

e- Przegląd Arbitrażowy

e-Przegląd Arbitrażowy

Kolegium redakcyjne:

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

Redakcja i koordynacja:

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

Sekretarz Redakcji:

Agnieszka Różalska, arozalska@pkpplewiatan.pl .

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



W numerze 2(2)/2010:

EDYTORIAL	
& š Ć š é ! « ® j §	<u>4</u>
ANALIZY I OPINIE	
+ ñ é μ ³ ñ « ° Ò ñ « ³ š a ¥ š ñ ± ñ š Ÿ é « p œ Wojciech Sadowski	<u>5</u>
uwagi na kanwie sprawy Elektrimu	
SPRAWY LEWIATANA	
<i>Fast-track</i> œ ¶ μ ñ ¥ ñ š ® > ¥ ° ® š po polsku ¶ μ ñ - Andrzej W. + ¥ p a ¥ j ³ ñ § ¥	<u>21</u>
SPRAWY LEWIATANA	
" « ³ j ñ # p ³ ¥ š Ÿ œ ¶ j i a ¥ j ñ š § œ j ñ ° š œ Maria Hauser-Morel	<u>23</u>
a ¥ j ¶ š ñ i a « p œ ¥ ñ š ® > ¥ ° ® š ñ ! ¥ Ò Ÿ ñ (j ® © ¥ a ñ a š ñ ¶ £ é « ñ ¶ j i a ¥ j ñ « ñ ¶ œ ¶ Piotr Bytnerowicz	<u>27</u>
. © ¥ š a š ñ ° š ® μ Ć μ ñ « ñ é š ° ñ Ł . Izabela Kowalczuk	<u>30</u>
SPRAWY LEWIATANA	
" š Ÿ ± μ œ ¥ j ñ ñ ® š ³ š ñ Ÿ « ñ ° Ò ñ ± ñ Ÿ « ñ Ž š ° š ® ¶ μ a š ñ ! ¥ œ ¢ š é « ³ ñ § Sprawa ° ± ñ ° ® ¥ š a ñ ° ¥ ® ñ ¥ a j ñ ñ 2 ñ ñ é « ! š ® œ ¥ a ñ Ž š é Ÿ ± è ñ § ¥	<u>31</u>
SPRAWOZDANIA Z KONFERENCJI	
<i>Dispute Resolution in M&A Transactions</i> John E. Beerbower	<u>36</u>
Warszawa, 13-14 maja 2010 r.	
XX. Kongres ICCA, Rio de Janeiro, 23-26 maja 2010 r. Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz	<u>39</u>
SPRAWOZDANIA Z KONFERENCJI	
\$ ® « j j § ° ñ š « Ÿ j § ñ ± ñ Ÿ « > ® μ œ ¢ ñ ñ ® š Sylwester Pieckowski	<u>41</u>
polubownych	
" « ³ μ ñ ® j £ ± ñ š © ¥ a ñ Ł ñ ° ñ « ñ ñ « ñ ° Ò ñ Ž ñ š ± Ÿ ¥ š ñ / ® Æ ° œ ¶ š § Sprawa <i>Dallah Real Estate v Pakistan</i> ! ¥ œ ¢ š é ñ Ł « œ ¢ j © œ ¶ š §	<u>46</u>
<i>Protocol to Promote Efficiency in International Arbitration</i> ñ ° š a ¥ ñ é š ³ ñ ñ « é ° μ ñ ¥ § Jasiak	<u>48</u>
° ® > ¥ ° ® š ñ ñ ³ ñ ñ « ® ¶ j ñ ñ £ ® š a ¥ œ ¶ a μ ! ¥ § « Jasiak	<u>54</u>
ñ é « ³ j a ¥ Æ ñ š ñ ñ « ® ³ š œ j Æ Sprawa ñ ñ Æ œ j ñ ³ μ Ÿ š ® ¶ j a ¥ š ñ ¥ ñ ñ ± > ñ ¥ §	<u>56</u>

Ostatnie trzy miesiące obfitowały w wydarzenia, które już dziś można uznać za nie tylko istotne, lecz nawet historyczne dla rozwoju prawa i praktyki arbitrażowej w kraju i zagranicą.

Po ponad trzech dekadach Komisja Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL) przyjęła rewizję [Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL z 1976 r.](#), którego [nowy tekst](#) został już przyjęty i opublikowany. Regulamin UNCITRAL zyskał w tym czasie wyjątkowe znaczenie, pretendując do miana „kodeksu” arbitrażu *ad hoc* w szczególności międzynarodowego.

Trzykrotnie krócej, „zaledwie” od 1999 r., czekaliśmy na nowe [Reguły IBA dotyczące postępowania dowodowego w arbitrażu międzynarodowym](#). Nie bez powodu mówi się, że postępowanie dowodowe stanowi sedno niemal każdego postępowania spornego. Wobec ramowego charakteru regulacji normatywnych i regulaminowych w zakresie przeprowadzania dowodów w postępowaniach arbitrażowych, to Reguły IBA wyznaczają dziś coraz powszechnie standardy w tej dziedzinie.

Z perspektywy polskiej wydarzeniem o największym znaczeniu była niewątpliwie konferencja „[Dispute Resolution in M&A Transactions](#)”, która odbyła się w Warszawie w maju br. Przymiotnik „historyczny” jest w tym kontekście również w pełni zasłużony. Po raz pierwszy gościliśmy w Polsce tak ważną imprezę arbitrażową o prawdziwie międzynarodowym charakterze. Cieszą dochodzące z różnych stron opinie, że konferencja, której koncepcję opracowały Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz i Yulia Andreeva, zasługuje na zaliczenie do najciekawszych i najważniejszych imprez arbitrażowych – nie tylko w Polsce, ale też w skali międzynarodowej.

Skoro mowa o międzynarodowych wydarzeniach arbitrażowych, nie sposób nie wspomnieć o [kongresie ICCA, który odbył się w maju br. w Rio de Janeiro](#). To prawdopodobnie największa konferencja arbitrażowa w tym roku na świecie. Również z tej konferencji zamieszczamy sprawozdanie.

Piszemy o sprawach międzynarodowych, istotnych lub interesujących z krajowej perspektywy, a także o sprawach polskich, które mogą być interesujące dla zagranicznych czytelników. Przekonanie, że powinniśmy coraz aktywniej uczestniczyć w wymianie poglądów na tematy arbitrażowe na forum międzynarodowym, znajduje odzwierciedlenie w coraz liczniejszych tekstach publikowanych na łamach e-Przeglądu Arbitrażowego równoległe w wersjach polskiej i angielskiej.

Chcielibyśmy, aby e-Przegląd Arbitrażowy uczestniczył w tej wymianie. Zapraszamy w związku z tym do nadsyłania artykułów, opinii i komentarzy. W szczególności polecamy uwadze dwa nowe „kodeksy” wyrastające z praktyki arbitrażowej: [kodeks etyczny dla prawników praktykujących przed międzynarodowymi trybunałami arbitrażowymi](#) oraz [kodeks dobrych praktyk stałych sądów arbitrażowych](#). Czy takie „kodeksy” są nam w ogóle potrzebne? Jeżeli tak, co i jak należy w nich regulