika ADR”. Wręcz przeciwnie, jego lektura powinna skłaniać czytelników, by jeszcze częściej sięgać do tych tytułów. „E-Przegląd” ma być bezpłatnym elektronicznym newsletterem, który w większości przypadków będzie jedynie sygnalizować ważne i aktualne tematy arbitrażowe i mediacyjne, pozostawiając ich wnikliwe i szczegółowe omówienie analizom ukazującym się m.in. na łamach „Biuletynu Arbitrażowego” i „Kwartalnika ADR”.

Znakiem czasu jest to, że coraz liczniejsze wydawnictwa ukazują się wyłącznie lub głównie w formie elektronicznej. Dotyczy to m.in. tak ważnych dla praktyki źródeł jak: *Global Arbitration Review* czy *Kluwer Arbitration Blog*. Tak będzie również w przypadku „E-Przeglądu”. Format elektroniczny oferuje liczne zalety – w tym np. możliwość korzystania z hiperlinków czy przeszukiwania tekstu – nie wspominając o względach ekologicznych.

Zapraszamy do lektury i współpracy!

In recent years there has been a rapid growth in Polish legal writings related to out-of-court dispute resolution. This positive development is mainly attributable to two renowned legal magazines: “Arbitration Bulletin” of the Arbitration Court at the Polish Chamber of Commerce in Warsaw, and “ADR Quarterly: Arbitration and Mediation”. Thanks to these magazines, the number of publications has increased, and more importantly: interest and knowledge related to this field have greatly increased – and not only among lawyers. Some critics argue that due to the excessive number of publications of diverse quality, a saturation level has almost been reached in this field. Optimists believe, however, that as the saying goes, “the more one has, the more one wants”.

“Arbitration E-Review” aims to provide readers with a new source of information and opinions on arbitration and ADR – in a modern, and yet untried format in Poland. “E-Review” is not intended to compete with “Arbitration Bulletin” and “ADR Quarterly” in any sense. On the contrary, it should encourage readers to pick up and read these two magazines. “E-Review” is a free electronic newsletter which in most cases will only headline some important and current issues, leaving their detailed analysis to the articles published in “Arbitration Bulletin” and “ADR Quarterly”.

*It is a sign of the times that more and more publications are being exclusively released in digital form. This includes e.g. such crucial for arbitration practice sources such as: *Global Arbitration Review* or *Kluwer Arbitration Blog*. The same will apply to “E-Review”. The electronic form has numerous advantages, including the availability of hyperlinks and text searching – not to mention being environmentally friendly.*

We hope you find it an interesting and stimulating read, and we look forward to our future cooperation!

Rafał Morek

Arbitraż międzynarodowy w prawie polskim: podstawowe problemy

dr Andrzej W. Wiśniewski

W nowoczesnych systemach prawnych arbitraż, inaczej niż np. zobowiązaniowe stosunki umowne, nie dzieli się z punktu widzenia regulującego go krajowego ustawodawcy na arbitraż „czysto krajowy” i arbitraż „z elementem obcym” (międzynarodowy). Nawet jednak, jeśli ten podział jest stosowany, to dostrzeżenie w stosunku arbitrażu istotnego elementu obcego, jak choćby przynależność jednej lub nawet obu stron do obcego państwa, z punktu widzenia polityki prawa może być dostatecznie istotną przesłanką do zastosowania do niego odmiennych norm merytorycznych, ale w żadnym wypadku – do rozważania ewentualności zastosowania do tego arbitrażu prawa obcego (wyjawszy kwestię oceny samej umowy o arbitraż).

I. Arbitraż krajowy i zagraniczny

1. Znaczenie prawnej lokalizacji arbitrażu

W nowoczesnych systemach prawnych arbitraż, inaczej niż np. zobowiązaniowe stosunki umowne, nie dzieli się z punktu widzenia regulującego go krajowego ustawodawcy na arbitraż „czysto krajowy” i arbitraż „z elementem obcym” (międzynarodowy)¹. Nawet jednak, jeśli ten podział jest stosowany, to dostrzeżenie w stosunku arbitrażu istotnego elementu obcego, jak choćby przynależność jednej lub nawet obu stron do obcego państwa, z punktu widzenia polityki prawa może być dostatecznie istotną przesłanką do zastosowania do niego odmiennych norm merytorycznych, ale w żadnym wypadku – do rozważania ewentualności zastosowania do tego arbitrażu prawa obcego (wyjawszy kwestię oceny samej umowy o arbitraż, której traktowanie

pod tym względem przypomina stosunki materialnoprawne)².

Przyporządkowanie arbitrażu do systemu prawnego określonego państwa odbywa się na innych zasadach, niż stosowane w prawie międzynarodowym prywatnym do ustalenia statutu stosunków materialnoprawnych. Stosunek materialnoprawny jest z punktu widzenia orzekającego sądu „krajowy” wówczas, gdy nie występuje w nim żaden tzw. element obcy: czynnik (a co najmniej – potencjalnie istotny czynnik, np. obywatelstwo lub miejsce zamieszkania albo siedziba strony, siedziba jej przedsiębiorstwa, lokalizacja przedmiotu stosunku lub miejsce wykonania zobowiązania) wiążący go z innym systemem prawnym³. W przeciwnym wypadku mamy do czynienia z tzw. stosunkiem z elementem obcym, zwanym także – z szerszego punktu widzenia – stosunkiem o charakterze międzynarodowym. Dla takiego stosunku sędzia poszukuje prawa właściwego według kryteriów określonych we właściwej normie kolizyjnej.

Arbitraż dzieli się natomiast według symetrycznego kryterium na arbitraż „czysto krajowy” –

Autor jest starszym wykładowcą na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, a także Vice-Prezesem Sądu Arbitrażowego przy Polskiej Konferencji Pracodawców Prywatnych Lewiatan oraz partnerem w kancelarii Rymar i Wspólnicy.

¹ Nawet w przypadku państw wiodących w rozwoju międzynarodowego arbitrażu handlowego, jak Francja i Szwajcaria, wyodrębnienie w prawie krajowym międzynarodowego arbitrażu jako przedmiotu regulacji jest sygnałem, że regulacja arbitrażu w stosunkach krajowych zawiera elementy konserwatywne, specyficzne, sprzeczne z liberalnym traktowaniem prywatnego trybu rozstrzygania sporów.

² Zob. *J. Poczobut*, Zagadnienia kolizyjno-prawne w międzynarodowym arbitrażu handlowym, [w:] *A. Szumański* (red.), System prawa handlowego tom 8, Arbitraż handlowy, Warszawa 2009, s. 133 i n.; *D. Mazur*, Prawo właściwe w międzynarodowym arbitrażu handlowym, KPP 2003, Nr 1; *T. Ereciński, K. Weitz*, Sąd arbitrażowy, Warszawa 2008, s. 73-76 i 90-98.

³ *M. Pazdan*, Prawo prywatne międzynarodowe, Warszawa 2009, s. 19-22.

krajowy w sensie lokalizacji – do którego stosuje się krajowe przepisy o arbitrażu, oraz arbitraż w tymże sensie „czysto zagraniczny”, do którego się tych przepisów w zasadzie nie stosuje (i to bez względu na jakiegokolwiek inne powiązania z terytorium *fori*). Przede wszystkim jednak, inaczej niż zazwyczaj w obszarze stosunków materialnoprawnych, podział arbitrażu na krajowy i zagraniczny służy rozstrzygnięciu kwestii jurysdykcyjnej: arbitrażem zagranicznym krajowe sądy – poza ewentualnym uznaniem i wykonaniem zagranicznego wyroku – zajmują się tylko wyjątkowo⁴. W prawie polskim zasadę tę stwierdza art. 1154 k.p.c.:

Przepisy części niniejszej 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.

Problemy prawa właściwego dla arbitrażu, a także związany z nimi problem charakteru prawnego art. 1154 i ewentualnego przypisania mu znaczenia wykraczającego poza oddzielenie arbitrażu „krajowego” od „zagranicznego”, zostaną omówione poniżej, w pkt. III.2 i III.3.

Ewentualne uwzględnienie w ramach krajowej regulacji specyfiki toczącego się w kraju arbitrażu międzynarodowego (tzn. arbitrażu z elementem obcym, np. z udziałem strony zagranicznej), w szczególności handlowego, jest w tym kontekście kwestią wtórną. W prawie polskim (podobnie jak np. w niemieckim i austriackim, a inaczej niż we francuskim i szwajcarskim) przepisy tego rodzaju nie występują.

⁴ Wyjątki od zasady stosowania prawa arbitrażowego *fori* tylko do arbitrażu krajowego dotyczą na ogół dwóch kręgów zagadnień: po pierwsze, możliwości udzielenia przez sąd krajowy pomocy (wyznaczenie lub wyłączenie arbitra, środki zabezpieczające, czynności dowodowe) w związku z postępowaniem arbitrażowym toczącym się za granicą lub w związku ze wszczęciem postępowania, którego miejsce nie jest jeszcze określone; po drugie, uznania lub stwierdzenia wykonalności zagranicznego wyroku arbitrażowego. W prawie polskim zakres tych wyjątków określają szczegółowe przepisy k.p.c. (art. art. 1155, 1165, 1166, 1192, 1214, 1215, 1216), mające oparcie w przepisie art. 1154.

2. Teoria procesowa i terytorialna

W historii arbitrażu ścierały się dwa punkty widzenia dotyczące kryterium przyporządkowania arbitrażu do systemu prawnego (tzn. do jurysdykcji sądów, a co za tym idzie, także do prawa procesowego) określonego państwa. Pierwszy z nich, starszy, nosi nazwę teorii procesowej; drugi – współcześnie dominujący – teorii terytorialnej.

Teoria procesowa opiera się na kryterium prawa procesowego, które stosował, stosuje, bądź ma stosować sąd arbitrażowy w swoim postępowaniu. Chodzi tu oczywiście nie o „odpowiednie” stosowanie przepisów regulujących sądowe postępowanie cywilne, ale o stosowanie tych przepisów procesowych, które ustawodawca krajowy adresuje do sądu arbitrażowego jako wiążące bezwzględnie lub jako standard obowiązujący w braku odmiennego porozumienia stron albo postanowienia arbitrów. Teoria procesowa pozwala więc stronom na swobodny wybór porządku prawnego, z którym chcą swój arbitraż powiązać; w braku jakichkolwiek wskazówek od stron, wyboru takiego mogą dokonać sami arbitrzy.

Teoria procesowa stosowana była w przeszłości na gruncie prawa francuskiego i niemieckiego; obecnie jest zasadniczo zarzucona⁵.

Zaletą teorii procesowej jest jej elastyczność. Zaletą ta nie równoważy jednak wad wynikających z trudności stosowania określonego prawa procesowego poza terytorium jego obowiązywania oraz z faktu, iż strony ani arbitrzy – którzy nie muszą być przecież prawnikami – mogą nie zdawać sobie sprawy z potrzeby czy celowości dokonania jakiegokolwiek wyboru. W tej sytuacji ustalenie, jakie prawo procesowe było w istocie stosowane w postępowaniu arbitrażowym, może być trudne (odpowiedź, że żadne, *prima facie* nie wchodzi w grę; jednak nawet takie rozwiązanie

⁵ Zob. J. Jakubowski, [w:] J. Jakubowski, M. Tomaszewski, A. Tynel, A. W. Wiśniewski: Zarys międzynarodowego prawa handlowego, Warszawa 1983, s. 301; U. Haas, New York Convention, [w:] F. B. Weigand (red.), Practitioner's Handbook on International Arbitration, Monachium 2002, s. 406-411.

nie jest całkowicie wykluczone w ramach teorii tzw. delokalizacji arbitrażu⁶).

Teoria terytorialna, dziś dominująca, polega na związaniu arbitrażu z systemem prawnym państwa, w którym się on toczy, albo (zwłaszcza gdy chodzi o uchylene, uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku) w którym został wydany wyrok arbitrażowy.

Zaletą teorii terytorialnej jest jej prostota, polegająca na oparciu się przy lokalizacji prawnej arbitrażu na łatwo dostrzegalnym zewnętrznym fakcie. Prostota ta staje się jednak pozorna, gdy mamy do czynienia z wyrokiem nie wskazującym miejsca wydania, w aktach postępowania arbitrażowego brak jedno-znacznej decyzji stron lub arbitrów co do miejsca postępowania, a posiedzenia rozprawy odbywały się w więcej niż jednym państwie. Tego rodzaju sytuacje należą na szczęście w praktyce do rzadkości. Poważniejszą wadą teorii terytorialnej jest jej potencjalna sztywność: w skrajnej „czysto faktycznej” wersji nie pozwala ona na skorygowanie nieprzewidzianych negatywnych konsekwencji związania arbitrażu z systemem prawnym, na obszarze którego uczestnicy zdecydowali się go faktycznie zlokalizować (co wydaje się nienaturalne, skoro wybór ten był całkowicie wolny). W praktyce wadę tę jednak rekompensuje odejście od traktowania lokalizacji arbitrażu jako kwestii czysto faktycznej i akceptacja wskazania miejsca arbitrażu i miejsca wydania wyroku, zamieszczonego przez arbitrów w treści wyroku, jako konstytutywnego ustalenia prawnego, nie podlegającego (co najmniej wówczas, gdy to ustalenie nastąpiło za zgodą stron) weryfikacji pod względem zgodności z faktycznym miejscem wykonywania czynności w postępowaniu arbitrażowym⁷. W pewnym, ściśle pragmatycznym

sensie oznacza to zaakceptowanie na gruncie teorii terytorialnej podstawowych założeń aksjologicznych teorii procesowej. W tej wersji teoria terytorialna jest trafnym praktycznie kompromisem pomiędzy niegdyś skrajnie skonfliktowanymi teoretycznymi punktami widzenia.

Konwencja Nowojorska o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z 1958 r., definiując w art. I ust. 1 „zagraniczne orzeczenia arbitrażowe”, opiera się w pierwszym rzędzie na teorii terytorialnej, zobowiązując państwa uczestniczące do uznawania i wykonywania wyroków arbitrażowych wydanych na terytorium innego państwa; uwzględnia jednak także ewentualność funkcjonowania na poziomie prawa krajowego teorii procesowej, dodatkowo obejmując swoim zakresem także te wyroki, które w państwie uznania lub wykonania nie są uważane za krajowe (w domyśle: mimo iż wydane na jego terytorium)⁸. Z punktu widzenia Europejskiej Konwencji Genewskiej rozróżnienie arbitrażu krajowego i zagranicznego nie ma natomiast znaczenia; określone w niej zasady stosują się do międzynarodowego arbitrażu handlowego bez względu na to, czy z punktu widzenia państwa uczestniczącego dany arbitraż jest krajowy czy zagraniczny.

Na gruncie prawa polskiego już pod rządem dawnego prawa arbitrażowego przyjmowano teorię terytorialną⁹. Obecnie zasadę tę wyraża *in initio* art. 1154 k.p.c. W związku z brzmieniem tego przepisu istotne jest ustalenie, że za arbitraż zagraniczny we współczesnym pojęciu należy uznać każdy arbitraż, którego miejsce postępowania znajduje się poza granicami Polski (nie znajduje się w Polsce), a nie tylko taki, który można jednoznacznie powiązać z jakimkolwiek określonym obcym obszarem prawnym¹⁰.

⁶ Na ten temat por. A. Redfern, M. Hunter (with N. Blackaby and C. Partasides), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London 2004, s. 89-93; U. Haas, [w:] *Practitioners' Handbook*, jw., s. 412-415; J. Paulsson, *Interference by National Courts*, [w:] L.W. Newman, R.D. Hill (red.), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, Nowy Jork 2008, s. 119-147.

⁷ Tak np. A. Fremuth-Wolf, [w:] *Arbitration Law of Austria. Practice and Procedure*, praca zbiorowa, Wiedeń 2007, s. 4-5; P. Schlosser, [w:] *Stein/Jonas Kommentar zum Zivilprozessordnung*, t. 9, Tybinga 2002, s. 379.

⁸ Zob. U. Haas, *New York Convention*, [w:] *Practitioner's Handbook*, jw., s. 406-410.

⁹ Zob. S. Dalka, *Sądownictwo polubowne w PRL*, Warszawa 1987, s. 156-159; także wyrok SN z 27.08.1982 r., II CR 214/84, PiP 1984, nr 8, s. 140.

¹⁰ Tak dla prawa niemieckiego np. J. Münch, [w:] *Kommentar zum Zivilprozessordnung*, T. Rauscher, P. Wax, J. Wenzel (red.), t. 3, Monachium 2008, s. 50-53; podobnie: G. Henn, *Schiedsverfahrensrecht. Handbuch für die Praxis*, Heidelberg 2000, s. 1-5.

II. Pojęcie arbitrażu międzynarodowego

Arbitraż międzynarodowy¹¹ – inaczej niż, jak wskazywałem wyżej, arbitraż zagraniczny – można z punktu widzenia systemu prawnego określonego państwa zdefiniować podobnie, jak stosunek międzynarodowy w materialnym prawie prywatnym: jest to arbitraż wykazujący istotny element obcy, tzn. nie związany z tym obszarem prawnym, do którego został przyporządkowany (współcześnie chodzi o przyporządkowanie na gruncie teorii terytorialnej, a zatem o prawo państwa, w którym arbitraż się odbywa lub w którym wydany został wyrok).

Swoistość arbitrażu polega na tym, że w jego wypadku rozróżnienie to z punktu widzenia określonego systemu prawnego odnosi się w zasadzie (pominąwszy kwestię wykonalności orzeczeń) tylko do arbitrażu wstępnie zakwalifikowanego jako krajowy¹², oraz że nie ma na celu odszukania właściwego statutu arbitrażu (systemu prawnego odpowiedzialnego za jego regulację), natomiast może mieć znaczenie dla ustalenia, które krajowe normy znajdą do niego zastosowanie. Znaczenie wyróżnienia arbitrażu międzynarodowego w krajowym porządku prawnym zależy bowiem od tego, czy w porządku tym istnieją szczególne przepisy dla arbitrażu międzynarodowego. Ponieważ zaś każdy ustawodawca kształtuje te przepisy na własny, lokalny użytek, także definicje arbitrażu międzynarodowego (w odróżnieniu od krajowego, rozumianego wszędzie dość jednolicie) mogą się w istotny sposób różnić. W prawie polskim brak tego rodzaju przepisów szczególnych, a więc i definicja arbitrażu międzynarodowego jest z te-

go punktu widzenia bezprzedmiotowa¹³ – co nie znaczy, że w ogóle pozbawiona znaczenia, ponieważ także arbitraż podlegający prawu polskiemu może z uwagi na to kryterium podlegać mającej pierwszeństwo regulacji Europejskiej Konwencji Genewskiej.

Gdyby prezentację powyższą budować w oparciu o kryterium historyczne zamiast systematyczne, to należałoby zacząć od wskazania, że pojęcie arbitrażu międzynarodowego pojawiło się jako kategoria prawna po raz pierwszy wówczas, gdy ustawodawca międzynarodowy zajął się jego regulacją, oraz że nadal odgrywa ono kluczową rolę przy określeniu zakresu niektórych konwencji arbitrażowych (w szczególności Europejskiej Konwencji Genewskiej) i innych aktów dotyczących arbitrażu międzynarodowego¹⁴.

Najprostsza i zarazem najwęższa definicja arbitrażu międzynarodowego obejmuje jedynie sytuację, gdy rozstrzygany jest spór pomiędzy podmiotem krajowym i podmiotem zagranicznym (ewentualnie również między dwoma podmiotami zagranicznymi). Tak rozumiany był zakres stosunków objętych Protokołem Genewskim o klauzulach arbitrażowych z 1923 r. oraz Konwencją Genewską o wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z 1927 r., która w tym zakresie nawiązywała do zakresu podmiotowego Protokołu¹⁵. Tak też przedstawia się definicja arbitrażu międzynarodowego na gruncie prawa szwajcarskiego¹⁶.

¹¹ Oczywiście chodzi o arbitraż prawa prywatnego, międzynarodowy jedynie w sensie związku z więcej niż jednym systemem prawnym.

¹² Dlatego niepoprawne jest przeciwstawianie arbitrażu międzynarodowego arbitrażowi krajowemu. W angielskiej terminologii funkcjonują dwie pary pojęć przeciwstawnych: *foreign – national* oraz *international – domestic*, co po polsku można oddać przeciwstawiając arbitraż „zagraniczny” – „krajowemu”, a „międzynarodowy” – „lokalnemu”. Arbitraż lokalny to arbitraż krajowy, w którym nie występują istotne elementy wiążące go z jakimkolwiek innym porządkiem prawnym.

¹³ Podobnie na zasadzie jednolitego traktowania arbitrażu krajowego, jednak przy rozciągnięciu na stosunki krajowe osiągnąć w zakresie liberalizacji arbitrażu międzynarodowego, oparli się ustawodawcy niemiecki i austriacki; wyodrębnienie i większa liberalizacja stosunków w arbitrażu międzynarodowym cechuje zwłaszcza prawo francuskie i szwajcarskie.

¹⁴ W szczególności Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL z 1976 r. oraz ustawy wzorcowej UNCITRAL.

¹⁵ Protokół Genewski, zgodnie z jego art. 1, obejmował swoim zakresem przedmiotowym umowy o arbitraż zawarte „pomiędzy stronami podlegającymi prawodawstwu oddzielnych Państw umawiających się”; Konwencja Genewska dotyczyła zagranicznych orzeczeń arbitrażowych wydanych na podstawie klauzuli podlegającej postanowieniom Protokołu.

¹⁶ P. A. Karrer, P. A. Straub, Switzerland, [w:] Practitioner's Handbook, jw., s. 1055.

W ten sam tradycyjny sposób, ograniczając się do zagadnień związanych z realizacją umów o arbitraż zawartych pomiędzy stronami mającymi miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium dwóch różnych państw uczestniczących, wyznacza zakres pojęciowy międzynarodowego arbitrażu (handlowego) art. 1 ust. a Europejskiej Konwencji Genewskiej. Na marginesie trzeba zaznaczyć, że Konwencja Nowojorska natomiast w ogóle nie posługuje się tym pojęciem; jej przepisy stosują się nie do arbitrażu międzynarodowego, a do arbitrażu zagranicznego z punktu widzenia związanego Konwencją państwa *fori*.

Podobnie wąskie definicje, ograniczające się do sytuacji arbitrażu między podmiotem krajowym i zagranicznym (z dodatkowym zastrzeżeniem gospodarczego czy handlowego charakteru stosunku, na tle którego wynikł spór) funkcjonują w systemach prawnych państw znajdujących się na etapie dostosowywania swojego systemu prawnego do wymagań gospodarki rynkowej (np. Kazachstan)¹⁷. W niektórych takich państwach rozszerza się jednak to pojęcie, pozwalając na rozstrzyganie w tym samym trybie sporów z inwestorami zagranicznymi oraz spółkami z ich udziałem (Rosja, Ukraina, Turcja)¹⁸; w skrajnym przypadku (Białoruś) także krajowe podmioty gospodarcze uzyskują prawo do korzystania we wzajemnych stosunkach z regulacji początkowo przeznaczonej tylko dla arbitrażu międzynarodowego¹⁹.

Stosunkowo najszersza definicja arbitrażu międzynarodowego (i tu jednak z zawężeniem do stosunków handlowych) zawarta jest w art. 1 ust. 3 ustawy wzorcowej UNCITRAL. Dla uznania arbitrażu za międzynarodowy wystarczy według

tego przepisu spełnienie jednego z trzech kryteriów:

- strony mają swoje siedziby handlowe (*place of business*) w różnych państwach;
- miejsce arbitrażu określone w umowie o arbitraż lub na jej podstawie, miejsce wykonania istotnej części zobowiązań z danego stosunku, albo miejsce z którym najściślej związany jest przedmiot sporu znajduje się w innym państwie, niż to, w którym obie strony mają siedziby handlowe;
- strony wyraźnie uzgodniły, że przedmiot umowy o arbitraż odnosi się do więcej niż jednego kraju.

Nie jest jasne, czy intencją autorów ustawy wzorcowej było wprowadzenie kryterium całkowicie subiektywnego, czy też możliwe powinno być zakwestionowanie takiego uzgodnienia w wypadku, gdy nie ma ono w ogóle żadnych podstaw faktycznych albo związek z jakimkolwiek obcym terytorium jest tak luźny, że obiektywnie zupełnie pozbawiony znaczenia. W każdym razie tylko nieliczne z państw reformujących swoje przepisy dla arbitrażu międzynarodowego w oparciu o Ustawę Wzorcową zaakceptowały to trzecie kryterium²⁰.

Bardzo szeroką i elastyczną definicję arbitrażu międzynarodowego (znowu jednak z zawężeniem do stosunków o charakterze handlowym) zawiera prawo francuskie, według którego międzynarodowy jest każdy arbitraż, który „dotyczy interesów handlu międzynarodowego”²¹.

W literaturze dotyczącej międzynarodowego arbitrażu handlowego można spotkać definicje opierające się na wyliczeniu (najczęściej przykładowym) powiązań arbitrażu z obszarem prawnym innym niż obszar państwa, w którym się on odbywa, pozwalających uznać go za międzynarodowy. W literaturze polskiej definicje takie można znaleźć np. w pracach

¹⁷ A. Kuantbekov, I. Kolupajev, Kazachstan, [w:] Ch. Liebscher, A. Fremuth-Wolf (red.), *Arbitration Law and Practice in Central and Eastern Europe*, Nowy Jork 2006, s. 1-3.

¹⁸ D. Goldberg, G. Blanke, J. Zagonek, Russian Federation, [w:] Ch. Liebscher, A. Fremuth-Wolf (red.), *Arbitration Law and Practice*, jw., s. 2-13; T. Slipachuk, Ukraine, [w:] Ch. Liebscher, A. Fremuth-Wolf (red.), *Arbitration Law and Practice*, jw., s. 1-4; I. G. Esin, Turkey, [w:] *Arbitration in 24 Jurisdictions Worldwide*, zbiór artykułów, dodatek do *Global Arbitration Review* 2006, s. 155–156.

¹⁹ Y. Funk, W. Khvaley, Belarus, [w:] Ch. Liebscher, A. Fremuth-Wolf (red.), *Arbitration Law and Practice*, jw., s. 1-4.

²⁰ Należy do nich Litwa, zob. E. Cicenias, V. Vaitkute Pavan, Lithuania [w:] Ch. Liebscher, A. Fremuth-Wolf (red.), *Arbitration Law and Practice*, jw., s. 1-3.

²¹ E. Gaillard, J. A. Edelstein [w:] *Practitioners Handbook*, jw., s. 644649.

T. Erecińskiego i K. Weitz²² oraz Ł. Błaszczaka i M. Ludwik²³. Ci ostatni autorzy określają jednak listę elementów wiążących arbitraż z obcym terytorium stanowczo zbyt szeroko; kryteria takie, jak narodowość arbitrów czy zastosowane prawo procesowe (wyjąwszy nieaktualną dziś w zasadzie teorię procesową) albo prawo materialne nie stanowią ani w świetle aktów o charakterze międzynarodowym, ani w krajowych porządkach prawnych istotnego kryterium odgraniczenia międzynarodowego arbitrażu handlowego od arbitrażu lokalnego.

Sensowne jest przyjęcie za A. Redfernem i M. Hunterem²⁴, że o „międzynarodowości” arbitrażu rozstrzyga obecność jednego z trzech elementów: przynależność stron do różnych systemów prawnych, miejsce arbitrażu w państwie, do którego nie przynależą strony, wreszcie międzynarodowy charakter samego sporu, a ściślej jego przedmiotu. Trzeba jednak wyraźnie zastrzec, że ta definicja nie ma waloru normatywnego i może jedynie służyć orientacji co do stosunków, w zakresie których może operować międzynarodowy arbitraż handlowy rozumiany jako pewne zjawisko w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Ścisłą definicję właściwą w konkretnym wypadku wyznaczają przepisy mającego zastosowanie krajowego systemu prawnego lub konwencji międzynarodowej.

III. Międzynarodowe prawo arbitrażowe

1. Normy kolizyjne w regulacji prawnej arbitrażu

Istotą arbitrażu międzynarodowego jest jego związek z więcej niż jednym systemem prawnym. Jak każda międzynarodowa sytuacja prawna, międzynarodowy arbitraż może podlegać regulacji zarówno na poziomie międzynarodowym (prawo jednolite – regulacja traktatowa, a potencjalnie również normy tworzone przez organizacje międzynarodowe), jak na poziomie

krajowym. Regulacja specyficzna dla arbitrażu międzynarodowego może być określona, za wzorem międzynarodowego prawa prywatnego (oraz międzynarodowego prawa kontraktowego, deliktowego, rodzinnego, spółek itd.), mianem międzynarodowego prawa arbitrażowego.

Na poziomie ustawodawstwa krajowego tradycyjną metodą regulacji wszystkich międzynarodowych sytuacji prawnych jest metoda kolizyjna.

Normy kolizyjne dla sytuacji międzynarodowych istnieją zarówno w prawie publicznym, jak w prawie prywatnym, z tym że te pierwsze są znacznie prostsze i sprowadzają się do podstawowej zasady terytorialnego stosowania prawa, a ściślej – stosowania przez wszystkie organy państwowe własnego prawa publicznego (co w wypadku procesu cywilnego oznacza stosowanie prawa *fori*)²⁵ oraz stosunkowo nielicznych i ograniczonych pod względem zakresu wyjątków od niej. Natomiast prawo prywatne materialne obsługiwane jest przez prawo prywatne międzynarodowe, opierające się na złożonym systemie łączników, w ramach którego nie ma miejsca dla zasady preferencji własnego prawa, ponieważ ideą przewodnią jest poszukiwanie łącznika najbardziej odpowiedniego z uwagi na naturę regulowanego stosunku (zasada równorzędności systemów prawnych)²⁶. Obszar arbitrażu jest obszarem konkurencji łącznika *legis fori processualis* ze stosowanymi zwłaszcza dla kwestii związanych z umową o arbitraż łącznikami charakterystycznymi dla prawa prywatnego międzynarodowego.

W ramach krajowego prawa prywatnego międzynarodowego wyraźne przepisy kolizyjne odnoszące się do arbitrażu stanowią wciąż jeszcze rzadkość w skali światowej. Pewien wspólny standard wyznaczają w tym zakresie przede wszystkim konwencje międzynarodowe, w tym

²⁵ T. Ereciński, [w:] J. Ciszewski, T. Ereciński (p. red. T. Erecińskiego, Komentarz KPC cz. IV i V, t. 5, Warszawa 2009, s. 12-13. Zob. także H. Trammer, Zarys problematyki międzynarodowego procesu cywilnego państw kapitalistycznych, Warszawa 1956, s. 12-13.

²⁶ Jest to do dziś aktualne przesłanie koncepcji K. v. Savigny'ego; zob. M. Pazdan, Prawo prywatne międzynarodowe, jw., s. 30-31.

²² T. Ereciński, K. Weitz, Sąd arbitrażowy, jw., s. 44-45.

²³ Ł. Błaszczak, M. Ludwik, Sądownictwo polubowne (arbitraż), Warszawa 2007, s. 5-6.

²⁴ A. Redfern, M. Hunter, Law and Practice, jw., s. 17.

zwłaszcza Konwencja Nowojorska i Europejska Konwencja Genewska.

Najczęściej spotykaną konstrukcją, w oparciu o którą identyfikuje się prawo właściwe dla umowy o arbitraż, jest sięgnięcie do odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących umów prawa cywilnego materialnego, zwłaszcza o charakterze obligacyjnym. Jednakże analogia ta nie jest ścisła: pomiędzy kolizyjnym traktowaniem arbitrażu i stosunków prawa materialnego zachodzi istotna różnica. Stosunki materialnoprawne – tak przynajmniej brzmi dominująca i rzadko kwestionowana koncepcja – mogą egzystować wyłącznie na gruncie określonego systemu prawnego, któremu są podporządkowane²⁷. W wypadku umowy o arbitraż uznanie jej skuteczności może natomiast (zwłaszcza w razie potrzeby pomocy sądowej przed ustaleniem miejsca arbitrażu) nastąpić również na podstawie nadanego *ad casu* prowizorycznego statutu, w szczególności prawa *fori*, który ostatecznie wcale nie okaże się odpowiedzialny za jej realizację. Ten brak bezwzględnej zależności od jednego określonego systemu prawnego stanowi o specyfice kolizyjnej arbitrażu.

W zakresie prawa arbitrażowego formułuje się w doktrynie kilka naczelných zasad polityki prawa kolizyjnego: priorytet autonomii stron w zakresie treści umowy o arbitraż i szczegółowej regulacji postępowania, priorytet prawa państwa miejsca wykonania wyroku w zakresie zdolności arbitrażowej sporów i podstawowych, bezwzględnie wiążących zasad postępowania, priorytet prawa państwa *fori* w kwestii formy i skuteczności umowy o arbitraż (coraz częściej łagodzony przez stosowanie alternatywnych łączników *pro validitate*²⁸), dążenie do minimali-

zowania liczby systemów prawnych mogących mieć zastosowanie do tego samego arbitrażu²⁹.

Doktryna zazwyczaj wyróżnia w obszarze arbitrażu trzy lub cztery podstawowe statuty: statut umowy o arbitraż, statut organizacji zespołu orzekającego, postępowania i wyroku (*lex arbitrii*), statut stosunku pomiędzy stronami i arbitrami (tzw. *receptum arbitrii*); niekiedy dodaje się do tej listy statut kwestii głównej (stosunku podstawowego)³⁰. Jest to jednak wciąż daleko idące uproszczenie; regulacja kolizyjna arbitrażu rozwija się i komplikuje, podobnie jak regulacja kolizyjna stosunków materialno-prawnych, która przebyła długą drogę od wyróżnienia statutu osobowego, rzeczowego i zobowiązaniowego do obecnych kilkudziesięciu szczegółowych odmian statutu. W gruncie rzeczy każda z węzłowych kwestii prawnych związanych z funkcjonowaniem arbitrażu jest odrębnym zagadnieniem kolizyjnym, dla którego należy samodzielnie poszukiwać najbardziej odpowiedniego łącznika, nawet jeżeli ustalony w ten sposób statut może się ostatecznie okazać zbieżny dla kilku kwestii³¹. Takich węzłowych kwestii można wyróżnić (nie wykluczając ewentualności ich dalszej dyferencjacji) co najmniej czternaście:

²⁹ Czasem nawet mówi się o dyrektywie poszukiwania jednego systemu prawnego odpowiedzialnego za arbitraż; zob. P. Schlosser, [w:] Stein/Jonas Kommentar zum Zivilprozessordnung, jw., s. 411.

³⁰ Zob. T. Ereciński, K. Weitz, Sąd arbitrażowy, jw., s. 73-74. Jednakże ostatnia pozycja tej listy zawiera moim zdaniem pewne nieporozumienie: ustalenie, na jakich podstawach sąd arbitrażowy ma rozstrzygnąć „kwestię główną” (przez to mylące określenie należy chyba rozumieć spór wraz z istotną dla jego rozstrzygnięcia materialnoprawną regulacją), nie jest problemem kolizyjnym, ale dotyczącym rozgraniczenia ustaw prawnomaterialnych; ma on znaczenie dla ustalenia podstawy orzekania sądu arbitrażowego. Problem ten wykracza jednak poza zakres przedmiotowy niniejszego opracowania. Natomiast problem kolizyjny dotyczący samego arbitrażu odnosi się do wcześniejszego logicznie ustalenia, który system prawny jest odpowiedzialny za wyznaczenie granic swobody arbitrów przy poszukiwaniu właściwej regulacji materialnoprawnej.

³¹ Najszerzy w polskiej literaturze przegląd szczegółowych problemów kolizyjnych arbitrażu zawiera opracowanie J. Poczobuta, Zagadnienia kolizyjno-prawne, jw.

²⁷ Zob. w szczególności J. Pazdan, Czy można wyjąć umowę spod prawa?, Państwo i Prawo 2005, nr 10, *passim*.

²⁸ Por. np. art. 178 (2) szwajc. p.p.m.; także projekt nowego polskiego p.po.m. z 16.12.2008 r. ze zm. z maja 2009 r., opubl. [w:] M. Pazdan, Prawo prywatne międzynarodowe, jw., s. 343 i n., przewiduje w art. 37, prócz wyboru prawa, cztery łączniki, przy czym trzy z nich mogą działać alternatywnie.

- pojęcie arbitrażu i zdatność arbitrażowa sporów,
- zdolność arbitrażowa stron,
- treść i ważność materialna umowy o arbitraż,
- ważność formalna umowy o arbitraż,
- skutki umowy o arbitraż dla właściwości sądów powszechnych,
- środki pomocy sądów powszechnych w funkcjonowaniu arbitrażu,
- ukonstytuowanie i skład zespołu arbitrów,
- stosunek prawny pomiędzy arbitrami a stronami (*receptum arbitrii*)
- właściwość sądu arbitrażowego,
- postępowanie arbitrażowe w ścisłym sensie³²,
- podstawy orzekania³³;
- wymagana treść i forma wyroku,
- uchylenie wyroku,
- przesłanki uznania (stwierdzenia wykonalności) oraz skuteczność prawna wyroku.

Ponadto z arbitrażem międzynarodowym są związane inne zagadnienia procesowe i materialnoprawne, których regulacja może być specyficzna w kontekście arbitrażu, ale dla których prawa właściwego należy poszukiwać na zasadach ogólnych. W szczególności, w związku z poszczególnymi wymienionymi wyżej kwestiami mogą toczyć się postępowania incydentalne przed sądami państwowymi; postępowania te podlegają oczywiście *legi fori processualis*. Z kolei np. prawo właściwe dla ustalenia zdolności

³² Potocznie zagadnienia dotyczące składu arbitrów i ich wyłączenia, a także właściwości, włącza się do zakresu pojęciowego postępowania. Jest to jednak uproszczenie, przy tym sprzeczne z systematyką przepisów polskiego prawa arbitrażowego; por. brzmienie tytułów III, IV i V w Części V k.p.c.).

³³ Mam tu na myśli problem prawa właściwego do określenia, na jakich podstawach arbitraż może i powinien orzekać, a więc zasadniczo poszukiwanie właściwego w tej kwestii prawa procesowego, a nie poszukiwanie *in concreto* podstaw rozstrzygnięcia merytorycznego, w ramach których może pojawić się także problem właściwego prawa materialnego.

arbitrażowej strony stanowi jej statut personalny, poszukiwany zasadniczo zgodnie z normą kolizyjną prawa międzynarodowego prywatnego *legis fori*. Podobnie na podstawie odpowiednich norm kolizyjnych prawa międzynarodowego prywatnego poszukuje się statutu pełnomocnictwa do zawarcia umowy o arbitraż i do reprezentowania strony w postępowaniu arbitrażowym.

W teorii polskiego prawa prywatnego międzynarodowego dominuje pogląd, zgodnie z którym tę gałąź prawa należy rozumieć raczej funkcjonalnie niż tylko jako zespół norm kolizyjnych, jednolity z uwagi na metodę regulacji³⁴. Ponieważ funkcją prawa międzynarodowego prywatnego jest regulowanie stosunków o charakterze międzynarodowym (a z punktu widzenia naszego systemu prawnego, stosunków z elementem obcym), zalicza się do jego zakresu nie tylko normy kolizyjne, ale także normy merytoryczne skonstruowane specjalnie dla takich stosunków. W nawiązaniu do tej koncepcji także międzynarodowe prawo arbitrażowe można postrzegać jako złożone z dwóch części: zasad kolizyjnych wskazujących właściwy system prawny, oraz norm merytorycznych specyficznych dla arbitrażu międzynarodowego lub zagranicznego. Wszystkie te normy mogą być zarówno pochodzenia międzynarodowego, jak krajowego.

W polskim krajowym prawie arbitrażowym norm specyficznych dla arbitrażu międzynarodowego nie ma w ogóle, natomiast jeśli chodzi o arbitraż zagraniczny, można tu wskazać art. 1215 k.p.c. Inaczej sprawa przedstawia się np. we Francji i Szwajcarii oraz w tych krajach, które wybrały metodę bezpośredniej inkorporacji ustawy wzorcowej UNCITRAL.

Jako szczególny problem w związku z klasyfikacją norm międzynarodowego prawa arbitrażowego należy wspomnieć ewentualność stosowania przez sądy państwowe tzw. norm autonomicznych (autonomicznego prawa mię-

³⁴ Zob. M. Pazdan, Prawo prywatne międzynarodowe, jw., s. 22-25. Innego zdania jest np. J. Kropholler, Internationales Privatrecht, Tybinga 2004, s. 1-2, zdaniem którego szersze ujęcie prawa prywatnego międzynarodowego, obejmujące normy merytoryczne (a zwłaszcza krajowe), jest „nieściśle”.

dzynarodowego arbitrażu handlowego) – norm merytorycznych, ukształtowanych w praktyce międzynarodowego arbitrażu na tyle wyraźnie, że można im przyznać skuteczność niezależnie od ich powołania w umowie stron. Normy te uważa się na ogół za przynależne do szerszego kręgu zjawisk określanых mianem *lex mercatoria* lub *transnational law*. Obiektywną moc wiążącą tego rodzaju normom przyznaje np. orzecznictwo francuskie³⁵; nie można wykluczyć pojawienia się takiego problemu, oraz jego analogicznego rozwiązania, także na gruncie prawa polskiego.

2. Znaczenie i funkcja art. 1154 k.p.c.

Pewne zamieszanie, wymagające uporządkowania, wywołuje w kolizyjnoprawnej problematyce arbitrażu cytowany wyżej w pkt B art. 1154 k.p.c. Przepis ten przed wszystkim sankcjonuje na gruncie polskiego prawa arbitrażowego teorię terytorialną arbitrażu. Ponadto jednak jego brzmienie wywołuje wrażenie, że mamy do czynienia z normą kolizyjną, której zasadniczą funkcją jest wskazanie właściwości prawa dla arbitrażu krajowego. Wrażenie to jest moim zdaniem błędne, a akceptacja takiej kwalifikacji prowadzi do szkodliwych dla spójności regulacji skutków; kwestia ta wymaga niewątpliwie pogłębionej analizy, w tym porównawczej³⁶.

Określając zakres zastosowania zreformowanego w 2005 r. prawa arbitrażowego polski ustawodawca nie mógł skorzystać z przykładu ustawy wzorcowej UNCITRAL z uwagi na odmienną koncepcję polskiego prawa arbitrażowego, opartą na znacznej liberalizacji arbitrażu krajowego i zrównaniu go pod względem traktowania z arbitrażem międzynarodowym, w obu wypadkach bez względu na handlowy (gospodarczy) charakter sporu. Art. 1154 k.p.c. jest natomiast do pew-

³⁵ Począwszy co najmniej od znanego wyroku w spr. Dalico (1993); por. *E. Gaillard: Thirty years of Lex Mercatoria: Towards the Discriminating Application of Transnational Rules*, [w:] ICCA Congress Series No. 7, Haga 1996, s. 579-580; *J.-B. Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris 1999, s. 36-37 i 191-194.

³⁶ Ostatnio charakter kolizyjny art. 1154 k.p.c. zakwestionował *J. Poczobut*, *Zagadnienia kolizyjnoprawne*, jw., s. 133 i n.

nego stopnia wzorowany na wprowadzonym w ramach reformy 1997 r. przepisie § 1025 ust. 1 niem. ZPO, realizującym podobną uniwersalną koncepcję; przypomina też konstrukcją nieco późniejszy w stosunku do polskiej reformy, a wzorowany na tym samym źródle przepis nowego austriackiego prawa arbitrażowego z 2006 r.: § 577 ust. 1 austr. ZPO. Także za wzorem doktryny austriackiej i niemieckiej³⁷, art. 1154 k.p.c. został sklasyfikowany jako swego rodzaju norma kolizyjna, mająca charakter jednostronny³⁸. Jednak między regulacją polską a niemiecką i austriacką (które też nie są identyczne) zachodzi istotna różnica, polegająca na konieczności rozgraniczenia na gruncie k.p.c. zakresu stosowania art. 1154 oraz art. 1156 k.p.c., który stanowi, iż:

Sądom polskim przysługuje jurysdykcja krajowa w sprawach uregulowanych przepisami niniejszej części, jeżeli miejsce postępowania przed sądem polubownym znajduje się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Sądom polskim przysługuje jurysdykcja krajowa także wtedy, gdy przepisy niniejszej części przewidują czynności sądu w związku z postępowaniem przed sądem polubownym, którego miejsce znajduje się poza granicami

³⁷ Literatura cyt. przez: *T. Ereciński, K. Weitz, Sąd arbitrażowy*, jw., s. 75. Pogląd ten nie jest jednak głębiej uzasadniony. W szczególności *K.-H. Schwab i G. Walter (Schiedsgerichtsbarkeit. Systematischer Kommentar, Helbing 2005, s. 428-429)* wskazują, że nowy § 1025 ust. 1 niem. ZPO stanowi jednostronną normę kolizyjną i dlatego wyłącza wcześniej spotykany pogląd, iż strony mogą dla arbitrażu w Niemczech wybrać obce prawo procesowe. Jednakże ten sam efekt nastąpiłby także w razie kwalifikacji tego przepisu jako wyznaczającego zakres przedmiotowy zastosowania przepisów o arbitrażu. Z kolei niektóre najnowsze opracowania austriackiego prawa arbitrażowego omawiają skutki zastosowania przepisu § 577 ust. 1 austr. ZPO nie wspominając o jego kwalifikacji jako przepisu kolizyjnego (zob. *A. Fremuth-Wolff*, [w:] *Arbitration Law of Austria*, jw., s. 3-5); nie wspomina o niej także urzędowy komentarz do ustawy austriackiej ([w:] *Arbitration Law of Austria*, jw.), s. 829-831). Co więcej, tenże komentarz (s. 877-888) wyraźnie wskazuje, iż ustawodawca austriacki nie zamierzał włączać do zakresu regulacji arbitrażu w ZPO jakichkolwiek norm kolizyjnych; zob. także *S. Riegler*, [w:] *Arbitration Law of Austria*, jw., s. 519.

³⁸ Tak *T. Ereciński, K. Weitz, Sąd arbitrażowy*, jw., s. 75.

Rzeczypospolitej Polskiej albo nie jest oznaczone.

Ten ostatni przepis, dodatkowo (?) stwierdzający zakres jurysdykcji polskich sądów w sprawach dotyczących sądownictwa arbitrażowego, nie znajduje odpowiednika w prawie niemieckim ani austriackim; na ich gruncie regulację jurysdykcji, zasadniczo taką samą, wywodzi się bezpośrednio z przepisu regulującego zakres zastosowania prawa arbitrażowego³⁹.

W istocie, trudno się oprzeć wrażeniu że polska regulacja jest w pewnym stopniu nadmiarowa. Gdyby ustawodawca potrzebował uzupełnienia reguły art. 1154 o rozstrzygnięcie w kwestii jurysdykcji, wystarczyłoby wskazać, że przysługuje ona wówczas, gdy zgodnie z art. 1154 należy stosować prawo polskie. Taka regulacja byłaby jednak „postawiona na głowie”, gdyż bardziej naturalne byłoby rozpoczęcie od logicznie pierwotnej wobec zagadnienia kolizyjnego kwestii jurysdykcji. Może zatem należałoby po prostu przesunąć treść art. 1156 na czoło regulacji i uzupełnić drugim paragrafem brzmiącym „Sąd polski stosuje prawo polskie”? Lecz to jest nam co do zasady wiadome skądinąd; w obszarze procesu cywilnego obowiązuje przecież podstawowa, choć niepisana norma kolizyjna przewidująca właściwość *legis fori processualis*. Jeśli więc art. 1154 jest normą kolizyjną, to służy wyłącznie dodatkowemu potwierdzeniu obowiązywania tej zasady w prawie arbitrażowym. Z kolei art. 1156 prowadzi w istocie do dodatkowego potwierdzenia zasięgu jurysdykcji sądów polskich, dostatecznie jasno, choć w sposób do rozumiany, wynikającego z art. 1154.

³⁹ Warto zauważyć, że o ile ust. 1 § 1025 niem. ZPO i odpowiadający mu ust. 1 § 577 austr. ZPO bywają kwalifikowane jako normy kolizyjne, to dalsze ustępy odpowiadające drugiej części naszego art. 1154 są już jednoznacznie kwalifikowane jako dotyczące jurysdykcji: tak dla prawa niemieckiego *J. Münch*, [w:] *T. Rauscher, P. Wax, J. Wenzel* (red.), *Kommentar zum Zivilprozessordnung*, t. 3, Monachium 2008, s. 50-53. Natomiast ust. 3 § 577 austr. ZPO *expressis verbis* reguluje podstawy austriackiej jurysdykcji krajowej w stosunku do arbitrażu nie mającego jeszcze określonego miejsca; w zakresie ust. 1 i 2 (arbitraż w Austrii oraz lista przepisów wyjątkowo stosowanych także do arbitrażu zagranicznego) takiego przepisu brak, a więc to zastosowanie prawa austriackiego determinuje austriacką jurysdykcję.

W tym miejscu przydatna będzie krótka dygresja. We współczesnym systemie prawa prywatnego międzynarodowego norma kolizyjna jednostronna może występować tylko w roli normy szczególnej⁴⁰. Konieczne jest bowiem istnienie na wyższym szczeblu regulacji normy bardziej ogólnej, stosowanej w zakresie opuszczonej „drugiej strony” kolizyjnej normy jednostronnej; tak funkcjonuje np. art. 10 w związku z art. 9 § 1 p.p.m. W nieodległej historii znane są przykłady budowy systemu prawa prywatnego międzynarodowego wyłącznie z norm jednostronnych, wówczas jednak konieczna jest ich doktrynalna symetryczna rozbudowa do postaci dwustronnej⁴¹.

Tymczasem w wypadku art. 1154 k.p.c. takiej „drugiej strony” nie ma i być nie może, ponieważ z tego przepisu wcale nie wynika *a contrario*, że do arbitrażu zagranicznego sąd polski ma stosować przepisy zagraniczne; wprost przeciwnie, wynika pośrednio, iż ma się nim z zasady w ogóle nie zajmować (co art. 1156 tylko potwierdza) – a to jest dyspozycja merytoryczna dotycząca jurysdykcji, nie kolizyjna. Jednak jeśli już w dro-

⁴⁰ Wyjątkowy charakter norm jednostronnych w polskim prawie międzynarodowym prywatnym podkreślał jeszcze *K. Przybyłowski* (*Prawo prywatne międzynarodowe. Część ogólna*, Lwów 1935, s. 93-95, wskazując iż kwestia ich symetrycznego stosowania w drodze analogii wymaga odrębnej analizy w każdym indywidualnym przypadku; zob. także *M. Pazdan*, *Prawo prywatne międzynarodowe*, s. 46-47. Natomiast *H. Trammer* (O tak zwanych „jednostronnych normach” międzynarodowego prawa prywatnego, SC 1963 t. II, s. 119) proponował odmienne ujęcie, traktując jako jednostronne jedynie przepisy kolizyjne, natomiast rozróżniając normy kolizyjne symetryczne i asymetryczne. Jednak także na gruncie tej koncepcji przepisy jednostronne o charakterze szczególnym nie podlegają symetrycznej rozbudowie.

⁴¹ Niemieckie prawo prywatne międzynarodowe zawarte w przepisach wprowadzających BGB składało się w oryginalnej wersji wyłącznie z norm o charakterze jednostronnym; normy te wymagały rozbudowy do postaci zupełnej w trybie interwencji orzecznictwa i doktryny (zob. *K. Przybyłowski*, loc. cit. w poprzednim przypisie). Oczywiście taka rozbudowa art. 1154 nie miałaby żadnego sensu (tak jednak na gruncie prawa niemieckiego w odniesieniu do § 1025 ZPO proponują *K.-H. Schwab* i *G. Walter*, *Schiedsgerichtsbarkeit*, jw., s. 428-429; przeciwnie *P. Schlosser*, [w:] *Stein/Jonas Kommentar*, jw., s. 379, który podkreśla, iż w prawie procesowym w ogóle nie spotyka się zupełnych norm kolizyjnych).

dze wyjątku sąd polski będzie orzekał w sprawie arbitrażu zagranicznego, to także na podstawie przepisów k.p.c., a nie obcego prawa procesowego.

W prawie procesowym bowiem (jak słusznie, wbrew błędnemu zdaniu *K.-H. Schwaba* i *G. Waltera*, stwierdza *P. Schlosser*, zob. przyp. 41) funkcjonować mogą zasadniczo tylko kolizyjne normy jednostronne. Przyczyna jest oczywista: normy kolizyjne może ustawodawca kierować tylko do własnych organów; „drugiej stronie” normy z reguły brakowałoby więc adresata (bo tylko zupełnie wyjątkowo ustawodawca może polecić własnemu sądowi zastosowanie obcego prawa procesowego). Taką jednostronną normą jest też niepisana zasada stosowania przez sąd polski *legis fori processualis*.

Moim zdaniem przepisu art. 1154 nie można rozpatrywać jako zawierającego normę kolizyjną. W sposób oczywisty odnosi się to do tego fragmentu, w którym z przepisu wynika, iż polski sąd w wypadkach, gdy wyjątkowo zajmuje się arbitrażem zagranicznym, stosuje przepisy prawa polskiego. Przepis art. 1154 dotyczy bowiem w tym zakresie nie stosowania prawa polskiego w ogóle, a tylko tych wyjątkowych przepisów k.p.c., których zakres przedmiotowy został tak określony, że ich dyspozycja obejmuje również arbitraż zagraniczny. Mamy tu więc do czynienia nie z normą kolizyjną, a z normą zapowiadającą bezpośrednią merytoryczną regulację stosunku z elementem obcym i porządkującą jej zakres, a pośrednio wskazującą na zakres jurysdykcji sądów polskich.

Jednak także część początkowa art. 1154, wskazująca na stosowanie wszystkich polskich przepisów o arbitrażu do arbitrażu zlokalizowanego w Polsce, nie powinna być traktowana jako przepis kolizyjny. Taki przepis byłby bowiem nie tylko zbędny, ale szkodliwy, prowadząc (wbrew w zasadzie jednomyślnemu zdaniu zarówno wcześniejszej, jak najnowszej doktryny) do wątpliwości co do dopuszczalności stosowania w zakresie regulacji arbitrażu w księdze V k.p.c. jakichkolwiek innych łączników niż miejsce postępowania, w tym powszechnie uznawanego

w kwestii ważności materialnej umowy o arbitraż łącznika wyboru prawa⁴².

W systemie prawnym oprócz przepisów ustanawiających niewątpliwe normy kolizyjne i niewątpliwe normy merytoryczne występują niekiedy konstrukcje o niejasnym na pierwszy rzut oka charakterze. Dotyczy to w szczególności przepisów podobnych do art. 1154, tzn. wskazujących zakres zastosowania wprawdzie nie, literalnie, prawa polskiego, ale konkretnego polskiego przepisu lub grupy przepisów merytorycznych. Przepisy tak skonstruowane mogą być interpretowane funkcjonalnie, na zasadzie *pars pro toto*, jako ogólna norma kolizyjna, jeżeli dotyczą podstawowych przepisów merytorycznych istotnych w danym zakresie. Mogą również wyznaczać zakres zastosowania jedynie określonego przepisu lub ich grupy w stosunkach o charakterze międzynarodowym; wówczas nadają im charakter przepisów wymuszających swoje zastosowanie⁴³, a więc w opinii części doktryny⁴⁴ zawierających ukrytą szczególną normę kolizyjną dla ich zakresu regulacji. Mogą jednak także być tylko przepisami merytorycznymi porządkującymi zakres zastosowania innych (niższego szczebla) przepisów merytorycznych wewnątrz własnego porządku prawnego. Przy wyborze jednej z tych interpretacji nie można polegać tylko na argumentach formalno-językowych; niezbędna jest dogłębna analiza funkcjonalna i systemowa.

Dodatkową komplikację w obszarze procesu cywilnego wprowadza występowanie tu w zasadzie tylko kolizyjnych norm jednostronnych; wskutek tego reguła, iż sąd polski stosuje prawo polskie, działa w dwóch kierunkach: zazwyczaj

⁴² Na takie niebezpieczeństwo wskazywali już *T. Szurski* i *A. W. Wiśniewski*, Poland, [w:] ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Suppl. 46, VIII.2006, s. 9; komplikacje wynikające z potraktowania art. 1154 jako normy kolizyjnej dostrzega także *J. Poczobut*, Zagadnienia kolizyjno-prawne, jw., s. 133 i n.

⁴³ Zob. *M. Mataczyński*, Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym, Kraków 2005, zwł. s. 42-51; *M. Tomaszewski*, Przepisy szczególne o dziedziczeniu gospodarstw rolnych a prawo prywatne międzynarodowe, PiP 1970, z. 12, s. 917 i n.

⁴⁴ Tak zwłaszcza *M. Pazdan*, Prawo prywatne międzynarodowe, jw., s. 25.

jest postrzegana jako instrukcja dla sądu, jakie prawo ma stosować, równie dobrze można jednak wyjść od zakresu zastosowania polskiego przepisu procesowego, aby stwierdzić, iż wyznacza on zarazem zakres jurysdykcji krajowej polskiego sądu. Przepisy konstruowane werbalnie jako kolizyjne lub jurysdykcyjne mogą więc funkcjonalnie być wzajemnie równoważne.

Funkcja art. 1154 powinna moim zdaniem być postrzegana przede wszystkim w sposób uzasadniony specyfiką międzynarodowej problematyki arbitrażu: jako rozstrzygnięcie pomiędzy procesową a terytorialną teorią arbitrażu, na rzecz tej drugiej. Jego dyspozycją jest zatem przyporządkowanie arbitrażu mającego miejsce w Polsce do polskiego porządku prawnego. To przyporządkowanie ma dwa aspekty. Po pierwsze, określa zakres zastosowania polskiego prawa arbitrażowego; to określenie powinno jednak być rozumiane jako wyznaczenie zakresu przedmiotowego przepisów k.p.c. o arbitrażu, a nie jako kolizyjnoprawne wskazanie na właściwość prawa polskiego. Takie wskazanie jest bowiem w księdze V k.p.c. w ogóle zbędne, ponieważ – i to, jak się przekonamy, znacznie trafniej – zakres tej właściwości wyznacza generalna zasada stosowania w sprawach procesowych *legis fori processualis*. Po drugie, pośrednio w ten sposób art. 1154 określa zakres jurysdykcji sądów polskich w sprawach arbitrażu. W tym z kolei zakresie art. 1156 stanowi tylko zbędną repetycję, w zasadzie jednak nieszkodliwą, jeśli nie potraktujemy jej jako argumentu na rzecz kolizyjnego charakteru art. 1154.

3. Struktura kolizyjnej regulacji arbitrażu z uwzględnieniem wykładni art. 1154

Normy kolizyjne w dziedzinie arbitrażu nie są obecnie w prawie polskim skodyfikowane. Przegląd rozwiązań proponowanych w poszczególnych kwestiach przez doktrynę wskazuje jednak, że nie jest realne postulowanie jednolitej jednostronnej normy kolizyjnej dla arbitrażu. W zakresie zagadnień związanych ze stosunkiem sądów powszechnych do arbitrażu, w tym w związku z powołaniem i funkcjonowaniem sądu arbitrażowego, obowiązuje podstawowa norma kolizyjna prawa procesowego, tzn. zasada, że sąd

polSKI stosuje prawo polskie. Zagadnienia związane z umową o arbitraż i jej realizacją oraz stosunkami pomiędzy arbitrami i stronami podlegają natomiast stosowanym przez analogię normom prawa międzynarodowego prywatnego dotyczącym umów zobowiązaniowych, albo samodzielnie konstruowanym normom o podobnym charakterze. Zaliczenie art. 1154 do norm kolizyjnych prowadzi do rozbicia tej utrwalonej w doktrynie konstrukcji.

Potraktowanie art. 1154 jako szczegółowej normy kolizyjnej, jednoznacznie wskazującej jako swój zakres wszystkie zagadnienia podlegające regulacji w Księdze V k.p.c., włącznie z treścią i formą umowy o arbitraż (art. 1161 – 1164), wymaganiami dotyczącymi pełnomocnictwa do jej zawarcia (art. 1167) oraz *receptum arbitrii* (art. 1179), sprowadzałoby do statusu wykładni *contra legem* jakiegokolwiek próby poszukiwania przez doktrynę i sądy bardziej odpowiednich łączników dla wszystkich tych kwestii. Wszelkie ustalenia doktryny w tym zakresie stałyby się niejako zawieszony w powietrzu, chyba że uznamy iż w obszarze prawa kolizyjnego sądy i doktryna mogą dowolnie poprawiać ustawodawcę.

Charakterystyczne jest, że zwolennicy kwalifikacji art. 1154 jako kolizyjnej normy jednostronnej albo w ogóle nie biorą pod uwagę jej istnienia, albo odrzucają ją bez próby systemowego uzasadnienia przy rozważaniu szczegółowych kwestii, dotyczących np. prawa właściwego dla umowy o arbitraż⁴⁵. Ten sam zarzut można zresztą postawić doktrynie austriackiej⁴⁶ i większości doktryny niemieckiej⁴⁷.

⁴⁵ T. Ereciński i K. Weitz stwierdzają, że w zakresie umowy o arbitraż „znaczenie art. 1154 jest ograniczone”, nie wskazując, jakie są podstawy takiego ograniczenia pola zastosowania rzekomej normy kolizyjnej odnoszącej się do instytucji arbitrażu jako całości (Sąd arbitrażowy, s. 76). Autorzy ci po prostu odrzucają zastosowanie łącznika *legis fori processualis* jako koncepcję „przebrzmiałą”, nie zwracając w ogóle uwagi na ewidentną przynależność zagadnień treści i formy umowy o arbitraż do zakresu regulacji art. 1154 (tamże, s. 73-74 oraz s. 90-91).

⁴⁶ Zob. A. Fremuth-Wolf, [w:] Arbitration Law of Austria, jw., s. 67-68. Charakterystyczny jest zwłaszcza komentarz urzędowy do prawa austriackiego (tamże, s. 877-888), z którego wynika, że austriacki ustawodawca decydując

Jeśli interpretować stosunek art. 1154 k.p.c., § 577 ust. 1 austr. ZPO i § 1025 ust. 1 niem. ZPO (kwalifikowanych jako przepisy kolizyjne) do pozostałych norm kolizyjnych w dziedzinie arbitrażu po myśli zachowania swobody wyboru prawa dla umowy o arbitraż, w strukturze tak ukształtowanej kolizyjnej regulacji arbitrażu pojawia się niewytłumaczalna sprzeczność. Koncepcja przeciwna, zaprzeczająca tej swobodzie (P. Schlosser, patrz przyp. 47 poniżej), jest wprawdzie metodologicznie konsekwentna, ale za to sprzeczna z dominującymi od dawna w prawie arbitrażowym i funkcjonalnie uzasadnionymi poglądami.

Przyjęcie, iż art. 1154 k.p.c. nie ma charakteru normy kolizyjnej, pozwala uporządkować polską regulację międzynarodowego arbitrażu zarówno w zasadniczej harmonii z dominującymi w doktrynie szczegółowymi ustaleniami co do właściwości prawa, jak zgodnie z założeniami teorii integralnej arbitrażu⁴⁸. Zgodnie z tymi założeniami regulacja prawna arbitrażu składa się z trzech zasadniczych części:

- 1^o, mającej kluczowe znaczenie regulacji podstaw właściwości sądu arbitrażowego (umowa o arbitraż) i postępowania arbitrażowego; regulacja ta ma charakter procesowy, nie należy jednak do postępowania cywilnego w ścisłym znaczeniu, a do odrębnej instytucji prywatnego trybu rozstrzygnięcia sporów;
- 2^o, przepisów należących do dziedziny postępowania cywilnego w ścisłym znaczeniu, dotyczących skutków umowy o arbitraż w zakresie właściwości sądów powszechnych, skuteczności wyroku arbitrażowego oraz regulacji postępowania przed sądami powszechnymi w związku z arbitrażem; oraz
- 3^o, przepisów prawa materialnego, najczęściej stosowanych odpowiednio, obsługujących regulację prywatnego procesu.

Odpowiednio do tej struktury przepisów merytorycznych, złożona musi być także struktura norm kolizyjnych w obszarze instytucji arbitrażu. Niepisana norma nakazująca stosowanie *legis fori processualis* nie może mieć charakteru generalnie nadrzędnego. Naturalnym polem jej zastosowania jest jedynie zakres wskazany wyżej ad 2^o, chociaż i tu z uwagi na specyfikę arbitrażu nie można całkowicie wykluczyć odmiennych rozwiązań szczegółowych.

W zakresie ad 3^o stosuje się wprost prawo prywatne międzynarodowe, z tym że i jego generalne rozwiązania mogą wymagać korekty z uwagi na specyfikę stosunków związanych z arbitrażem.

Co do zakresu ad 1^o, można dyskutować, czy należałoby postulować uznanie jego kolizyjnej regulacji za specyficzną osobną gałąź prawa kolizyjnego, czy też za wyodrębnioną część prawa międzynarodowego prywatnego; moim zdaniem właściwe jest raczej to drugie rozwiązanie, pozwalające zachować jedność gałęzi prawa obsługującej cały obszar prawa prywatnego w sferze kolizji międzynarodowych. W każdym jednak razie w tym obszarze łącznik *legis fori processualis*, mimo iż odgrywa istotną rolę, nie występuje z pozycji nadrzędnej zasady, a konkuruje z łącznikami typowymi dla prawa prywatnego mię-

się na rezygnację z wyraźnej normy kolizyjnej dla umowy o arbitraż brał pod uwagę dynamiczny rozwój poglądów w skali międzynarodowej, natomiast w ogóle w tym kontekście nie rozpatrywał rzekomej normy kolizyjnej z § 577 ust. 1 ZPO.

⁴⁷ Większość autorów niemieckich, bez względu na to, czy optują za poglądem o kolizyjnym charakterze § 1025 ust. 1 ZPO, czy też pomijają ten problem, nie stosuje tego przepisu tam, gdzie tradycyjnie funkcjonują inne łączniki, a więc zwłaszcza w stosunku do umowy o arbitraż, dla której zawsze pierwsze miejsce ma wybór prawa; zob. K. H. Schwab i G. Wagner, Schiedsgerichtsbarkeit, s. 384–385, oraz J. Münch, [w:] ZPO Münchener Kommentar, s. 108–110. Konsekwentny jest tylko P. Schlosser ([w:] ZPO Kommentar Stein/Jonas, jw., s. 380), który uważa, że w wypadku gdy miejsce postępowania arbitrażowego znajduje się w Niemczech, umowa o arbitraż jest skuteczna „tylko i zawsze” (a więc bez względu na wybór innego prawa) gdy spełnia wymagania niemieckiego prawa arbitrażowego co do treści i formy.

⁴⁸ Na temat założeń tej teorii, będącej szczególną wersją autonomicznej (relatywnej) teorii arbitrażu, zob. A. W. Wiśniewski, Charakter prawny instytucji arbitrażu w świetle nowelizacji polskiego prawa arbitrażowego, Kwartalnik ADR 2008, nr 2, s. 64–65 i 73–75.

dzynarodowego w oparciu o kryterium najściślej-
szego związku czy też największej odpo-
wiedniości dla regulacji poszczególnych zagad-
nień.

Tak rozumiana struktura polskiego prawa koli-
zyjnego w dziedzinie arbitrażu wydaje się za-
równo najlepiej opisywać aktualny stan prawa,
doktryny i orzecznictwa, jak dostarczać dobrej
podstawy teoretycznej do rozwoju regulacji
ustawowej. Art. 1154 jest w tej strukturze nie-
obecny, nie ma bowiem do spełnienia jakiegokol-
wiek użytecznej funkcji. Jego zadaniem jest jedy-
nie wskazanie zakresu przedmiotowego regula-
cji Księgi V k.p.c. oraz, pośrednio, zakresu jurys-
dykcji sądów polskich. Można zatem zastanawiać
się nad jego przeredagowaniem dla wyeliminowa-
nia obecnych wątpliwości co do jego charak-
teru. Art. 1156 stanowi natomiast w ramach tej
koncepcji *superfluum*, które można byłoby usu-
nąć w ramach najbliższej reformy prawa arbitra-
żowego.

ENGLISH SUMMARY:

International Arbitration under Polish Law: Basic Problems

I. International and Domestic Arbitration

1. Legal Importance of the Location of Arbitration

Different from contracts, the distinction of “purely local” arbitration and “arbitration with foreign points of contact” does not serve the purpose of identifying the legal system with which the latter is most closely connected. Even a very strong point of contact, as e.g. the foreign nationality of both parties, will not lead to the application of foreign arbitration law; it may, however, result in the application of a different set of local legal rules.

Substantive law relationships are considered “purely local” if they have no material foreign point of contact; if they do, the relationship is “international” and the judge is presented with the question of the applicable governing law.

The establishment of a link between arbitration and a certain legal system follows different rules. Arbitrations are symmetrically divided under the criterion of location into “purely local” (national) which is subject to local provisions on arbitration, and “purely foreign” to which, even if the important point of contact with the forum exists, domestic law of the forum essentially does not apply. The purpose of this division is to determine the proper forum (jurisdiction), and not the applicable law. In Polish law, this rule is expressed by Art. 1154 of the Code of Civil Procedure (CCP), declaring that Polish arbitration law is applicable to arbitration if the place of the proceedings is located in Poland.

2. Procedural and Territorial Theory

In the history of arbitration, two theories were applied to establish a link between arbitration and a certain legal system.

The procedural theory depends on the procedural law applied by the arbitration court. In the past, it prevailed in France and Germany; nowadays it has essentially been abandoned.

The territorial theory connects arbitration with the legal system in which the arbitration takes place or, at the later stage, where the arbitral award has been rendered.

The advantage of the territorial theory is its simplicity. Its disadvantage is its rigidity: it may lead to the linking of arbitration with a legal system in such manner that, although the location itself was quite voluntary, it cannot be changed even if the parties discover that the local peculiarities frustrate their purpose. In practice, this shortcoming has been overcome by the modern treatment of the location of arbitration as a legal and not factual determination: an indication by the arbitrators, with agreement of the parties, that the place of arbitration in the award will not be subject to any verification. In this version, the territorial theory represents a fortunate practical compromise of the originally conflicting theories.

The territorial theory is accepted in principle by the New York Convention of 1958. In Polish law, it is confirmed by Art. 1154 CCP:

Art. 1154. The provisions of the present Part shall apply if the place of the arbitral proceedings is situated on the territory of the Republic of Poland; in cases defined in the present Part they shall also apply if the place of the arbitral proceedings is situated outside the Republic of Poland or if it is not determined.

A foreign arbitration is an arbitration taking place outside the Polish territory (and not – this is an important distinction – one for which a connection with another legal system has been positively established).

II. The Notion of International Arbitration

International arbitration – as distinguished from foreign arbitration discussed above – may be defined as a national arbitration with an important foreign connection. “International” in this sense is opposite not to “national”, but to “domestic” (domestic arbitration, meaning without foreign points of contact).

The distinction of international arbitration within a national legal system is useful only when this system provides for special treatment of such arbitration. Consequently, the criteria of this distinction differ between various national laws. Polish law (similar to German and Austrian laws) does not treat international arbitration in a special way; nevertheless, the international characteristic of arbitration is important for Polish courts under the Geneva European Convention of 1961.

The narrow definition of international arbitration includes only disputes between a domestic party and a party of a different nationality. In some countries, disputes resulting from foreign investments and operations of subsidiaries of foreign companies are also included. Notably, the definition under French law is particularly wide, encompassing all disputes “involving issues of international trade”. The definition provided by the UNCITRAL Model Law of 1985 is the most liberal of all, allowing parties to an arbitration agreement to freely determine whether the subject matter thereof relates to more than one country. In the majority of legal systems that adopted the Model Law, this criterion has been omitted.

Generally, and subject to more detailed or different provisions of the applicable legal system or international convention, an arbitration can be considered as being international if the parties are nationals of different states, or the place of arbitration is outside their state, or the dispute as such has international characteristics.

III. International Arbitration Law

1. Conflict of laws rules concerning arbitration

International arbitration may be regulated on the international as well as on the national level. The entire body of this regulation may be called international arbitration law.

At the national level, the traditional method of dealing with an international legal situation is pursuant to the conflict of laws rules. In public law, the rule is the territorial application of law; in state courts, this means application of the *lex fori processualis*. Private law, in contrast, has developed a complex system of decisive points of contact; the basic premise of this system is finding the closest connection without special preference to the particular law of the forum.

In respect of arbitration, the application of *lex fori processualis* is supplemented with the application of points of contact typical for contracts. Usually, the latter is applied on the force of analogy. Nevertheless, the analogy is not complete: under prevailing doctrine, a contract can only exist on the basis of a determined legal system to which it is subordinated. An arbitration agreement, in contrast, may be assessed on the basis of a provisionally determined law (e.g. the law of the forum) which will not be responsible for its eventual performance. This relative lack of dependence on one predetermined legal system makes arbitration a very specific subject of conflict of laws rules.

International arbitration law is based on several basic principles: priority of the parties' autonomy as regards the contents of the arbitration agreement and regulation of proceedings; priority of the law of the forum as regards the form and effectiveness of the arbitration agreement; priority of the law of the place of enforcement of the arbitral award as regards arbitrability and the observance of basic procedural guarantees. Usually, three or four basic spheres of conflict regulation are proposed for arbitration: the arbitration agreement, formation of the arbitral tribunal, conduct of the proceedings and the issuance of the award (*lex arbitrii*) and the rela-

relationship between the parties and the arbitrators (*receptum arbitrii*). This, however, is an oversimplification: the regulation of arbitration continually develops and diversifies; at least fourteen key questions can be distinguished for which the identification of proper points of contact should be separately debated.

Besides conflict rules, special substantive rules for international arbitration exist in certain legal systems that can be attributed to international arbitration law under the functional definition of the scope thereof (in contrast to the opposing definition based exclusively on the conflict method of regulation). A separate and much discussed problem is the possibility of application of transnational legal rules.

2. Importance and Function of Art. 1154

Art. 1154 (quoted above) is sometimes qualified as a unilateral conflict of laws rule pointing to Polish law as applicable to domestic arbitration. This opinion is supported by some German and Austrian writers dealing with the analogous provisions of German and Austrian arbitration laws (respectively, §§ 1025.1 and 577.1 of German and Austrian CCP).

Art. 1154 should be interpreted together with Art. 1156 determining that Polish courts have jurisdiction in respect of arbitration located in Poland (plus, in certain instances, in respect of foreign or undetermined arbitration).

This understanding of Art. 1154 leads to difficulties. If it is read as a conflict norm, it requires exclusive application of Polish law to all aspects of a national arbitration. Such a conclusion contradicts in particular the well-established doctrine granting the parties autonomy in determining the law applicable to the substantive aspects of the arbitration agreement and to the *receptum arbitrii* and, in the absence of the parties' choice, searching for points of contact more convenient than the place of arbitration.

In the author's opinion, Art. 1154 is not a conflict of laws provision. It serves two basic functions: one is to confirm the territorial theory of arbitration; the other is to indirectly determine the

scope of jurisdiction of the Polish courts. This makes Art. 1156 redundant, which is not surprising given the fact that German and Austrian laws do not expressly determine such jurisdiction.

3. Structure of Polish Conflict of Laws Regulation in Respect of Arbitration

In Poland, conflict of laws rules concerning arbitration are not codified at present. It is obvious, however, that one conflict rule for all aspects of arbitration will not suffice; too many specific questions demand separate discussion and solutions.

Arbitration law may be divided into three main parts:

- (i) Regulation of the jurisdiction of the arbitration courts (arbitration agreement) and arbitral proceedings; this is procedural law which should not be regarded as being part of civil procedure, but as a separate branch of law regulating the private settlement of disputes;
- (ii) Provisions belonging to the sphere of civil procedure, regulating the effects of an arbitration agreement and arbitral award and the procedures applied by state courts in matters related to arbitration;
- (iii) Provisions of substantive law, usually applied only accordingly to the regulation of certain aspects of arbitration.

The structure of conflict of laws rules must reflect this complexity. The unwritten rule of civil procedure ordering the application of the *lex fori processualis* cannot be regarded as a general rule; it will unquestionably be applicable in the sphere determined under (ii) above only. In the scope of item (iii) above, standard rules of conflict of laws applicable to contracts should be applied, sometimes with corrections required by particular features of arbitration. In the sphere determined under (i) above, the *lex fori processualis* must compete with points of contact typical for contracts (as e.g. the rule of the parties' autonomy), with results determined by the closest connection or functionality of the proposed conflict rules.

Postanowienie o właściwości (art. 1180 k.p.c.): Skutki niezgłoszenia roszczenia Inżynierowi Kontraktu w świetle Warunków FIDIC

Rok wydania orzeczenia: 2009 r.

Miejsce wydania orzeczenia: Warszawa

Trybunał arbitrażowy: Zespół Orzekający Sądu Arbitrażowego przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych LEWIATAN w Warszawie w składzie trzech arbitrów

Strona powodowa: Spółka polska X oraz spółka Y z siedzibą innym kraju UE (konsorcjum)

Strona pozwana: Z

Przedmiot sporu: roszczenie o zapłatę wynikające z umowy o budowę obiektu infrastrukturalnego

Zespół Orzekający Sądu Arbitrażowego przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych LEWIATAN w Warszawie w składzie trzech arbitrów postanowił:

- 1) odrzucić pozew w części dotyczącej roszczenia o zapłatę kwoty 631.492,16 PLN plus VAT w wysokości 138.928,27 PLN z tytułu zwiększonych kosztów zakupu surowca 3;
- 2) oddalić zarzut braku właściwości Sądu Arbitrażowego przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych LEWIATAN w pozostałej części.

UZASADNIENIE

1. W pozwie z dnia [...] 2007 r. (data wpływu [...] 2007 r.) Spółka X z siedzibą w Warszawie („Spółka X”) i Spółka Y z siedzibą w Mieście M, Rurytania („Spółka Y”), dalej łącznie określane również jako „Powodowie”, wnieśli o zasądzenie na ich rzecz od Z, określanego dalej również jako „Pozwany”, kwoty stanowiącej sumę wymienionych niżej wartości roszczeń pieniężnych, z odsetkami umownymi za okres od dnia [...] 2006 r.:

- 282.546,51 PLN plus VAT w wysokości 62.160,23 PLN z tytułu zwiększonych kosztów zakupu surowca 1,
- 63.241,50 PLN plus VAT w wysokości 13.913,13 PLN z tytułu zwiększonych kosztów zakupu surowca 2,
- 631.492,16 PLN plus VAT w wysokości 138.928,27 PLN z tytułu zwiększonych kosztów zakupu surowca 3,
- 993.322,22 PLN z tytułu kosztów związanych z wydłużeniem terminu robót kontraktowych.

2. Pozwany w odpowiedzi na pozew podniósł zarzut braku właściwości Sądu Arbitrażowego przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych LEWIATAN do rozpoznania sporu w zakresie trzech ostatnich z czterech wymienionych w pkt. 1 roszczeń. Ponadto, wniósł o oddalenie powództwa w odniesieniu do pierwszego roszczenia, tj. dotyczącego kosztów zakupu surowca 1, a także w pozostałej części – gdyby Zespół Orzekający Sądu Arbitrażowego przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych LEWIATAN rozpoznający sprawę („Sąd Arbitrażowy”) uznał się za właściwy do rozpoznania sporu.

Pozwany wniósł o wydanie przez Sąd Arbitrażowy postanowienia rozstrzygającego zarzut braku właściwości.

3. Sąd Arbitrażowy uznał za wskazane rozstrzygnięcie zagadnienia swojej właściwości, na podstawie § 20 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych LEWIATAN oraz art. 1180 k.p.c., w niniejszym postanowieniu, przed merytorycznym rozpoznaniem sprawy.

4. Przed zreferowaniem stanowisk stron dotyczących właściwości Sądu Arbitrażowego warto przytoczyć *in extenso* treść klauzuli dotyczącej rozwiązywania sporów, wiążącej strony na podstawie umowy z dnia [...] 2002 r. o budowę obiektu infrastruktury („Umowa”). Zgodnie z art. 2 Umowy jej część stanowią m.in. załączone do niej Warunki Kontraktu – Część I i II. W załączniku do Umowy zatytułowanym Część I – Warunki Ogólne (w polskiej wersji językowej) strony ustaliły, że roboty powinny zostać przeprowadzone zgodnie z Warunkami Kontraktu dla Robót Inżynieryjno-Budowlanych, Część I – Warunki Ogólne, wyd. 1997, wydanymi przez FIDIC (*Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils*). Umowa została jednak sporządzona w dwóch wersjach językowych – polskiej i angielskiej. W wersji angielskojęzycznej odwołuje się do wydania Warunków Kontraktowych FIDIC z 1987 r. ze zmianami z 1992 r. Powstaje więc wątpliwość, która wersja Warunków Kontraktowych FIDIC znajduje zastosowanie i stanowi część Umowy. Zgodnie z art. 5 Umowy, w razie rozbieżności między wersjami językowymi obowiązuje wersja angielskojęzyczna. Zastosowanie mają więc Warunki Kontraktowe FIDIC (tzw. Czerwona Księga) z 1987 r. ze zmianami z 1992 r. Sąd Arbitrażowy odwołuje się do nich w dalszej części uzasadnienia, określając je jako „Warunki FIDIC”. Należy jednak zauważyć, że różnice występujące między wymienionymi wyżej wersjami Warunków Kontraktowych FIDIC, nie mają znaczenia z punktu widzenia rozstrzygnięcia zagadnienia właściwości Sądu Arbitrażowego w niniejszym postępowaniu.

Treść klauzuli dotyczącej rozwiązywania sporów uzgodnionej przez strony w Umowie („Klauzula Arbitrażowa”) była następująca:

„Rozstrzygnięcie sporów

67.1. Decyzja Inżyniera

Jeżeli pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą powstanie jakikolwiek spór związany lub wynikły na tle Kontraktu lub wykonywania Robót, czy to w czasie wykonywania Robót lub po ich ukończeniu, czy przed odmówieniem wykonania lub innym

przerwaniem Kontraktu czy po, włącznie ze sporami co do opinii, polecenia, ustalenia, świadectwa lub ocen dokonanych przez Inżyniera, przedmiot sporu winien być w pierwszej kolejności przedstawiony na piśmie Inżynierowi, z kopią dla drugiej strony. Takie przedstawienie winno zawierać stwierdzenie, że jest składane w nawiązaniu do niniejszej klauzuli. Nie później niż w ciągu 84 (osiemdziesięciu czterech) dni od chwili otrzymania takiego przedstawienia sprawy Inżynier winien powiadomić Wykonawcę i Zamawiającego o swojej decyzji. Taka decyzja winna także zawierać stwierdzenie, że jest dokonana w nawiązaniu do niniejszej klauzuli.

Jeżeli Kontrakt nie został w międzyczasie wypowiedziany lub przerwany, Wykonawca winien pomimo sporu prowadzić w dalszym ciągu Roboty z należytą pilnością, a Wykonawca i Zamawiający winni niezwłocznie wprowadzić w życie wszelkie decyzje Inżyniera jeżeli lub dopóki nie zostaną one zmienione, jak poniżej postanowiono, drogą uzgodnienia polubownego lub postępowania arbitrażowego.

Jeżeli Zamawiający lub Wykonawca jest niezadowolony z decyzji Inżyniera lub jeśli Inżynier nie wyda powiadomienia o swojej decyzji przed lub w ciągu 84 dni od chwili kiedy się do niego zwrócono, Zamawiający lub Wykonawca może nie później niż w dniu siedemdziesiątym licząc od dnia, w którym otrzymał on takie powiadomienie o takiej decyzji, lub przed albo w osiemdziesiątym czwartym dniu od dnia w którym upłynął wspomniany termin 84-dniowy zależnie od przypadku, powiadomić drugą stronę – z kopią do wiadomości Inżyniera – o swoim zamiarze rozpoczęcia arbitrażu zgodnie z niżej opisanymi postanowieniami, w sprawach będących przedmiotem sporu. Powiadomienie będzie ustanawiało uprawnienie strony, która je wydała do rozpoczęcia arbitrażu zgodnie z niżej opisanymi postanowieniami dotyczącymi takiego sporu i zgodnie z klauzulą 67.4 żadna sprawa arbitrażowa nie może być rozpoczęta w odniesieniu do danego sporu, jeśli takie powiadomienie nie zostało wydane.

Jeżeli Inżynier wydał swoją decyzją co do przedmiotu sporu, a następnie ani Zamawiający, ani Wykonawca nie zgłosił pisemnie swojego sprzeciwu przed lub w siedemdziesiątym dniu od chwili

otrzymania decyzji przez strony, wspomniana decyzja Inżyniera staje się ostateczna i wiążąca Zamawiającego i Wykonawcę.

67.2. Rozwiązanie polubowne

W przypadkach, kiedy powiadomienie o podjęciu arbitrażu w odniesieniu do jakiegoś sporu zostało wydane zgodnie z klauzulą 67.1, strony winny podjąć starania polubownego rozstrzygnięcia sporu, zanim zostanie rozpoczęty arbitraż. Przy tym, jeśli strony nie ustalą inaczej, arbitraż może być rozpoczęty w lub po pięćdziesiątym szóstym dniu od dnia w którym zostało dane powiadomienie o zamiarze rozpoczęcia arbitrażu w danym sporze, nawet jeśli nie zostało podjęte żadne usiłowanie pojednawczego rozstrzygnięcia sporu.

67.3. Arbitraż

Wszelkie spory, w odniesieniu do których:

a. decyzja Inżyniera, jeśli była, nie stała się ostateczna i wiążąca zgodnie z klauzulą 67.1,

oraz

b. polubowne porozumienie nie zostało osiągnięte w terminie wymienionym w klauzuli 67.2,

będą ostatecznie rozstrzygnięte przez Sąd Arbitrażowy przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych LEWIATAN w Warszawie, zgodnie z regulaminem tego Sądu przez trzech arbitrów. Jednakże termin do złożenia odpowiedzi na pozew nie może być krótszy niż 6 tygodni od dnia doręczenia odpisu pozwu stronie pozwanej. Miejscem arbitrażu będzie Warszawa, a językiem arbitrażu będzie język polski.

67.4. Niezastosowanie się do decyzji Inżyniera

W przypadku gdy ani Zamawiający ani Wykonawca nie powiadomi o swoim zamiarze podjęcia sprawy arbitrażowej w sporze w czasie określonym w klauzuli 67.1 i odnośna decyzja stanie się ostateczna i wiążąca, każda ze stron może, jeśli druga strona nie zastosuje się do wydanej decyzji, bez umniejszenia innych praw jakie mogą jej przysługiwać, wnieść sprawę niewypełnienia decyzji do arbitrażu zgodnie z klauzulą 67.3. Posta-

nowienia klauzuli 67.1 i 67.2 nie będą w takich przypadkach znajdowały zastosowania."

5. Pozwany uzasadniał zarzut braku właściwości Sądu Arbitrażowego w następujący sposób. Zakresem Klauzuli Arbitrażowej nie są objęte wszelkie spory wynikające z Umowy, lecz tylko te, które zostały wcześniej przedstawione do rozstrzygnięcia Inżynierowi Kontraktu, a ponadto jego decyzja w stosunku do nich nie stała się ostateczna i wiążąca dla stron oraz strony nie osiągnęły polubownego rozwiązania. Zdaniem Pozwanego, Sąd Arbitrażowy stanowi, zgodnie z Klauzulą Arbitrażową, szczególnego rodzaju instancję odwoławczą od decyzji Inżyniera Kontraktu. Zakres jego właściwości nie obejmuje zatem roszczeń, co do których decyzja Inżyniera Kontraktu nie została podjęta (również w przypadku nierozpoznania przez Inżyniera Kontraktu roszczenia zgłoszonego przez stronę). Pozwany podnosił, że w odniesieniu do poszczególnych roszczeń w sprawie niniejszej (z wyłączeniem pierwszego) nie został wyczerpany tryb postępowania przedarbitrażowego przewidziany w klauzuli 67.1 i 67.2. W szczególności nie została wydana decyzja Inżyniera Kontraktu, jak wymaga tego klauzula 67.1 lub Powodowie nie powiadomili Pozwanego o zamiarze rozpoczęcia arbitrażu. Ponadto, w odniesieniu do roszczenia dotyczącego kosztów związanych z wydłużeniem terminu realizacji robót, właściwość Sądu Arbitrażowego wyłącza zawarcie przez strony polubownego porozumienia w dniu [...] 2006 r. W związku z tym, zdaniem Pozwanego, spór w zakwestionowanym zakresie, powinien zostać rozpoznany przez sąd powszechny.

6. Powodowie w piśmie z dnia [...] 2008 r. wnieśli o oddalenie zarzutu braku właściwości Sądu Arbitrażowego. Podnieśli m.in., że Inżynier Kontraktu w rozumieniu Warunków FIDIC, nie jest organem rozstrzygającym spór, zaś Sąd Arbitrażowy nie jest instancją odwoławczą od Inżyniera Kontraktu. Twierdzili, że intencją stron było poddanie arbitrażowi wszystkich sporów wynikających z Umowy. Inżynier nie może zaś, podejmując decyzję lub poprzez swoją bezczynność, decydować o tym, który spór będzie rozpa-

trywany przez sąd arbitrażowy, a który – przez sąd powszechny.

7. Sąd Arbitrażowy zważył, że rozpoznanie zarzutu podniesionego przez Pozwanego wymaga przede wszystkim dokonania wykładni Klauzuli Arbitrażowej. Klauzula ta jest przykładem wielostopniowej (wielopoziomowej) klauzuli rozwiązywania sporów (w literaturze angielskojęzycznej: *multi-tiered clause*, *multi-step clause*, *escalation clause*, *ADR-first clause*). Klauzule takie przewidują, że postępowanie arbitrażowe lub sądowe będzie ostatnim z uzgodnionych przez strony sposobów (poziomów) rozwiązania sporów, mającym miejsce wówczas, gdy zawiodą wcześniejsze przewidziane w nich alternatywne sposoby rozwiązywania sporów. Postępowanie sądowe lub arbitrażowe pozostaje więc zarezerwowane do rozstrzygnięcia tylko takich sporów, których nie udało się rozwiązać na niższych poziomach. Alternatywne metody rozstrzygnięcia sporów, jako niekonfrontacyjne, stwarzają większą szansę utrzymania dobrych stosunków gospodarczych między stronami sporu. Jest to szczególnie ważne w umowach długoterminowych, takich właśnie jak umowy o roboty inżynierjno-budowlane, o dostawę energii itd. Podkreśla się w związku z tym, że celem klauzul wielopoziomowych jest dostarczenie stronom dodatkowych instrumentów rozwiązywania sporów, a także stworzenie elastycznych ram dla ich rozwiązywania. To, czy wyczerpanie przez stronę zgłaszającą roszczenie tych dodatkowych instrumentów, jest jej prawem, czy obowiązkiem stanowiącym niezbędny formalny warunek przed arbitrażem, zależy od woli stron. W praktyce występują klauzule obu rodzajów (zob. np. *M. Pryles*, *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 18 No. 2 (2001), s. 159-176; *K.P. Berger*, *Law and Practice of Escalation Clauses*, *Arbitration International*, Vol. 22 No. 1 (2006), s. 1-17).

Ocena prawna wielopoziomowych klauzul, zwłaszcza ich skutków prawnych, musi być dokonywana *ad casum*. Przede wszystkim należy więc ustalić, czy zgodnie z Klauzulą Arbitrażową, strony miały obowiązek inicjowania poszczególnych przedarbitrażowych poziomów rozwiązania sporu lub uczestniczenia w nich, czy też było

to ich uprawnieniem, z którego mogły – lecz nie musiały – skorzystać. W zasadzie tylko bowiem stwierdzenie obligatoryjności stwarza potrzebę dalszych rozważań.

8. Zdaniem Sądu Arbitrażowego, warunkiem, który musi być spełniony przez stronę wszczynającą postępowanie arbitrażowe, na podstawie Klauzuli Arbitrażowej jest przedstawienie sporu na piśmie Inżynierowi (w rozumieniu nadanym temu pojęciu w Warunkach FIDIC), z powołaniem się na klauzulę 67.1 jako podstawę wystąpienia, a następnie (w razie braku decyzji Inżyniera lub powiadomienia o niej albo gdy decyzja nie zadowala strony) pisemne powiadomienie drugiej strony o zamiarze rozpoczęcia arbitrażu.

Na obligatoryjny charakter takich działań strony przed wszczęciem postępowania arbitrażowego wskazuje wyraźnie i jasno treść Klauzuli Arbitrażowej, w tym jej literalne brzmienie. Inne metody wykładni niż językowa nie prowadzą do odmiennych rezultatów. Należy przy tym podkreślić, że obligatoryjny charakter powołanych wyżej czynności jako warunek arbitrażu na podstawie klauzuli 67 Warunków Kontraktowych FIDIC z 1987 r. i późniejszych znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów arbitrażowych na podstawie Regulaminu Sądu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej w Paryżu (który jest wskazany jako właściwy do rozpoznawania sporów w standardowej klauzuli arbitrażowej Warunków Kontraktowych FIDIC), jak i akceptację w doktrynie (zob. np. *B.M. Cremades*, *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*; *C.R. Seppälä*, *The Arbitration Clause In The FIDIC Contracts For Major Works*; *P.M. Wolrich*, *Multi-Tiered Clauses: ICC Perspectives in light of the new ICC ADR Rules*; *M. Mortimer-Hawkins*, *Clause 20, Dispute Resolution*; wszystkie wymienione publikacje są dostępne w internecie pod adresem:

www1.fidic.org/resources/contracts).

Z powołanych w literaturze orzeczeń wynika, że w sytuacji, gdy umowa o arbitraż wyraźnie przewiduje obowiązek stron do podjęcia działań mających na celu rozwiązanie sporu przed postępowaniem arbitrażowym, sądy polubowne uznawały brak swojej właściwości, gdy działania

takie przez powoda nie zostały podjęte, stwierdzając, że wystąpienie do sądu polubownego było przedwczesne. Wskazuje się przy tym właśnie na obligatoryjny charakter wyczerpania środków określonych w klauzuli 67.1 Warunków Kontraktowych FIDIC.

Podkreślenia wymaga podnoszone przez autorów zagadnienie pojęcia sporu w rozumieniu standardowej klauzuli 67 Warunków Kontraktowych FIDIC (zob. np. *C.R. Seppälä*, jw., s. 3; *B.M. Cremades*, jw., s. 5 oraz cytowane przez tego autora rozstrzygnięcie w sprawie ICC Nr 6535). Sąd Arbitrażowy w pełni podziela pogląd, że przedmiotem rozpoznania przez sąd polubowny na podstawie klauzuli 67 Warunków FIDIC jest spór w rozumieniu tej klauzuli, a nie – roszczenie wynikające z Umowy. Spór powstaje wtedy, gdy roszczenie zostało przedstawione Inżynierowi w trybie określonym w klauzuli 67.1 i nie zostało zaspokojone przez zamawiającego. W sprawie ICC Nr 6535 trybunał arbitrażowy stwierdził brak swojej właściwości wobec faktu, że roszczenie nie zostało wcześniej formalnie zgłoszone Inżynierowi, uznając, że w takiej sytuacji nie można mówić o sporze w rozumieniu tej Klauzuli. Sąd Arbitrażowy w pełni podziela przedstawiony wyżej pogląd.

9. Nie ma również wątpliwości co do fakultatywnego charakteru czynności opisanych w klauzuli 67.2. Zagadnienie to nie było przedmiotem sporu między stronami. To, czy strony podjęły przewidziane w tej Klauzuli czynności czy nie, nie ma więc żadnego wpływu na ocenę prawa strony do wszczęcia postępowania arbitrażowego w świetle Klauzuli Arbitrażowej.

10. Decyzja podejmowana przez Inżyniera w trybie klauzuli 67.1 nie ma charakteru ostatecznego ani wiążącego dla stron, lecz przeciwnie – charakter tymczasowy, regulujący stosunki prawne między stronami do czasu ostatecznego rozwiązania sporu. Wynika to wprost m.in. z treści powołanej Klauzuli („*Wykonawca i Zamawiający winni niezwłocznie wprowadzić w życie wszelkie decyzje Inżyniera jeżeli lub dopóki nie zostaną one zmienione*”). Decyzje Inżyniera stają się wiążące dla stron tylko z ich wyraźnej woli – wyrażonej przez niezgłoszenie sprzeciwu. Bezczynność Inżyniera, a zwłaszcza niewydanie

przez niego decyzji, mimo przedstawienia przez stronę na piśmie powstałego sporu, nie może w żaden sposób wpływać negatywnie na sytuację prawną tej strony. Potwierdza to również treść klauzuli 67.3, która wcale nie traktuje wydania decyzji przez Inżyniera jako warunku rozstrzygnięcia sporu w arbitrażu. Przeciwnie, z pkt. a. zawartego w tej klauzuli wynika, że to właśnie ostateczna i wiążąca decyzja Inżyniera stanowi negatywną przesłankę arbitrażu. Nie wymaga to zresztą szczególnego komentarza. Skoro strony zgodziły się z decyzją Inżyniera nie zgłaszając sprzeciwu, to nie ma już sporu, który miałby być rozpoznany w postępowaniu arbitrażowym. (Wyjątek od tej zasady ustanawia klauzula 67.4, ale wówczas spór dotyczy tylko wykonania decyzji zaakceptowanej wcześniej przez stronę, na co słusznie zwraca uwagę strona pozwana w piśmie z dnia [...] 2008 r.).

A zatem strona występująca z roszczeniem czyni zadość wymogowi klauzuli 67.1 przez samo zgłoszenie sporu na piśmie Inżynierowi bez względu na dalsze losy tego zgłoszenia. Brak współpracy lub bezczynność Inżyniera nie mają wpływu na ocenę wcześniejszego działania strony zgłaszającej roszczenie jako spełnienia warunku dopuszczalności arbitrażu (zob. na ten temat np. *K. P. Berger*, jw.).

11. W ocenie Sądu Arbitrażowego z treści notatki z dnia [...] 2006 r. nie wynika, że doszło do ostatecznego porozumienia między stronami w zakresie kosztów związanych z przedłużeniem robót kontraktowych. Ze złożonych dokumentów wynika, że spotkanie dotyczyło innego zagadnienia – kar za zwłokę. Sformułowania notatki nie są przy tym stanowcze i pozostawiają wątpliwości co do jej charakteru. Wątpliwości te potwierdzają odmienne oceny przedstawiane przez strony w niniejszym postępowaniu. Notatka nie może być traktowana jako dowód porozumienia stron w trybie klauzuli 67.2 również z tej przyczyny, że rozmowy stron odbywały się przed przedstawieniem sporu Inżynierowi.

W pozostałej części stan faktyczny w zakresie istotnym z punktu widzenia rozstrzygnięcia o właściwości Sądu Arbitrażowego był między stronami bezsporny. Wynika z niego, że Powodowie w odniesieniu do zwiększonych kosztów

zakupu paliwa i kosztów związanych z wydłużeniem terminu robót kontraktowych zgłosili roszczenia we właściwy sposób Inżynierowi, a następnie, wobec niewydania decyzji przez Inżyniera, powiadomili Pozwanego o zamiarze wszczęcia postępowania przed sądem polubownym. Tym samym, Powodowie spełnili w tym zakresie warunek upoważniający ich do wystąpienia z pozwem do Sądu Arbitrażowego o zapłatę na podstawie Umowy.

Odmiennej stan faktyczny występuje w odniesieniu do roszczenia o zapłatę z tytułu zwiększonych kosztów zakupu surowca 3. Powodowie wprawdzie sygnalizowali problem zamawiającemu i był on znany Inżynierowi, lecz nie zwrócili się do Inżyniera w trybie określonym w klauzuli 67.1 Warunków FIDIC, ani nie zapowiedzieli wystąpienia z pozwem arbitrażowym. W związku z tym, zdaniem Sądu Arbitrażowego, w tym zakresie nie został spełniony konieczny warunek dopuszczalności postępowania arbitrażowego. Sąd Arbitrażowy odnotowuje przy tym, że przykładowo również w sprawie ICC Nr 6238 (zob. *B.M. Cremades*, jw., s. 5) trybunał arbitrażowy stwierdził, że nie jest wystarczające stwierdzenie samego zamiaru zgłoszenia sporu.

12. Sąd Arbitrażowy rozważał także, czy istnieją okoliczności przemawiające za uznaniem, iż Powodom przysługuje droga postępowania arbitrażowego mimo niedokonania czynności inicjujących postępowanie przedarbitrażowe. Takie szczególne okoliczności nie wynikają jednak z zebranego materiału i nie zostały wykazane przez Powodów.

13. Klauzula Arbitrażowa nie przewiduje skutku w postaci jej wygaśnięcia i powrotu do właściwości sądu powszechnego w razie niespełnienia wymogów wyczerpania wcześniejszych form rozwiązywania sporu. Przeciwnie, treść Klauzuli Arbitrażowej jest jasna i nie nasuwa wątpliwości co do woli stron poddania wszystkich sporów ostatecznie i bezwarunkowo arbitrażowi. Pojęcia „warunku” w odniesieniu do czynności przedarbitrażowych, można użyć w znaczeniu przesłanki, wymagania, ale nie warunku w rozumieniu art. 89 k.c. Nie można tu więc zasadnie twierdzić, że Klauzula Arbitrażowa została zawarta pod warunkiem rozwiązują-

cym. Mamy tu natomiast do czynienia z umową stron, które zobowiązały się do powstrzymania się od wszczynania postępowania arbitrażowego do czasu wystąpienia określonego zdarzenia (*pactum de non petendo*). Powództwo w zakresie, w którym nie zostały dokonane czynności przedarbitrażowe, było więc przedwcześnie. Przedwcześnieść nie dotyczy jednak wymagalności roszczenia, czego Sąd Arbitrażowy na tym etapie postępowania nie rozważał.

14. Uznanie się przez Sąd Arbitrażowy w pkt. 1 postanowienia za niewłaściwy i odrzucenie pozwu w zakresie roszczenia o zapłatę z tytułu zwiększonych kosztów zakupu surowca 3 nie oznacza, iż właściwy do rozpoznania sporu w tym zakresie jest sąd powszechny. Jednakże przed ewentualnym powtórnym wystąpieniem z tym roszczeniem w postępowaniu arbitrażowym, o ile sprawa nie zostanie wcześniej załatwiona polubownie przez strony, Powodowie zobowiązani są do dokonania czynności inicjujących przedarbitrażowe metody rozwiązywania sporów określone w klauzuli 67.1.

ENGLISH SUMMARY:

Decision on jurisdiction (Article 1180 of the Civil Procedure Code):
Consequences of non-fulfillment of the requirement to refer a dispute to the Engineer under the FIDIC Conditions of Contract

The decision of the Court of Arbitration at the Polish Confederation of Private Employers (PCPE) Lewiatan of 12 August 2008, which dismissed a part of the claim by declaring the Tribunal's lack of jurisdiction, was made pursuant to Article 20 of the Rules of the Court of Arbitration at the PCPE Lewiatan. The construction dispute in question involved FIDIC Conditions of Contract containing an enforceable multi-tier arbitration clause, which required the parties to fulfill two obligatory conditions precedent to commencing arbitration, i.e. referring the dispute to the Engineer in writing and providing written notice of the dispute to the other party. The Defendant raised the plea of the Tribunal's lack of jurisdiction with regard to several claims, while the Claimant requested that the Tribunal rule on its jurisdiction. The Tribunal reasoned that the wording of the arbitration clause clearly provided that the reference to the Engineer and the notification requirement are mandatory for every claim. The Tribunal held that in the matter of the increased costs of materials the statement of claim was premature since the Claimant did not refer the dispute to the Engineer and failed to give written notice to the other party. In the reasoning for its decision, the Tribunal refers *inter alia* to ICC cases Nos. 6535 and 6238.

Opracowanie: Zespół Postępowania Spornych
CMS Cameron McKenna

Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy ICC

dr Maria Hauser-Morel

Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy ICC pełni wiodącą rolę w arbitrażu handlowym na świecie, o czym świadczy liczba spraw przed nim rozstrzyganych: ponad 1450 spraw w toku i 817 nowych spraw w 2009 r. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie Sądu ICC i jego zasadniczych funkcji.

I. Uwagi wstępne

Sąd ICC powstał w 1923 r., jako część Międzynarodowej Izby Handlowej ICC. Sąd ten wpisuje się w misję ICC, jaką jest promowanie międzynarodowego handlu. Jego statut określony jest w Aneksie I do Regulaminu Sądu ICC w mocy od dnia 1 stycznia 1998 r. (Regulamin). Siedzibą Sądu jest Paryż. Budżet Sądu zależy od budżetu ICC, a dochody Sądu stanowią dochód ICC. Sąd uznaje się jednak za autonomiczny organ, sprawujący swoje funkcje niezależnie od ICC (Art. 1.2 Aneksu I do Regulaminu).

Na Sąd ICC składa się 125 członków z 86 państw⁴⁹. Nie są oni pracownikami Sądu i nie są wynagradzani za swoje usługi. Członków Sądu powołuje na trzyletnią kadencję światowy kongres ICC (*World Council*) na wniosek komitetów narodowych ICC. Sądowi przewodniczy *Chairman* wspierany przez wice-przewodniczących (*Vice-Chairmen*) (Art. 2 Aneksu I do Regulaminu). Członkiem Sądu ICC może zostać każdy. W praktyce, członkami Sądu są najczęściej prawnicy wykonujący zawód adwokata lub radcy prawnego w swoich jurysdykcjach lub pracownicy naukowcy, którzy łączą swoje funkcje zawodowe z mandatem w Sądzie ICC. Zaletą tego rozwiązania jest, że Sąd ma praktyczne podejście do toczących się postępowań, nastawione na umożliwienie stronom i arbitrom szybkiego i efektywnego rozwiązania sporów.

Autorka jest radcą prawnym w Sekretariacie Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego ICC.

Opinie wyrażone w niniejszym artykule są wiążące wyłącznie dla Autora. W szczególności, nie wyrażają one opinii Sądu Arbitrażowego ICC i instytucja ta nie jest odpowiedzialna za wyrażone tu opinie i ewentualnie nieścisłości.

⁴⁹ Informacja na dzień 31 stycznia 2010 r.

Sąd ICC podejmuje decyzje w formie komitetu (*Committee*) albo sesji plenarnej (*Plenary session*) (Art. 4 i 5 Aneksu Nr 1 do Regulaminu ICC, art. 4 Aneksu II do Regulaminu). Na komitet składa się trzech członków Sądu, którzy uczestniczą w obradach osobiście lub za pośrednictwem tele- lub videokonferencji. Decyzje podejmowane w ramach komitetu nie wymagają konsultacji z pozostałymi członkami Sądu, ale jeśli w ramach danego komitetu nie ma zgody, co do określonej decyzji, sprawa podlega rozstrzygnięciu na następnej sesji plenarnej (Art. 4.5 Aneksu II do Regulaminu). Komitet Sądu odbywa się zazwyczaj raz w tygodniu.

Raz w miesiącu odbywa się sesja plenarna Sądu, na której omawiane są sprawy o szczególnym stopniu skomplikowania, takie jak wnioski o wyłączenie arbitrów, niejednomyślne wyroki arbitrażowe, czy wyroki w sprawach, w których jedna ze stron jest stroną państwową.

Wyjątkowo, w pilnych sprawach, decyzje w imieniu Sądu może podjąć jego przewodniczący w trybie art. 1.3 Regulaminu. Rozwiązanie to jest jednak stosunkowo rzadko stosowane.

W obradach Sądu uczestniczą wyłącznie jego członkowie oraz członkowie Sekretariatu Sądu. Praca Sądu jest tajna i ani strony, ani arbitrzy nie mają wstępu na obrady Sądu. Wyjątkowo na posiedzenie Sądu mogą być dopuszczone osoby trzecie, o ile zachowają one zasadę tajności (najczęściej chodzi tu o stażystów odbywających praktyki w Sekretariacie Sądu).

Sąd ICC pełni swoje funkcje przy pomocy Sekretariatu (Art. 2 Aneksu I do Regulaminu). Wszelkie decyzje podejmowane przez Sąd w ramach Regulaminu są podejmowane na podstawie raportów przygotowywanych przez Sekretariat. Sekretariat ma siedzibę w Paryżu, gdzie pracuje siedem ekip składających się z prawników i se-

kretarek, a także dodatkową siedzibę w Hong Kongu, gdzie działa ekipa administrująca sprawy z regionu Azja-Pacyfik.

Ekipy Sekretariatu są zorganizowane według klucza geograficznego i językowego, tak, aby prawnik sprawujący nadzór administracyjny nad sprawą miał znajomość języka i kultury prawnej obowiązującej w regionie, w jakim odbywa się postępowanie. Różnorodność kulturowa i narodowościowa członków Sekretariatu (obecnie ok. 70 członków reprezentujących ok. 25 narodowości i władających ok. 25 językami) pozwala na dostosowanie nadzoru sprawowanego przez Sekretariat nie tylko do wymogów prawa krajowego, ale i kultury prawnej uczestników postępowania i arbitrów.

Zgodnie z art. 1.1 Regulaminu, zasadniczą funkcją Sądu jest umożliwienie rozstrzygnięcia poprzez arbitraż międzynarodowych sporów handlowych (*business disputes of an international character*). Pomimo zastrzeżenia międzynarodowego charakteru spraw w art. 1.1, strony mogą poddać pod właściwość ICC spory o charakterze krajowym.

Jeśli chodzi o typy sporów, to najczęściej pod właściwość Sądu ICC poddawane są spory konstrukcyjne (15% spraw), energetyczne (10.4%) i telekomunikacyjne/IT (8.1%)⁵⁰.

Podstawową funkcją Sądu ICC jest zagwarantowanie właściwego stosowania Regulaminu i zapewnienie realizacji podstawowych zasad postępowania arbitrażowego. Należy podkreślić, że Sąd nie rozstrzyga merytorycznie sporów, gdyż funkcja ta należy do arbitrów i wyłącznie do nich (art. 1.2 Regulaminu). Docelowo, Sąd dąży do tego, aby wyrok wydany w każdej sprawie był wykonalny (por. art. 35 Regulaminu).

Poniżej przedstawione zostaną funkcje Sądu, które uznaje się za kluczowe dla jego roli, w tym takie, które są *differentia specifica* arbitrażu ICC.

II. Wstępna ocena jurysdykcji

W przypadku, gdy którakolwiek ze stron podniesie zarzut co do istnienia, ważności lub zakresu zapisu na sąd polubowny, to zanim sprawa będzie przekazana trybunałowi arbitrażowemu, Sąd ICC wstępnie (*prima facie*) zbada kwestię jurysdykcji (art. 6.2 Regulaminu). Podobna kontrola ma miejsce w przypadku, gdy pozwany nie złożył odpowiedzi na wniosek arbitrażowy w przewidzianym terminie. Jeśli Sąd zadecyduje, że *prima facie* istnieje między stronami zapis na sąd polubowny, to ostateczna decyzja, co do właściwości będzie podjęta przez sam trybunał arbitrażowy (chyba że strona, która podniosła zarzuty, ich się zrzeknie w toku postępowania).

Sens procedury z art. 6.2 Regulaminu polega na tym, by uniknąć niepotrzebnych kosztów związanych z utworzeniem trybunału arbitrażowego i wynagrodzeniem arbitrów, jeśli z akt sprawy jasno wynika, że między stronami nie ma ważnego zapisu na sąd polubowny ICC. Należy podkreślić, że procedura przewidziana w art. 6.2 Regulaminu ma charakter unikalny wśród instytucji arbitrażowych.

III. Zatwierdzanie i powoływanie arbitrów

Zgodnie z Regulaminem ICC, arbitrzy mogą być nominowani przez strony albo powołani przez Sąd.

Strona (lub strony) mają pełną autonomię w zakresie nominowania arbitrów. W szczególności, nie obowiązuje w tym zakresie żadna lista arbitrów, ani szczególne wymogi, co do ich kwalifikacji. W praktyce znakomita większość arbitrów w postępowaniach ICC jest prawnikami. Nominacja przez stronę (lub strony) podlega zatwierdzeniu przez Sąd.

Zanim arbiter zostanie zatwierdzony, musi złożyć deklarację akceptacji i dyspozycyjności oraz oświadczenie w sprawie niezależności (*Declaration of Acceptance and Availability & Statement of Independence*). Oświadczenie w sprawie niezależności może być zwykłe (brak jakichkolwiek przesłanek mogących poddać w wątpliwość niezależność nominowanej osoby) albo kwalifikowane (nominowana osoba oświadcza, że jest niezależna od stron, ale ujawnia fakty lub oko-

⁵⁰ Raport statystyczny Sądu ICC za rok 2008.

liczności, które mogłyby potencjalnie budzić wątpliwości stron, co do jej niezależności). Kopia deklaracji jest składana przez nominowaną osobę w Sekretariacie Sądu, który bezzwłocznie przesyła ją wszystkim stronom. W przypadku kwalifikowanego oświadczenia w sprawie niezależności, Sekretariat udzieli stronom stosownego terminu na złożenie zastrzeżeń co do danej osoby. W braku zastrzeżeń albo w przypadku zwykłego oświadczenia o niezależności, zatwierdzenia arbitra(ów) może dokonać Sekretarz Generalny Sądu (art. 9.2 Regulaminu).

W przypadku złożenia zastrzeżeń przez którąkolwiek ze stron, Sąd zadecyduje w sprawie zatwierdzenia arbitra. W tym zakresie, Sąd ma dowolność, jeśli chodzi o kryteria oceny. O ile Sekretariat Sądu wskazuje w swoim raporcie poślikowo na odpowiednie postanowienia *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, dokument ten nie jest dla Sądu wiążący. W niektórych przypadkach, Sąd musi wziąć pod uwagę kontekst lokalny, w jakim funkcjonuje nominowany arbiter i strony, i w konsekwencji strony mogą, a nawet powinny, przedstawić w tym zakresie argumenty i odpowiednio je udokumentować.

W braku nominacji arbitra przez strony, Regulamin przewiduje odpowiednie mechanizmy zastępcze. W szczególności, jeśli sprawa ma być rozstrzygnięta przez trzyosobowy trybunał arbitrażowy, a strona pozwana nie uczestniczy i nie nominowała arbitra, Sąd powoła arbitra za nie uczestniczącą stronę. Jeśli sprawa ma być rozstrzygnięta przez arbitra jedyne, a stronom nie udało się go wspólnie nominować, arbiter ten będzie powołany przez Sąd. Podobnie w przypadku przewodniczącego trybunału arbitrażowego, który będzie powołany przez Sąd, o ile strony nie przewidziały odmiennego sposobu powołania przewodniczącego.

Sąd nominuje arbitrów na podstawie propozycji komitetów narodowych ICC (art. 9.3 Regulaminu). Wybierając komitet narodowy, który ma zaproponować arbitra w danej sprawie, Sąd ma wybór między ok. 130 komitetami na całym świecie. Sąd nie może przy tym powołać na arbitra w danej sprawie osoby, która jest obywatelem państwa, którego narodowości jest jedna ze

stron (chyba że strony się na to zgodzą). W przypadku, gdy obydwie strony są tej samej narodowości, Sąd może zwrócić się do komitetu narodowego kraju, którego narodowości są strony, ale w tym przypadku Sąd musi dać stronom odpowiedni termin na złożenie zastrzeżeń w tym zakresie. Wybór odpowiedniego komitetu narodowego jest ponadto uzasadniony miejscem postępowania arbitrażowego, językiem (lub językami) jakim powinien włądzać arbiter, właściwym prawem materialnym itd.

IV. Wnioski o wyłączenie arbitrów

W przypadku, gdy arbiter jest już zatwierdzony lub powołany, a strona dowiedziała się o okoliczności poddającej w wątpliwość jego niezależność (lub innej okoliczności uzasadniającej wyłączenie), strona ta może złożyć wniosek o wyłączenie arbitra. Wniosek taki powinien być złożony w terminie 30 dni od dnia notyfikacji decyzji o zatwierdzeniu lub powołaniu arbitra albo od dnia, w którym strona dowiedziała się o okoliczności stanowiącej podstawę wniosku o wyłączenie. Termin ten ma na celu zapobieżenie sytuacjom, w których wnioski o wyłączenie są składane na późniejszym etapie w celu zablokowania postępowania.

Wniosek o wyłączenie arbitra składa się w Sekretariacie Sądu. Sekretariat udziela danemu arbitrowi, pozostałym stronom i arbitrom (w przypadku wieloosobowego składu) odpowiedniego terminu na złożenie uwag do wniosku o wyłączenie. Następnie Sekretariat przedstawi sprawę Sądowi, odzwierciedlając w swoim raporcie stanowiska wszystkich zainteresowanych. Podobnie, jak w przypadku postępowania w sprawie zatwierdzenia arbitra, Sąd ma pełną dyskrecję w ocenie wniosku o wyłączenie arbitra.

V. Kontrola projektów wyroków

Zgodnie z art. 27 Regulaminu, przed podpisaniem jakiegokolwiek wyroku trybunał arbitrażowy przedkłada jego projekt Sądowi, który przeprowadza kontrolę wyroku co do formy i co do meritum. W ramach swojej kontroli Sąd może zobligować trybunał arbitrażowy do wprowadzenia zmian co do formy oraz „zwrócić jego uwagę na kwestie merytoryczne”.

Zmiany co do formy, o jakich jest mowa w art. 27, obejmują przede wszystkim takie kwestie, jak: czy zapis na sąd polubowny i właściwe prawo jest poprawnie zacytowany, czy projekt zawiera poprawne oznaczenie i adresy stron i ich pełnomocników, arbitrów, sposób powołania arbitrów, czy opis przebiegu postępowania jest poprawny, błędy: arytmetyczne, ortograficzne, gramatyczne itp. Sąd bierze przy tym pod uwagę szczególne wymagania obowiązujące w miejscu arbitrażu. Kwestie merytoryczne, na jakie Sąd może zwrócić uwagę trybunału arbitrażowego, dotyczą sfery orzekania i obejmują takie kwestie, jak ustalenie stanu faktycznego, ustalenie właściwego prawa, czy analiza prawna. Należy podkreślić, że w tym zakresie Sąd może jedynie „zwrócić uwagę” trybunału na te kwestie i nie może zobowiązać go do wprowadzenia określonych zmian. Rozwiązanie przyjęte w art. 27 wynika z zasady, że Sąd nie rozstrzyga sporów (art. 1.2 Regulaminu).

W praktyce projekt wyroku jest składany przez trybunał arbitrażowy w Sekretariacie Sądu, który bada wyrok i przygotowuje odpowiedni raport dla Sądu. Jeśli wyrok jest sporządzony w języku, który nie jest jednym z roboczych języków Sądu (tj. angielski i francuski), to Sekretariat najczęściej zamówi tłumaczenie projektu wyroku.

Kontrola z art. 27 Regulaminu ma na celu podwyższenie jakości wyroków i w konsekwencji ich wykonalność. Należy podkreślić, że trybunał arbitrażowy nie może wydać wyroku bez jego zatwierdzenia przez Sąd co do formy.

VI. Koszty postępowania arbitrażowego

W postępowaniu przed Sądem ICC, na początku sprawy Sąd ustala zaliczkę na koszty postępowania. Zaliczka ta ma na celu pokrycie wynagrodzenia i wydatków arbitra(ów) oraz kosztów administracyjnych ICC. Jej wysokość zależy od wartości przedmiotu sporu i ilości arbitrów. Wysokość zaliczki może być zmieniana w toku postępowania, w przypadku zmiany wartości przedmiotu sporu, jeśli wydatki poniesione przez trybunał arbitrażowy przekraczają szacunki, na podstawie których Sąd ustalił zaliczkę lub jeśli zwiększył się stopień skomplikowania sprawy, co powoduje konieczność dostosowania zaliczki na wynagrodzenie arbitra(ów).

Na końcu postępowania (tj. przy okazji kontroli wyroku końcowego albo jeśli sprawa jest wycofana) Sąd ustala końcowe koszty postępowania arbitrażowego. Jeśli w sprawie jest wydany wyrok końcowy, to arbitrzy określą w nim sposób, w jaki strony ponoszą koszty postępowania arbitrażowego (art. 31.3 Regulaminu). Jeśli sprawa była wycofana bez wyroku, Sąd ustala wówczas wysokość kosztów, a jeśli jakkolwiek kwota będzie zwrócona stronom, to w proporcji, w jakiej wpłaciły one zaliczkę na koszty postępowania (bez decyzji trybunału w sprawie alokacji kosztów).

VII. Zakończenie

Ingerencja Sądu ICC ogranicza się do kontroli postępowań arbitrażowych i ma na celu zapewnienie wykonalności wyroków przed nim wydanych. Instytucja arbitrażowa, taka jak ICC, nie może zastąpić arbitrów, i to od nich zależy, czy postępowanie jest prowadzone w sposób efektywny. Wieloletnie doświadczenie Sądu ICC jest jednak cennym narzędziem, z którego arbitrzy i strony mogą korzystać w celu znalezienia efektywnego sposobu rozwiązania sporów.

ENGLISH SUMMARY:

ICC International Court of Arbitration

This article aims at presenting ICC arbitration.

As an introduction, an overview of the history of the ICC International Court of Arbitration ("Court") is given. It is followed by a summary of the Court's statutes, organization and functioning. In this regard, interaction between the Court and its Secretariat are explained. The second part of the article presents the main fields of the Court's intervention in arbitral proceedings, some of which are unique for institutional arbitration: the prima facie jurisdiction control, confirmation and appointment of arbitrators, challenge procedures, awards' scrutiny and costs of arbitration. In this regard, special consideration is given to the manner in which the Court takes its decisions (for instance, which criteria are considered in cases of confirmations or challenges or to what extent IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration are used). In the part relating to the awards' scrutiny, the scope of the Court's control and the difference between the control as to the form and as to the substance are explained.

While ICC arbitration may be a very useful tool of dispute resolution, the success of arbitral proceedings mainly depends on the parties and the arbitrators. It is therefore not the institution alone, which will guarantee effective dispute resolution, but the way in which the parties and the arbitrators will use it. In this regard, extensive experience of the ICC Court and its Secretariat are beneficial to the parties and may effectively allow them to find a most adapted mode of dispute resolution.

London Court of International Arbitration

Michał Pochodyła, LL.M.

London Court of International Arbitration uważa się za najstarszą na świecie stałą instytucję arbitrażową o charakterze transgranicznym. W 2009 r. LCIA zarejestrował 285 spraw arbitrażowych. Wśród nich rosnący odsetek stanowią spory z udziałem podmiotów z krajów Europy Środkowo-Wschodniej.

I. Historia i struktura LCIA

The London Court of International Arbitration (Sąd, LCIA) uważa się za najstarszą na świecie stałą instytucję arbitrażową o charakterze transgranicznym. Jej historia sięga ostatniej dekady XIX wieku. W roku 1892, na mocy decyzji sądu gminnego londyńskiego City, zainaugurowała swoją działalność *The City of London Chamber of Arbitration*. LCIA była pierwszą i jedyną instytucją o takim profilu, do czasu powstania w 1923 r. Sądu Arbitrażowego przy Międzynarodowej Izbie Handlowej w Paryżu (ICC).

Londyn, stale rozwijający się i umacniający swoją pozycję jako stolica światowego handlu, potrzebował w tym czasie wyspecjalizowanej jednostki alternatywnej w stosunku do sądownictwa powszechnego, która mogłaby zapewnić międzynarodowym podmiotom efektywne rozwiązywanie sporów. Sąd, działający na początku XX wieku pod nazwą *The London Court of Arbitration*, rozstrzygał głównie spory powstające w takich dziedzinach jak prawo morskie, ubezpieczeniowe czy wymiany towarowej.

W 1981 r. Sąd zmienił swoją nazwę na *The London Court of International Arbitration*. Dodanie do nazwy przymiotnika „międzynarodowy” miało na celu odzwierciedlenie i podkreślenie transgranicznego charakteru administrowanych przez niego spraw. Również, wprowadzony w życie w tym samym roku innowacyjny Regulamin Arbitrażowy LCIA (*The LCIA Arbitration Rules*), w zamyśle stworzony dla międzynarodowych użytkowników, miał na celu przyciągnięcie do Londynu jak najliczniejszych podmiotów handlowych ze wszystkich stron świata.

LCIA składają się: The Company, organizacja *non-profit*, zajmująca się zarządzaniem LCIA, jako podmiotem gospodarczym, The LCIA Court, zwierzchni organ decyzyjny, zapewniający prawidłowe stosowanie Regulaminu LCIA oraz *The Secretariat*, z Sekretarzem LCIA na czele, który na bieżąco zajmuje się administrowaniem spraw przekazanych do rozstrzygnięcia w oparciu o Regulamin LCIA. Międzynarodowy charakter LCIA podkreśla w szczególności fakt, iż w 35-osobowym składzie The LCIA Court, zgodnie z jego konstytucją, może zasiadać maksymalnie sześciu obywateli Wielkiej Brytanii. Pozostałą część tego organu tworzą wybitni prawnicy, specjaliści w dziedzinie międzynarodowego arbitrażu, zarówno pochodzący z krajów anglosaskich, jak i z krajów zaliczanych do tradycji prawa kontynentalnego.

II. Liczba i charakter rozpoznawanych spraw

W 2009 r. LCIA zarejestrował 285 spraw, w tym ok. 95% o charakterze transgranicznym. W ciągu ostatnich pięciu lat liczba spraw kierowanych do Sądu wzrosła trzykrotnie. W tym okresie zanotowano istotny wzrost liczby postępowań z udziałem stron pochodzących z krajów Europy Środkowo-Wschodniej, a także z innych krajów rozwijających się.

Wśród spraw rozpoznawanych przed LCIA należą spory wywodzące się z niemal wszystkich sektorów gospodarki. Ostatnio, w związku z globalnymi zawirowaniami gospodarczymi, znacząco wzrosła liczba spraw z sektora finansowego, ubezpieczeniowego, energetycznego, budowlanego oraz międzynarodowej wymiany towarów.

Autor pracuje w LCIA na stanowisku *Counsel*; a ponadto współpracuje z CMS Cameron McKenna w Warszawie.

W obecnym kształcie, na strukturę organizacyjną

III. Regulamin Arbitrażowy LCIA i jego wyróżniki

Obowiązujący obecnie Regulamin Arbitrażowy LCIA wszedł w życie w 1998 r. Stanowi on kompromis między zasadami postępowania arbitrażowego właściwymi dla krajów anglosaskich oraz zasadami obowiązującymi w kontynentalnych systemach prawnych.

Regulamin został zaprojektowany wokół zasady autonomii woli stron, jako naczelnej zasady przyświecającej instytucji arbitrażu. Arbitraż LCIA może się więc toczyć w każdym dowolnie ustalonym przez strony miejscu, a postanowienia Regulaminu są tak skonstruowane, by współgrał on z większością krajowych uregulowań arbitrażowych. W przypadku braku określenia przez strony w zapisie na sąd polubowny miejsca arbitrażu, zgodnie z treścią Artykułu 16.1 Regulaminu, miejscem tym będzie Londyn, chyba że z uwagi na okoliczności sprawy trybunał arbitrażowy postanowi inaczej.

W porównaniu z regulaminami arbitrażowymi innych czołowych międzynarodowych instytucji arbitrażowych Regulamin LCIA wyróżniają m.in. następujące cechy:

1. Wybór arbitrów (Artykuły 5, 6 i 7)

LCIA przywiązuje szczególną wagę do etapu formowania się składu trybunału arbitrażowego.

W przypadku, gdy strony nie określiły w umowie liczby i sposobu wyboru arbitrów, The LCIA Court wybiera i powołuje jednego arbitra, chyba że okoliczności sprawy przemawiają za składem trzyosobowym. Natomiast w sytuacjach, gdy strony umówiły się co do liczby arbitrów, ale nie określiły sposobu ich nominacji, The LCIA Court dokonuje wyboru kandydatów.

Podstawowymi kryteriami wyboru arbitrów, oprócz tych ustalonych przez strony, są: brak konfliktu interesów, narodowość, odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie, znajomość języków, jak również dyspozycyjność kandydata.

W większości spraw LCIA udaje się doprowadzić do ukonstytuowania się trybunału arbitrażowego w terminie nieprzekraczającym dwóch tygodni.

2. Trzy lub więcej podmiotów postępowania (Artykuł 8)

W przypadku postępowań toczących się z udziałem więcej niż dwóch podmiotów, gdy zapis na sąd polubowny przewiduje, że każda ze stron ma prawo nominacji arbitra, jeżeli w określonym terminie „wielopodmiotowy” powód lub pozwany nie przedstawi swojego uzgodnionego kandydata, cały skład trybunału arbitrażowego jest wybierany i powoływany przez The LCIA Court. Konstrukcja ta pozwala zaoszczędzić czas oraz zachować zasadę równości stron postępowania.

3. Przyspieszony tryb formowania się składu trybunału arbitrażowego (Artykuł 9)

Cechą wyróżniającą postanowienia Regulaminu LCIA na tle innych regulaminów arbitrażowych jest możliwość zwrócenia się do The LCIA Court, w wezwaniu na arbitraż albo już po jego złożeniu, o powołanie trybunału arbitrażowego w trybie pilnym. Regulamin przewiduje, że w przypadkach niecierpiących zwłoki The LCIA Court może dowolnie modyfikować terminy na ukonstytuowanie się trybunału

Jeżeli zapis na sąd polubowny przewiduje, że to The LCIA Court ma dokonać wyboru arbitrów, gotowy do działania trybunał zostaje ukonstytuowany w ciągu 72 godzin od chwili doręczenia wniosku o powołanie arbitrów w trybie pilnym. Sprawność działania w tym zakresie ma szczególne znaczenie np. w sytuacjach, gdy stronie zależy na szybkim uzyskaniu środka tymczasowego lub innej formy zabezpieczenia dochodzonych roszczeń.

4. Brak konieczności sporządzenia sformalizowanego Aktu Misji (Terms of Reference)

Postępowania prowadzone przed LCIA, w przeciwieństwie np. do arbitrażu ICC, nie wymagają tworzenia dodatkowego, często czasochłonnego dokumentu, który ma na celu szczegółowe określenie zakresu przedmiotowego, kompetencji arbitrów czy kalendarza postępowania. W arbitrażu LCIA trybunał arbitrażowy, już na samym początku postępowania, po wysłuchaniu stron, wydaje zarządzenie proceduralne co do sposobu prowadzenia postępowania, ilości rund oraz

terminów przedkładania pism procesowych oraz ogólnych reguł prowadzenia korespondencji. Brak bezwzględnego wymogu tworzenia takiego sformalizowanego dokumentu pozwala zaoszczędzić czas (nawet do kilku miesięcy) oraz związane z tym koszty.

5. Włączenie do toczącego się postępowania podmiotu trzeciego (Artykuł 22.1(h))

Regulamin przewiduje, iż na mocy decyzji arbitrów możliwe jest włączenie do toczącego się postępowania, na wniosek jednej ze stron, podmiotu trzeciego. W takich sytuacjach wymagane jest stosowne uzasadnienie wniosku oraz zgoda trybunału arbitrażowego, jak również podmiotu mającego włączyć się do postępowania. Cechą charakterystyczną tego przepisu, odróżniającą go od uregulowań obowiązujących w postępowaniach przed innymi stałymi sądami polubownymi, jest brak wymogu uzyskania zgody strony przeciwnej.

6. Wyłączenia arbitrów (Artykuł 10)

Regulamin określa katalog przesłanek wyłączenia arbitrów. Należą do nich powszechnie akceptowane podstawy wyłączenia, a mianowicie, brak niezależności i bezstronności arbitra, oraz sytuacje, gdy zdaniem The LCIA Court, arbiter nie wywiązuje się z nałożonych na niego obowiązków lub celowo narusza postanowienia Regulaminu. Cechą charakterystyczną decyzji The LCIA Court w przedmiocie wyłączenia jest jej uzasadnienie.

7. Brak wymogu instytucjonalnej kontroli wyroków arbitrażowych

Regulamin nie nakłada na The LCIA Court, ani na inny organ Sądu, obowiązku instytucjonalnej kontroli wyroków arbitrażowych. Umożliwia to znaczne skrócenie czasu trwania postępowań. W praktyce jednak, dla zachowania wysokich standardów orzecznictwa, Sekretariat Sądu, przed doręczeniem wyroku stronom, dokładnie sprawdza jego treść pod kątem błędów typograficznych, a także ocenia, czy opisany w wyroku przebieg postępowania jest zgodny z odnotowanym przez LCIA w aktach sprawy.

IV. Koszty arbitrażu LCIA oraz sposób ich wyliczenia

Do kosztów arbitrażu LCIA, z wyłączeniem kosztów reprezentacji prawnej stron oraz wydatków dotyczących opracowania dokumentacji, przelotów czy zakwaterowania, należy zaliczyć wynagrodzenie arbitrów, instytucjonalne opłaty rejestracyjne oraz pozostałe koszty związane z administrowaniem arbitrażu przez LCIA.

LCIA przyjął godzinowy model kalkulacji wynagrodzenia arbitrów. W odróżnieniu od modelu *ad valorem* (tj. od wartości przedmiotu sporu), przyjętego przez większość stałych sądów polubownych, wynagrodzenie arbitrów w arbitrażu LCIA ustalane jest w oparciu o ilość godzin, które spędzili pracując nad daną sprawą. LCIA przyjął tu zasadę, iż to nie sama wartość przedmiotu sporu, ale jego charakter i skomplikowanie mają zasadniczy wpływ na ustalenie kosztów postępowania arbitrażowego.

Indywidualne określenie maksymalnej stawki wynagrodzenia w danej sprawie należy do kompetencji The LCIA Court. Udziela on w tym przedmiocie rekomendacji po przeprowadzeniu ogólnej analizy stopnia skomplikowania sprawy, uwzględniając narodowość i pozycję stron oraz kwalifikacje arbitrów. W oparciu o obowiązującą obecnie taryfę opłat, maksymalna stawka godzinowa wynosi 400 funtów.

LCIA stale monitoruje wynagrodzenia arbitrów i interweniuje w sytuacjach, gdy ilość godzin poświęconych przez nich nad konkretną sprawą jest nieproporcjonalnie wysoka.

V. Konkluzja

LCIA rosnącą popularność zawdzięcza przede wszystkim nowoczesnemu Regulaminowi, pełnej neutralności, efektywności działania oraz stosunkowo niskiej biurokratyzacji postępowania. Dodatkowo, model opłat arbitrażowych LCIA często okazuje się konkurencyjny w stosunku do modelu *ad valorem* przyjętego przez większość stałych sądów polubownych i jest kolejnym istotnym czynnikiem skłaniającym do wyboru tej instytucji.

ENGLISH SUMMARY:

London Court of International Arbitration

Among numerous arbitration institutions headquartered in London, the London Court of International Arbitration (LCIA) is surely the most renowned and forward-looking one. In its various forms, the LCIA dates back to 1892, when following the enactment of the English Arbitration Act 1889 the business community, increasingly dissatisfied with often expensive and lengthy process of the court litigation, decided to establish a Tribunal for the arbitration of trans-national disputes. Thus, the LCIA is to be reputed as one of the longest-established institutions for commercial dispute resolution.

In its current form, the LCIA first appeared in 1985, when its Arbitration Court (the "Court") was established, and new rules, more international in nature, were enacted. It operates as a threefold organisation that comprises the Company, the Arbitration Court and the Secretariat.

Although occasionally perceived as very English or London-centric institution, the LCIA is genuinely an international organisation providing efficient and impartial administration of dispute resolution methods for all parties, regardless of their location, and under any system of law. The current set of the LCIA Arbitration Rules (the Rules) was adopted in 1998. It has replaced those of 1985, which were the first to mark the LCIA's aspiration to become truly international institution. The Rules, framed around the overriding principle of "party autonomy", consist of the best features and concepts, both from the civil and common law systems.

The underlying purpose of this note is to introduce the LCIA as the leading international arbitral institution, and to briefly demonstrate the most distinctive features of the LCIA Rules, in comparison with the arbitration rules of its key competitors.

Międzynarodowy arbitraż inwestycyjny

dr Katarzyna Michałowska

W ostatnich latach daje się zaobserwować znaczący wzrost liczby międzynarodowych sporów inwestycyjnych, rośnie znaczenie centrów rozstrzygania takich sporów, a pełnomocnicy stron i arbitrzy mają do dyspozycji coraz większą liczbę orzeczeń, którymi mogą posiłkować się przy prowadzeniu nowych spraw. Arbitraż inwestycyjny jest przedmiotem uwagi nie tylko prawników-praktyków i doktryny prawa, również opinia publiczna jest informowana o istnieniu sporów, w których jako strona pozwana występuje dane państwo, a nierzadko przebieg postępowania budzi duże zainteresowanie organizacji społecznych. Zamiarem zespołu redakcyjnego *E-Przeglądu Arbitrażowego* jest przybliżenie czytelnikowi problematyki arbitrażowego rozstrzygania sporów inwestycyjnych i zapoznanie go z najnowszymi tendencjami w tej dziedzinie.

I. „Międzynarodowy” arbitraż „inwestycyjny”

Arbitraż „inwestycyjny” ma charakter międzynarodowy, gdyż jego podstawę stanowi dwustronna umowa międzynarodowa o popieraniu i ochronie inwestycji (ang. BIT – *bilateral investment treaty*) albo traktat wielostronny, a stronami sporu jest inwestor o przynależności państwowej jednej ze stron takiej umowy i państwo będące drugą stroną takiej umowy. Spór toczy się więc pomiędzy inwestorem a obcym państwem, na którego terytorium zdecydował się on rozwinąć działalność gospodarczą dokonując „inwestycji” w rozumieniu BIT. Strony sporu nie muszą być związane kontraktem, podstawą roszczenia jest bowiem naruszenie przez państwo gwarancji udzielonych zagranicznym inwestorom w umowie międzynarodowej, choć również spory kontraktowe mogą być rozstrzygane w tym trybie, o ile umowa tak stanowi. Spór ma za przedmiot ocenę środków zastosowanych przez państwo w stosunku do inwestora i dokonanej przez niego inwestycji, czyli rozstrzygnięcie, czy przypisywane państwu działania naruszają traktatowe gwarancje traktowania „słusznego i sprawiedliwego”, zgodnego z klauzulą największego uprzywilejowania albo traktowania narodowego, czy stanowią wyłączenie inwestycji, a jeżeli takie naruszenie zostanie stwierdzone – wysokość odszkodowania należnego inwestorowi.

Autorka jest adiunktem na WPIA Uniwersytetu Warszawskiego.

W ostatnich latach Polska, podobnie jak inne państwa regionu Europy Środkowej, stała się stroną kilku sporów inwestycyjnych z inwestorami zagranicznymi. Mylnie byłoby przypuszczenie, że spory te wytaczane są wyłącznie państwom będącym „importerami inwestycji zagranicznych”, choć rzeczywiście, państwa rozwijające się i państwa „gospodarek wschodzących” są dość licznie reprezentowane wśród pozwanych. Jednak wejście w życie układu NAFTA znacząco zmieniło te proporcje i obecnie również Stany Zjednoczone i Kanada, tradycyjni „eksporterzy inwestycji” muszą zmierzyć się z roszczeniami inwestorów zagranicznych działających na ich terytorium, a pochodzących z pozostałych państw-stron układu.

II. Dlaczego arbitraż?

Prawo międzynarodowe wypracowało szereg zasad ochrony cudzoziemców i ich mienia. Dochodzenie roszczeń z tytułu wyłączenia pozostaje jednak w rękach państwa przynależności cudzoziemca, które może chronić interesy swego obywatela na drodze dyplomatycznej albo, jeżeli uzna to za właściwe przez wzgląd na różnorakie interesy polityki zagranicznej, ochrony tej odmówić. Udzielenie pomocy dyplomatycznej może jednak nastąpić po wyczerpaniu przez inwestora krajowej drogi sądowej w państwie przyjmującym inwestycje. Dla inwestorów, obawiających się niewydolności systemu wymiaru sprawiedliwości, perspektywa prowadzenia przed sądami państwa przyjmującego inwestycje sporu

z tym państwem może nie być zachęcająca. Z punktu widzenia inwestora międzynarodowy arbitraż może dawać lepsze gwarancje bezstronności. Zgoda na oddanie sporu pod arbitraż międzynarodowy wyrażona w umowie BIT może być korzystna również z punktu widzenia państwa przyjmującego, jako element pozytywnego „klimatu inwestycyjnego”, zapewniającego dopływ obcych kapitałów. Odpolitycznienie sporów inwestycyjnych i przyznanie podmiotom prywatnym przymiotu strony w sporze z państwem było głównym celem Konwencji o rozstrzygnięciu sporów inwestycyjnych między państwami a obywatelami innych państw, sporządzonej w Waszyngtonie 18 marca 1965 r. (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Konwencja ICSID). *„Większość dwustronnych umów o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji, w tym prawie wszystkie ostatnio zawarte, przewiduje rozstrzygnięcie sporów pomiędzy inwestorami a państwami na drodze niezależnego międzynarodowego arbitrażu, na podstawie Konwencji ICSID, Dodatkowego Mechanizmu ICSID, Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL lub innych podobnych porozumień, i postanowienia te powszechnie uznawane są – zarówno przez ich przeciwników jak i zwolenników – za istotny składnik reżimu ochrony bezpośrednich inwestycji zagranicznych”* (orzeczenie w sprawie wstępnych zagadnień jurysdykcyjnych w sprawie Gas Natural SDG, S.A. przeciwko Republice Argentyny z 17 czerwca 2005 r., 29).

III. Polska jako strona umów o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji

Polska jest stroną ponad 60 umów BIT zawieranych od końca lat 80-tych XX w. z największymi krajami przemysłowymi świata z Europy, obu Ameryk i Azji. Dla porównania, Republika Federalna Niemiec zawarła 135 takich umów, a Chiny - 130. Zawieranie BIT towarzyszyło uchwalaniu w Polsce ustaw regulujących inwestycje zagraniczne, począwszy od ustanawiania maksymalnego udziału wspólników zagranicznych w spółkach do stopniowej liberalizacji w tej dziedzinie. Zdecydowana większość tych umów przewiduje rozstrzygnięcie sporów inwestycyjnych na drodze

arbitrażu międzynarodowego, a z gwarancji traktatowych na równi korzystają obcy inwestorzy w Polsce i polscy inwestorzy za granicą. Postępowanie może toczyć się w trybie wyznaczonym przez Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL albo innych wskazanych w umowach BIT regulaminach, np. Instytutu Arbitrażowego Izby Handlowej w Sztokholmie lub Sądu Arbitrażowego przy Międzynarodowej Izbie Handlowej w Paryżu. Polska nie przystąpiła do Konwencji waszyngtońskiej, dlatego Reguły Arbitrażowe ICSID nie znajdują zastosowania w sporach, których stroną są polscy inwestorzy lub Polska, chyba że strony sporu wyrażą zgodę (o ile właściwa umowa BIT dopuszcza taką możliwość) na prowadzenie go według tzw. Dodatkowego Mechanizmu ICSID, czyli w trybie administrowanym przez waszyngtońskie Centrum w sytuacji, gdy tylko jedna ze stron sporu pochodzi z państwa-strony Konwencji.

IV. Przynależność państwowa inwestora a ochrona traktatowa inwestycji

Z uwag przedstawionych wyżej wynika, jak duże znaczenie dla objęcia danej inwestycji ochroną traktatową oraz dla zakresu tej ochrony i trybu dochodzenia roszczeń przeciwko państwu-gospodarzowi, ma przynależność państwowa inwestora zagranicznego. O kwalifikacji osoby fizycznej jako inwestora objętego ochroną przesądza posiadanie obywatelstwa Umawiającej się Strony, a nabycie lub utrata obywatelstwa podlega jej prawu wewnętrznemu. Niektóre umowy oprócz obywatelstwa wymagają także posiadania w państwie-Stronie miejsca zamieszkania. Problem stosowania umowy BIT do osób posiadających podwójne obywatelstwo wyraźnie regulują tylko niektóre umowy, stanowiąc, że ochroną traktatową nie są objęte inwestycje dokonane przez osoby posiadające podwójne obywatelstwo. Odpowiada to celowi umowy, jakim jest popieranie międzynarodowej wymiany gospodarczej i przedsięwzięć inwestorów „drugiej” umawiającej się strony. Konwencja ICSID stanowi w art. 25(2), że obywatelem państwa-strony Konwencji mogący skorzystać z mechanizmu rozstrzygnięcia sporów nią ustanowionego nie jest osoba, która w określonych tym przepisie datach

(zgoda na poddanie sporu pod arbitraż lub reje-stracja sporu) była obywatelem państwa będącego stroną w sporze. Niekiedy do rozstrzygnięcia wątpliwości wyłaniających się w związku z posiadaniem przez inwestora-powoda podwójnego obywatelstwa trybunały stosują kryterium „efektywnego obywatelstwa”, tj. badają, z którym państwem osoba ta jest rzeczywiście związana przez posiadanie tam ośrodka życiowych spraw, więzów gospodarczych i osobistych.

Większe znaczenie w praktyce mają inwestycje drugiego rodzaju inwestorów – osób prawnych. Zawarte przez Polskę umowy BIT ustanawiają kilka kryteriów uznawania osób prawnych drugiej umawiającej się strony za jej „inwestorów”. Najbardziej liberalne jest kryterium inkorporacji. Na przykład, za inwestora holenderskiego w Polsce uznana zostaje spółka utworzona zgodnie z prawem holenderskim, niezależnie od tego, czy w Holandii prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą. Podobne postanowienie, zawarte w umowie BIT pomiędzy Holandią a Republiką Czeską, było przedmiotem oceny w postępowaniu w sprawie *Saluka v. Czech Republic*. Pozwane państwo podnosiło, że *Saluka*, powód w sprawie, jest holenderską spółką-wydmuszką, kontrolowaną przez spółkę brytyjską, samą będącą pod kontrolą spółek japońskich, nie ma rzeczywistych związków gospodarczych z Holandią, nie powinna więc korzystać z ochrony traktatowej na podstawie umowy BIT czesko-holenderskiej. W częściowym wyroku z 17 marca 2006 r. trybunał arbitrażowy przyznał, że możliwość powołania się na traktat prowadzić może do nadużycia arbitrażu i do stosowania praktyki „poszukiwania traktatu” (*treaty shopping*) podobnej do powszechnie krytykowanego „poszukiwania sądu” (*forum shopping*), uznał jednak, że nie może narzucać państwom-stronom BIT definicji inwestora innej niż ta, którą same przyjęły (*Saluka Investments BV (The Netherlands) przeciwko Republice Czeskiej*, 240-241).

W polskiej praktyce traktatowej najczęstsze wydaje się połączenie wymogu inkorporacji w drugim państwie-stronie umowy BIT, posiadanie tam siedziby i prowadzenie rzeczywistej działalności gospodarczej, a ciężar dowodu tych okoliczności spoczywa na inwestorze. Niektóre umowy rozszerzają pojęcie inwestora na osoby prawne bez względu na siedzibę, kontrolowane bezpośrednio lub pośrednio przez inwestorów danej umawiającej się strony. W traktatach BIT używane są w tym kontekście pojęcia „kontroli”, „rzeczywistej kontroli”, „istotnego udziału we własności” lub „zależności ekonomicznej”.

Trybunały arbitrażowe rozstrzygały szereg innych kwestii jurysdykcyjnych zmierzających do ustalenia, czy dany inwestor może skorzystać z ochrony przyznanej w umowie BIT, np. czy status inwestora zagranicznego ma spółka założona w drugim państwie-stronie BIT, której współnikami są obywatele państwa przyjmującego następnie na swym terytorium inwestycje takiej spółki. Problem sprowadza się do ustalenia, czy inwestycja takiej spółki rzeczywiście jest inwestycją „zagraniczną”? Inna istotna kwestia: czy zmiany w strukturze korporacyjnej inwestora, zachodzące „kilka pięter nad bezpośrednim inwestorem” w okresie po dokonaniu inwestycji w danym państwie, prowadzące do przejęcia kontroli korporacyjnej nad „bezpśrednim inwestorem” przez podmiot utworzony i zarejestrowany w państwie trzecim, mogą skutkować objęciem danej inwestycji ochroną na podstawie umowy BIT, jaka w chwili dokonywania inwestycji nie miała zastosowania? Odpowiedzi na te pytania dostarczyć może oczywiście tylko wnikliwa analiza definicji inwestora w konkretnej umowie BIT, dokonywana metodami właściwymi dla wykładni umów międzynarodowych, wsparta analizą szerszej praktyki traktatowej państw. Orzecznictwo trybunałów ICSID, orzekających na podstawie umów BIT w powiązaniu z postanowieniami tej Konwencji, może w tej analizie służyć jako posiłkowy argument. Traktatowa definicja „inwestora” decyduje bowiem o podmiotowym zakresie przyznawanej na podstawie umowy BIT ochrony oraz o właściwości (lub jej braku) trybunału arbitrażowego do rozstrzygnięcia sporu dotyczącego inwestycji.

Na zakończenie odnotujmy uwagę trybunału arbitrażowego w sprawie Aguas del Tunari S.A. przeciwko Republice Boliwii (orzeczenie w sprawie zarzutów jurysdykcyjnych pozwanego państwa z 21 października 2005 r., 332). Trybunał zauważył, że chociaż umowy o popieraniu i ochronie inwestycji nazywane są „dwustronnymi”, to dla negocjujących je państw od dawna jest jasne, że mają one szerszy zasięg („są jak bramy dla inwestycji”), bo dzięki zdefiniowaniu w określony sposób pojęcia „inwestora” służą kształtowaniu struktury i organizacji inwestycji, a przede wszystkim, dzięki ustanowieniu neutralnego forum rozstrzygania sporów inwestycyjnych, zachęcają do ich dokonywania.

Cytowane orzeczenia:

Gas Natural SDG, S.A. (Claimant) and The Argentine Republic (Respondent), Case No ARB/03/10, ICSID, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, June 17, 2005:

<http://www.asil.org/pdfs/GasNat.v.Argentina.pdf>

Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic, Partial Award, March 17, 2006:

<http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf>

Aguas del Tunari, S.A., (Claimant/Investor) v. Republic of Bolivia (Respondent/Contracting Party), ICSID Case No ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, October 21, 2005:

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?request-Type=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC629_En&caseId=C210

Konwencja ICSID:

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>

ENGLISH SUMMARY:

International Investment Arbitration

A growing number of international investment disputes and a growing importance of the arbitration centres where such disputes are resolved, a fast developing body of case law in this area, as well as the fact that it is not only legal practitioners and academics who are involved in investment arbitration, as the public at large and various civic organizations also take active interest, prompted the editors of the Lewiatan Arbitration E-Bulletin to launch a section on international investment arbitration.

International investment arbitration

One talks of “international investment arbitration” as it derives from a bilateral (or multilateral) international treaty on the protection and encouragement of investment, and the parties to the arbitration are an investor having nationality of one of the State-Parties to the BIT, and the other State-Party. The dispute is between a private party, an investor who has made an “investment” in the meaning of the treaty, and the State hosting the investment. The disputes centres around the treatment accorded by the State-Party to the investor and its investment, and seeks to establish whether the State breached the treaty guarantees of national, most-favoured nation or fair and equitable treatment, and if so, what compensation is due to the investor. Poland has been a party to several investment disputes, so have other states of Central Europe, and, while developing countries and those of emerging markets are frequent defendants, also investment-exporting States are parties to international investment disputes, especially after the entry into force of the NAFTA.

Why arbitration?

Diplomatic protection, the traditional instrument of international law that may be used by the national state of the investor to protect their property in another state, has its limitations, such as the requirement of prior exhaustion of local

remedies. The 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States depoliticized investment disputes. Arbitration before an international arbitration tribunal may be perceived by the investor as offering a neutral forum for the settlement of such disputes, and by the host states as a component of a favourable investment climate. "The vast majority of bilateral investment treaties, and nearly all the recent ones, provide for independent international arbitration of investor-state disputes, whether pursuant to the ICSID Convention, the ICSID Additional Facility, the UNCITRAL Arbitration Rules, or comparable arrangements, and such provisions are universally regarded – by opponents as well as by proponents – as essential to a regime of protection of foreign direct investment" (Gas Natural SDG, S.A. (Claimant) and The Argentine Republic (Respondent), Case No ARB/03/10, ICSID, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, June 17, 2005, 29). Poland is a party to over 60 Bilateral Investment Treaties. The most frequently designated arbitration procedure under Polish BITs is that under the UNCITRAL Arbitration Rules. Poland is not a party to the ICSID Convention.

Nationality of the investor

The nationality of the investor determines whether they are entitled to BIT protection and how potential disputes with the host State may be resolved. Acquisition and loss of nationality are questions of domestic law. Although not all BITs address this problem, dual nationals, i.e. those having the nationality of both State parties to a BIT seem to be excluded from such protection. A person who on certain dates (date of consent to arbitration or of registration of the dispute) also had the nationality of the State party to the dispute is not covered by the notion of a national under Article 25(2) of the ICSID Convention. The concept of effective nationality is sometimes used to clarify an investor's nationality. Polish BITs refer to several criteria for determination of the nationality of a legal person, including the place of incorporation, the seat, and the place of economic operations. Some of

the treaties extend the notion of a national of a Contracting Party to a corporation, regardless of its seat, controlled by that Party's investor. The decision by the State-Parties to employ a definition of a national based on the place of incorporation only, whereby an investor with no real link to the place of its incorporation would seek treaty protection, may lead to treaty shopping on the part of the investors, however, in its interpretation of the BIT a tribunal would not impose upon the Parties a definition of "investor" other than that which they themselves agreed, as clearly stated in the Saluka decision (Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic, Partial Award, March 17, 2006, 240-241).

There are a number of other issues in arbitration connected with the notion of the investor, such as whether the investor is "foreign" where its investment has its economic source in the host state and is only channeled through a corporation of the other State-Party to the BIT, or how changes in the corporate structure of the investor that happen after the investment is made impact the applicability of a given BIT. Where such questions arise in a concrete dispute, they must be resolved by reference to the BIT in question, and earlier case law may also be of some assistance. A good explanation of the role of the BIT provisions concerning the notion of the investor appears in *Aguas del Tunari, S.A., (Claimant/Investor) v. Republic of Bolivia (Respondent/Contracting Party)*, ICSID Case No ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, October 21, 2005, 332: "Although titled "bilateral" investment treaties, this case makes clear that which has been clear to negotiating States for some time, namely that through the definition of "national" or "investor", such treaties serve in many cases more broadly as portals through which investments are structured, organized and, most importantly, encouraged through the availability of a neutral forum".

Nowe europejskie ustawy arbitrażowe: Szkocja i Irlandia

Łucja Nowak

Kraje europejskie nie ustają w poprawianiu swojej atrakcyjności arbitrażowej (*arbitration friendliness*) w skali regionalnej i międzynarodowej. W 2010 r. dwie kolejne jurysdykcje – Szkocja i Irlandia - zreformowały swoje ustawodawstwa arbitrażowe. Obie nowe ustawy wzorują się na Ustawie Modelowej UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law* – Komisji ONZ ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego). Obie ustawy znajdują zastosowanie zarówno do arbitrażu krajowego jak i międzynarodowego.

Szkocka Ustawa Arbitrażowa z 2010 r. (*Arbitration (Scotland) Act 2010*) składa się z 37 sekcji oraz załącznika, w którym skodyfikowano regulamin arbitrażowy. Ustawa zawiera nowatorskie rozwiązania, które powstały po analizie uregulowań arbitrażowych w 30 innych jurysdykcjach. Przykładowo, ustawa wyraźnie przewiduje, że:

- arbitrem może być wyłącznie osoba fizyczna;
- organem nominacji zastępczej nie jest sąd, lecz instytucja (np. izba handlowa lub branżowa) wskazana przez strony albo w rozporządzeniu ministerialnym;
- strona sporu przed sądem cywilnym, który związany jest ze sporem arbitrażowym, może zwrócić się do sądu o utajnienie danych strony występującej w postępowaniu arbitrażowym;
- ujawnienie informacji dotyczących arbitrażu (w tym nt. związanego postępowania sądowego) stanowi naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy; obowiązkiem tym objęte są strony, arbitrzy oraz osoby trzecie;
- postępowanie sądowe w sprawie jurysdykcji trybunału oraz w sprawie uchylecia wyroku sądu arbitrażowego (w związku z kwestiami proceduralnymi albo materialnoprawnymi) jest jednoinstancyjne.

Łucja Nowak jest radcą prawnym, członkiem ICC Poland. Obecnie przebywa w Londynie, gdzie pisze doktorat z zakresu arbitrażu inwestycyjnego.

Szkocka Ustawa Arbitrażowa zawiera delegację do jej nowelizacji za pomocą rozporządzeń ministerialnych, w przypadku gdy zmieniona zostanie Ustawa Modelowa UNCITRAL bądź Konwencja Nowojorska z 1958 r. – pod warunkiem wcześniejszego przeprowadzenia konsultacji z zainteresowanymi środowiskami.

Według *Hew Dundasa* nowa ustawa, kierowana przede wszystkim do małych i średnich przedsiębiorców, pozwoli Szkocji konkurować na rynku arbitrażowym z Londynem. Przewiduje się, że koszty arbitrażu prowadzonego na jej postawie będą o ok. 60% niższe niż koszty arbitrażu w Londynie.⁵¹

Irlandzka Ustawa Arbitrażowa (*The Arbitration Act*) została uchwalona w marcu i wejdzie w życie w czerwcu 2010 r. Ustawa, inkorporując Ustawę Modelową UNCITRAL, wprowadza w Irlandii nowoczesne uregulowanie kwestii arbitrażowych, uchylając wiele przestarzałych przepisów. Przykładowo, zgodnie z poprzednim uregulowaniem arbitrzy mogli zwracać się do sądów powszechnych co do kwestii prawa, które pojawiają się w postępowaniu arbitrażowym (tzw. *case stated*). Obecnie ta szczególna kompetencja została zniesiona.

Irlandzka Ustawa Arbitrażowa stanowi, że sprawy konsumenckie o wartości przedmiotu sporu

⁵¹ Wypowiedź podczas *13th Annual Arbitration Review Act 1996*, który odbył się w Londynie 8 lutego 2010 r.

poniżej 5.000 euro nie mają zdolności arbitrażowej, chyba że konsument wyrazi zgodę na arbitraż po powstaniu sporu w indywidualnie wynegocjowanej umowie.

Podobnie jak ustawa szkocka, ustawa irlandzka przewiduje jednoinstancyjne postępowanie sądowe w przypadku przewidzianego ustawą „odwołania” od orzeczenia trybunału arbitrażowego. Funkcje sądu powszechnego przewidziane w ustawie skoncentrowane są w jednym sądzie wyższym (*High Court*) i będą wykonywane przez przewodniczącego sądu bądź sędziego wyznaczonego przez przewodniczącego.

Teksty ustaw:

Arbitration (Scotland) Act 2010

http://www.opsi.gov.uk/legislation/scotland/acts2010/asp_20100001_en_1

The Arbitration Act

(ustawa irlandzka – dokument dyskutowany na ostatnim szczeblu prac legislacyjnych)

<http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/bills/2008/3308/b33b08d.pdf>

ENGLISH SUMMARY:

New European Arbitration Acts: Scotland and Ireland

Scotland and Ireland joined the growing group of jurisdictions improving their attractiveness to arbitration on a regional and international level. Both of them have recently reformed their arbitration laws. Arbitration (Scotland) Act 2010 entered into force at the beginning of this year and the Irish Arbitration Act will enter into force in June 2010. Both acts are based on the UNCITRAL Model Law and apply to domestic as well as international arbitrations.

The Scottish Act, based on a research of 30 arbitration laws, includes many novel solutions. The Scots hope the arbitrations under the Act will be much cheaper than those conducted in England (especially London).

The Irish Act introduces a one-stop-shop for all arbitration-related state court proceedings. The President of the High Court, or a judge nominated by the President, performs all the functions of the High Court.

Sprawa Jukosu: Rosja jest związana Traktatem Karty Energetycznej

Łukasz Rozdeiczer, Mateusz Dubek

Rosja jest związana postanowieniami Traktatu Karty Energetycznej, mimo iż nigdy go nie ratyfikowała – postanowił trybunał arbitrażowy, w którego składzie zasiadają *L. Yves Fortier* jako arbiter przewodniczący oraz *Charles Poncet* i *Stephen M. Schwebel*. Rozstrzygnięcie zapadło w trzech wyrokach częściowych przesądzających o jurysdykcji Trybunału i przyjęciu do rozpoznania pozwów: *Hulley Enterprises Ltd*, *Yukos Universal Limited* oraz *Veteran Petroleum Limited* przeciwko Federacji Rosyjskiej. Suma roszczeń powodów zamyka się w rekordowej kwocie 100 miliardów dolarów. Sprawa Jukosu może mieć istotne znaczenie dla interpretacji innych umów międzynarodowych, w których występuje instytucja tymczasowego stosowania (ang. *provisional application*).

Postępowania w sprawie Jukosu są prowadzone pod auspicjami Stałego Trybunału Arbitrażowego w Hadze, na podstawie Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL z 1976 r. Siedzibą trybunału jest Haga. Wyroki zapadły pod koniec zeszłego roku, a ich treść została podana do publicznej wiadomości (bez zgody Rosji) przez pełnomocnika powodów – profesora *Emmanuela Gaillarda* w lutym 2010 r.

Traktat Karty Energetycznej (*Energy Charter Treaty*, ECT), będący podstawą żądania powodów, został podpisany w Lizbonie w październiku 1994 r., a wszedł w życie w kwietniu 1998 r. Zakresem Traktatu objęte jest popieranie i ochrona inwestycji zagranicznych dotyczących energetyki oraz rozwiązywanie sporów między inwestorami a państwem goszczącym. Do tej pory Traktat podpisały 53 podmioty, a ratyfikowało 48 stron (w tym Polska). Federacja Rosyjska podpisała Traktat 17 grudnia 1994 r., jednak do tej pory go nie ratyfikowała. W zeszłym roku Rosja ogłosiła, że nie ma zamiaru stać się stroną Traktatu.

Łukasz Rozdeiczer – starszy prawnik w dziale postępowań spornych kancelarii Clifford Chance; Adjunct Professor of Law, Georgetown University; Visiting Lecturer, School of International Arbitration, Queen Mary University of London.

Mateusz Dubek – młodszy prawnik w dziale postępowań spornych kancelarii Clifford Chance; zajmuje się głównie arbitrażem.

Wśród wielu pytań, z jakimi musiał się zmierzyć trybunał, było to, czy Rosja jest związana postanowieniami Traktatu. Kluczowym dla tej kwestii jest Artykuł 45 ust. 1 ECT, który stanowi iż „Każdy z sygnatariuszy wyraża zgodę na tymczasowe stosowanie niniejszego Traktatu w okresie jego wprowadzania w życie dla takiego sygnatariusza, zgodnie z artykułem 44, w takim stopniu, w jakim tymczasowe stosowanie nie będzie sprzeczne z konstytucją, ustawami lub przepisami tego sygnatariusza.”

Trybunał uznał, iż Rosja jest związana postanowieniami Traktatu na podstawie art. 45 ust. 1 ECT. Fakt, iż Rosja w dniu 20 sierpnia 2009 r. złożyła oświadczenie, iż nie zamierza stać się stroną Traktatu, ma skutek jedynie na przyszłość poczynawszy od dnia 18 października 2009 r. (60 dni od jego złożenia). Z tego powodu inwestycje energetyczne w Rosji przedsięwzięte po tej dacie nie podlegają ochronie. Jednakże inwestycje, które zostały poczynione przed 19 października 2009 r. są objęte ochroną traktatową, w tym postanowieniami dotyczącymi rozstrzygania sporów. Na mocy art. 45 ust. 3 ECT inwestycje te będą podlegać ochronie przez 20 lat od dnia, w którym Traktat przestał być skuteczny w stosunku do Rosji (do 18 października 2029 r.).

Profesor *Emmanuel Gaillard* z paryskiego biura kancelarii *Shearman & Sterling LLP* twierdzi, że zdecydował się na upublicznienie wyroków bez zgody Rosji, gdyż przejrzystość stała się zasadą międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego i coraz więcej wyroków jest upublicznianych. Jego

zdaniem wyroki w tej sprawie mają fundamentalną wartość i precedensowe znaczenie. Można się jednak zastanawiać, czy wśród motywów profesora *E. Gaillarda* nie znajdowała się także chęć nadania sprawie jeszcze większego rozgłosu. Jest to również istotne ze względu na losy byłego prezesa Jukosu – *Michaiła Chodorowskiego*, który obecnie odbywa karę 8 lat pozbawienia wolności.

Wyroki w sprawie Jukosu potwierdzają, że tymczasowe stosowanie (ang. *provisional application*) jest instytucją zapewniającą umowom międzynarodowym natychmiastowy i wiążący skutek jeszcze przed ich ratyfikacją (w zakresie w jakim nie jest to sprzeczne z ich porządkiem prawnym). Utrzymana zatem została linia orzecznicza zawarta w znanych i precedensowych sprawach: *Ioannis Kardassopoulos przeciwko Gruzji* oraz *Petrobart przeciwko Kirgistanowi*.

Dramatis personae:

Sprawy: *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 228

Trybunał Arbitrażowy: *L. Yves Fortier* (arbiter przewodniczący), *Charles Poncet* oraz *Stephen M. Schwebel*

Pełnomocnicy Powodów: *Emmanuel Gaillard*, *Yas Banifatemi* oraz *Philippe Pinsolle*, Shearman & Sterling w Paryżu

Pełnomocnicy Pozwanych: *Robert Greig* oraz *Claudia Annacker*, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP w Paryżu

Miejsce publikacji wyroków:
<http://ita.law.uvic.ca>

ENGLISH SUMMARY:

The Yukos case: Russia bound by Energy Charter Treaty

Although it had never ratified the Treaty, Russia is bound by its obligations under the Energy Charter Treaty (ECT) – an arbitral tribunal sitting in The Hague ruled in three cases brought by, respectively, Hulley Enterprises Ltd, Yukos Universal Limited and Veteran Petroleum Limited against the Russian Federation. The tribunal comprises *L. Yves Fortier* (as presiding arbitrator), *Charles Poncet* and *Stephen M. Schwebel*. The awards have been made public by Prof. *Emmanuel Gaillard* of Shearman & Sterling LLP in Paris, counsel for the claimants.

The basis for such a ruling is Article 45 ECT, which concerns its provisional application. The tribunal found that Russia, by its signing, had accepted the Treaty's provisional application. Russia's notice of 20 September 2009 that it chose not to become a party to the Treaty has only a future effect. Consequently, Russia was bound by the Treaty in whole until termination of the provisional application, on 19 October 2009. It follows that energy investments in Russia made prior to 19 October 2009 fall under the protection of the treaty, and continue to be protected for 20 years (until 19 October 2029) pursuant to Article 45(3) ECT. Energy investments made in Russia after 19 October 2009 do not enjoy the Treaty's protection.

The Yukos awards underline that provisional application gives international treaties an immediate and binding effect. They are in line with the awards made in the recent *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia* and *Petrobart v. Kyrgyzstan* cases.

Opracowanie: Dział postępowań spornych kancelarii Clifford Chance

Nieważność zapisu na sąd polubowny w zakresie sporów dotyczących prawa Unii Europejskiej: orzeczenie angielskiego *High Court* w sprawie *Accentuate v Asigra*

Justyna Szpara

Zapis na sąd polubowny, w zakresie w jakim poddaje pod rozstrzygnięcie przez sąd polubowny spory dotyczące bezwzględnie wiążących przepisów prawa Unii Europejskiej, jest nieważny. Tak stwierdził sędzia *Tugendhat* (angielski *High Court of Justice Queen's Bench Division*) w orzeczeniu z dnia 30 października 2009 r. w sprawie *Accentuate Limited v Asigra INC* ([2009] EWHC 2655 QB), co uczyniło z niego jedną z najczęściej cytowanych osób w trakcie seminarium *IBA Arbitration Day*, które odbyło się w dniu 5 marca 2010 r. w Londynie. W panelowych i kularowych dyskusjach otwarcie padało pytanie, czy orzeczenie to kładzie kres reputacji angielskich sądów jako przyjaznych arbitrażowi.

Powód, spółka z siedzibą w Wielkiej Brytanii (dalej jako „Dystrybutor”), zawarł z pozwanym, spółką kanadyjską, z siedzibą w Ontario (dalej określaną jako „Licencjodawca”), umowę, której przedmiotem była dystrybucja przez powoda oprogramowania komputerowego pozwanego na terytorium Wielkiej Brytanii. Umowa zawierała klauzulę wyboru prawa Ontario oraz prawa federalnego Kanady, a także zapis na arbitraż w Toronto.

Umowa została wypowiedziana przez Licencjodawcę. Po wypowiedzeniu umowy Dystrybutor poinformował Licencjodawcę, że zamierza dochodzić przeciwko niemu m.in. roszczeń o odszkodowanie w związku z bezpodstawnym wypowiedzeniem, na podstawie Rozporządzenia 17 zawartego w Rozporządzeniach o Przedstawicielach Handlowych z 1993 r. (*Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993*). Przepisy te implementowały w Wielkiej Brytanii Dyrektywę Rady 86/653/EEC w sprawie koordynacji ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek.

Zgodnie z Rozporządzeniem 19 (które powtarza uregulowanie art. 19 Dyrektywy), strony umowy nie mogą odstępować od przepisów Rozporządzenia 17 ze szkodą dla przedstawiciela handlowego przed wygaśnięciem umowy agencyjnej.

Autorka jest adwokatem, wspólnikiem w kancelarii Łaszczuk i Wspólnicy, arbitrem z listy arbitrów Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan.

Licencjodawca wystosował wezwanie na arbitraż. W miesiąc później Dystrybutor wystąpił jednak z pozwem do sądu państwowego w Wielkiej Brytanii. Na wniosek Licencjodawcy postępowanie zostało zawieszono, ze względu na zapis na sąd polubowny. To rozstrzygnięcie zostało zaskarżone przez Dystrybutora i właśnie ono stało się kanwą do wydania omawianego orzeczenia *High Court*.

W toczącym się w międzyczasie postępowaniu arbitrażowym Licencjodawca żądał ustalenia, że Dystrybutorowi nie przysługują żadne roszczenia związane z umową, na jakiegokolwiek podstawie. Dystrybutor powoływał się zaś na to, że nie jest możliwe umowne wyłączenie zastosowania Rozporządzenia 17, a także, że roszczenia oparte na Rozporządzeniu wykraczają poza zakres zapisu na sąd polubowny. Dystrybutor uczestniczył jednak w postępowaniu i alternatywnie żądał zasądzenia odszkodowania na podstawie Rozporządzenia. Sąd polubowny oddalił zarzut Dystrybutora, że roszczenia oparte na Rozporządzeniu 17 są poza zakresem zapisu, stwierdził, że Rozporządzenie nie ma zastosowania, gdyż strony wybrały prawo kanadyjskie, a także zasądził na rzecz Dystrybutora odszkodowanie w związku z naruszeniem umowy, jednak bez związku z Rozporządzeniem.

Wyrok arbitrażowy zasądzał co prawda od Licencjodawcy odszkodowanie, jednak co do istoty sporu, był na jego korzyść, gdyż stwierdzał, że Dystrybutorowi nie przysługują roszczenia na podstawie Rozporządzenia. Wyrok służył więc pozwanemu

jako obrona przeciwko powództwu Dystrybutora wytoczonemu w Wielkiej Brytanii.

W sporze przed sądem angielskim Licencjodawca podnosił, że zarzuty powoda prowadzą się do tego, że Trybunał Arbitrażowy nie zastosował prawa Unii Europejskiej i nie mają związku z ważnością zapisu na sąd polubowny. Wskazywał także, że Dystrybutor mógł podważyć wyrok arbitrażowy jedynie w trybie skargi o uchylenie w Kanadzie, a skoro z tego nie skorzystał, wyrok korzysta z powagi rzeczy osądzonej. Dystrybutor twierdził, że wyrok arbitrażowy jest sprzeczny z porządkiem publicznym i nie może być brany pod uwagę w sprawie. Argumentował także, że zapis na sąd polubowny zmierzający do poddania sprawy pod rozstrzygnięcie przy zastosowaniu prawa, które nie uwzględnia bezwzględnie wiążącego prawa Unii Europejskiej, jest nieważny.

Sąd przyznał rację powodowi. Stwierdził, że rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Ltd* (C-381/98) nakazuje sądowi wspólnotowemu przyznać skuteczność bezwzględnie wiążącym przepisom prawa Unii Europejskiej, bez względu na jakiekolwiek postanowienie umowne zmierzające do wyłączenia tej skuteczności. Sąd uznał, że zasada ta dotyczy także zapisu na sąd polubowny, który przewiduje miejsce arbitrażu poza Unią Europejską oraz poddanie sporu pod rozstrzygnięcie na podstawie prawa, które nie uwzględnia bezwzględnie wiążących przepisów prawa Unii Europejskiej. Dlatego, o ile umowa stron była umową agencyjną podlegającą Rozporządzeniu i Dyrektywie (co było sporne między stronami), zapis na sąd polubowny w zakresie w jakim poddaje pod arbitraż spory dotyczące bezwzględnie wiążących przepisów prawa Unii Europejskiej, jest nieważny i niewykonalny.

Jakkolwiek teza ta została sformułowana szeroko, wydaje się, że istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia miało powiązanie zapisu na sąd polubowny z klauzulą wyboru prawa państwa spoza Unii Europejskiej, a nadto wybór miejsca postępowania poza Unią Europejską. W takim przypadku do zastosowania prawa Unii Europejskiej nie mogło dojść ani na etapie postępowania arbitrażowego, ani na etapie postępowania ze skargi o uchylenie. W konsekwencji, niezależnie od tego, że wyrok arbitrażowy nie podlegałby uznaniu w Wielkiej Brytanii, gdyby przyjął skuteczność zapisu na sąd polubowny, Dys-

trybutor byłby pozbawiony forum do rozstrzygnięcia o jego prawach wynikających z Rozporządzenia.

ENGLISH SUMMARY:

Mandatory EU regulations invalidate arbitration clause where parties chose non-EU law: decision of *High Court in Accentuate v Asigra* case

According to a ruling by the English High Court, an arbitration clause in a commercial agreement will be void where the agreement also included a choice of substantive law of a non-EU member state but covered matters subject to mandatorily applicable EU regulations.

In *Accentuate Ltd v Asigra Inc* ([2009] EWHC 2655 QB), a Canadian software licensor had entered into a distributorship agreement with a UK distributor. The agreement contained a choice of Canadian law and an arbitration clause calling for arbitration in Toronto. In a fee dispute, the distributor sought to litigate before the English court but the licensor commenced arbitration in Canada. The distributor's claims included compensation as a commercial agent under Council Directive 86/653/EEC on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents.

The distributor participated under protest in the Canadian arbitration, where it was held that the parties had effectively chosen Canadian law. The licensor meanwhile successfully quashed service of process abroad in the English court case.

On appeal, the High Court of Justice, Queen's Bench Division, reversed and held that if the distributor qualified for protection as a commercial agent (a point in dispute), then the arbitration clause would be void because the choice of law in the distribution agreement purported to apply Canadian law in violation of the mandatory applicability of the Commercial Agents Directive.

The court extended the holding of the ECJ in *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Ltd* (Case No. C-381/98) [2000] (ECR I-9305).

Orzeczenie Szwajcarskiego Trybunału Federalnego w sprawie 4A_428/2009

Klaudia Frątczak

W wyroku z 26.10.2009 r. Szwajcarski Trybunał Federalny orzekł, że pomimo równoległego postępowania sądowego toczącego się w tej samej sprawie, sąd arbitrażowy zachowuje kompetencje do decydowania o swojej właściwości. Trybunał powinien w takim przypadku zważyć, czy pozwany nie zrzekł się zarzutu zapisu na sąd polubowny, wdając się w postępowaniu przed sądem państwowym w spór co do istoty sprawy.

Decyzja Trybunału dotyczyła sporu, który powstał między spółką „X” z siedzibą w Chinach a szwajcarską spółką „Y” na tle umowy najmu lokalu biurowego w Genewie. Jako prawo właściwe strony wskazały prawo szwajcarskie. Umowa zawierała klauzulę arbitrażową, na mocy której wszelkie powstające w związku z nią spory miały zostać rozstrzygnięte przez sąd arbitrażowy złożony z jednego arbitra, zgodnie ze Szwajcarskim Regulaminem Arbitrażu Międzynarodowego (*Swiss Rules of International Arbitration*).

15 grudnia 2008 r. najemca (X) wniósł powództwo do sądu państwowego ds. najmu w Genewie. Jednocześnie, złożył w sądzie arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczo-Przemysłowej w Genewie (*Chambre de commerce et d'industrie de Genève* (CCIG)) pozew – w tej samej sprawie – wskazując, że czyni to na wypadek, gdyby sąd państwowy w Genewie uznał się za niewłaściwy. Pozwany Y, w obu postępowaniach, wskazywał, że wobec ważnej klauzuli arbitrażowej spór powinien zostać rozstrzygnięty przez sąd polubowny.

Zgodnie z art. 7 szwajcarskiej ustawy prawo prywatne międzynarodowe (*Private International Law Act*, PILA), gdy istnieje ważna umowa o arbitraż szwajcarski sąd państwowy, przed który zostało wniesione powództwo, powinien uznać się za niewłaściwy w danej sprawie, chyba że (i) pozwany wda się w spór co do jej istoty, (ii) sąd uzna umowę o arbitraż za nieważną lub (iii) nie jest możliwe powołanie sądu arbitrażowego z przyczyn leżących po stronie pozwanego.

W dniu 30 kwietnia 2009 r. X poinformował sąd arbitrażowy, że cofa pozew. W dniu 8 maja 2009 r. Y oświadczył, że sprzeciwia się cofnięciu pozwu przez X i jednocześnie złożył powództwo wzajemne.

W maju 2009 r. strony podjęły próbę polubownego rozwiązania sporu w drodze mediacji sądowej. Mediacja zakończyła się niepowodzeniem. W protokole z dnia 14 maja 2009 r., podpisanym przez obie strony, znalazło się stwierdzenie, zgodnie z którym strony postanowiły „pozostawić sprawę do rozstrzygnięcia sądu państwowego do spraw najmu (...)”.

W dniu 6 lipca 2009 r. sąd arbitrażowy, działając na podstawie art. 186.1 *bis* PILA wydał wyrok częściowy w kwestii właściwości sądu arbitrażowego, stwierdzając, że pomimo toczącego się postępowania przed sądem państwowym sąd arbitrażowy jest władny orzec o swojej właściwości. Jednocześnie sąd arbitrażowy uznał się za właściwy do rozpoznania sporu, stwierdzając istnienie ważnej klauzuli arbitrażowej w umowie najmu.

We wrześniu 2009 r. X wystąpił ze skargą o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego, twierdząc, że sąd arbitrażowy nie był właściwy do orzekania w sprawie już zawistej przed sądem państwowym do spraw najmu. W skardze podnosił, że Y zrzekł się prawa do żądania rozstrzygnięcia sporu między stronami w drodze arbitrażu – poprzez wyrażenie zgody na poddanie sprawy pod rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji w Genewie do spraw najmu w protokole z mediacji z dnia 14 maja 2009 r.

Autorka jest prawniczką w Wierciński Kwieciński Baehr Sp.k.

Trybunał Federalny nie podzielił argumentacji X. Stwierdził, że oświadczenie stron w protokole sporządzonym na zakończenie mediacji nie może być interpretowane jako zrzeczenie się przez pozwanego Y prawa do żądania rozstrzygnięcia sporu przez sąd arbitrażowy. Inne działania podejmowane przez Y świadczą bowiem, że konsekwentnie podtrzymywał on swoje stanowisko co do braku właściwości sądu państwowego, m.in. wyraźnie sprzeciwiając się w swoim piśmie z dnia 8 maja 2009 r. ewentualnemu umorzeniu postępowania arbitrażowego. Trybunał przychylił się do stanowiska Y, który podnosił, że oświadczenie złożone po zakończeniu mediacji stanowiło jedynie uzgodnienie proceduralne stron (*accord de procedure*), mające na celu przyspieszenie rozstrzygnięcia przez sąd państwowy pierwszej instancji ds. najmu nie sprawy jako takiej, lecz jedynie kwestii jego właściwości.

W głosie opublikowanej w dniu 11 grudnia 2009 r. na łamach KluwerArbitrationBlog, *A. Johnson Wilcke* i *G. von Segesser* trafnie wskazują, że z omawianego orzeczenia wynika, że co prawda szwajcarski sąd arbitrażowy nie jest adresatem normy wyrażonej w Art. 7 PILA, ponieważ przepis ten dotyczy tamtejszych sądów państwowych, niemniej jednak w sposób pośredni, w celu stwierdzenia istnienia ważnego zapisu na sąd polubowny, sąd arbitrażowy musi zbadać, czy nie nastąpiło zrzeczenie się przez pozwanego prawa do wytaczania powództwa przed sądem polubownym, co mogłoby mieć miejsce zwłaszcza w przypadku wdania się przez niego w spór co do istoty sprawy przed sądem państwowym.

Należy zauważyć, że zgodnie z ustalonym orzecznictwem sądów szwajcarskich możliwe jest „zastąpienie” przez strony umowy o arbitraż inną umową procesową. Niemniej jednak, sądy szwajcarskie niejednokrotnie podkreślały, że wola dokonania takiej czynności nie może być domniemywana. W przypadku gdy zgodna wola stron nie wynika wprost z brzmienia ich oświadczeń woli, szwajcarskie sądy ustalają znaczenie ich oświadczeń stosując zasadę interpretacji w dobrej wierze („*principe de la confiance*”).

ENGLISH SUMMARY:

Swiss Federal Tribunal's decision of 26 October 2009 (4A_428/2009)

The Swiss Federal Tribunal in its award of 26 October 2009 (case no. 4A_428/2009) held that despite parallel state court proceedings being pending in the same case, the arbitral tribunal preserves its right to rule on its jurisdiction.

The tribunal observed that under the Swiss law applicable in the case, when the party's involvement in such national court proceedings consists solely of challenging the court's jurisdiction and said party does not become involved in the dispute as to the merits of the case, this party may not be deemed to have waived its right to pursue its claim in arbitration.

The Tribunal held that despite the agreement of the parties made during mediation to “*submit the case to the national court of lease (...)*”, where a party does not seek the resolution of the merits of the case before the state court and files objections as to its jurisdiction, such party preserves its right to arbitration.

Pursuant to Swiss jurisprudence, the parties to a dispute may replace their arbitration agreement with another procedural agreement. Nevertheless, the existence of such other procedural agreement is not presumed and unless the parties agree explicitly to such replacement, the Swiss courts are reluctant to give effect to such agreement.

In case of ambiguity, the Swiss court applies the principle of the interpretation of good faith (“*principe de la confiance*”) to find the true common intent of the parties.

17 marca 2010, Warszawa
Wybrane Problemy Arbitrażu – Forum Praktyków, Sąd Arbitrażowy przy KIG

27 marca – 1 kwietnia 2010, Wiedeń
Finał konkursu Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Competition, z udziałem 253 drużyn z 62 krajów, w tym 6 drużyn z Polski

22 kwietnia, Paryż
Seminarium ICC: Arbitraż w sprawach sportowych

26 kwietnia 2010, Warszawa
Konferencja pt. Roszczenia odszkodowawcze w sprawach budowlanych w praktyce arbitrażowej organizowana przez Sąd Arbitrażowy przy KIG w Warszawie przy współudziale kancelarii prawnej K&L Gates Jamka sp.k.

27 kwietnia 2010, Warszawa
Zgromadzenie Polskiego Stowarzyszenia Sądownictwa Polubownego

13 – 14 maja 2010, Warszawa
Międzynarodowa Konferencja "Dispute Resolution in M&A Transactions: Tactics, Challenges, Defences". Organizatorem konferencji jest Sąd Arbitrażowy przy PKPP Lewiatan. Partnerami są: ArbitralWomen, International Chamber of Commerce (ICC), ICC Polska, American Bar Association. Wśród zaproszonych panelistów i gości – wybitni specjaliści z tej dziedziny z Polski oraz ze świata. Konferencję honorowym patronatem objął Minister Spraw Zagranicznych Polski – Pan Radosław Sikorski. W radzie programowej zasiadają: prof. Louise Barrington, prof. Grzegorz Domański, Jason Fry, prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Bart Legum, mec. Piotr Nowaczyk, prof. Jerzy Rajski, dr Jolanta Samochowiec Matys, Audley Sheppard, prof. Stanisław Sołtysiński, prof. Andrzej Szumański oraz dr Gerhard Wegen.

23-26 maja 2010, Rio de Janeiro
2010 ICCA Congress, konferencja organizowana przez *International Council for Commercial Arbitration (ICCA)*.

- *I. Bantekas, The Proper Law of the Arbitration Clause: A Challenge to the Prevailing Orthodox, Journal of International Arbitration, Vol. 27, 2010, pp. 1-8.*
- *N. Beale, L. B. Nieuwveld, Summary Arbitration Proceedings: A Comparison Between the English and Dutch Regimes, Arbitration International Vol. 26, 2010, pp. 139-160.*
- *S. Chapman, Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith, Journal of International Arbitration, Vol. 27, 2010, pp. 89-98.*
- *P. Błaszczuk, Zdolność arbitrażowa sporów ze stosunku spółki handlowej – glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 7.05.2010 r. (III CZP 13/09), Glosa 2010, Nr 1, s. 22.*
- *A. Cudna-Wagner, E. Sękwicz, Z czym do sądu polubownego?, Rzeczpospolita, 29.01.2010 r.*
- *A. Cudna-Wagner, Nie każdy problem spółki może rozstrzygnąć sąd polubowny, Dziennik Gazeta Prawna, 9.02.2010 r.*
- *M. Jochemczak, Attorney-client privilege w międzynarodowym postępowaniu arbitrażowym, PPH 2010, Nr 3, s. 37-44.*
- *A. Kolo, Witness Intimidation, Tampering and Other Related Abuses of Process in Investment Arbitration: Possible Remedies Available to the Arbitral Tribunal, Arbitration International Vol. 26, 2010, pp. 87-102.*
- *P. Morton, Can a World Exist Where Expedited Arbitration Becomes the Default Procedure?, Arbitration International Vol. 26, 2010, pp. 115-138.*
- *T. W. Wälde, Procedural Challenges in Investment Arbitration under the Shadow of the Dual Role of the State: Asymmetries and Tribunals' Duty to Ensure, Pro-actively, the Equality of Arms, Arbitration International Vol. 26, 2010, pp. 43-85.*
- *A. Szumański, Sąd polubowny a ugoda sądowa – glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 7.05.2010 r. (III CZP 13/09), Glosa 2010, Nr 1, s. 14.*

Zob. pełną listę bieżących publikacji o tematyce arbitrażowej w jęz. polskim na stronie internetowej Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan

Wybór i opracowanie:
Zespół Postępowania Spornych K&L Gates

Lewiatan
SĄD ARBITRAŻOWY

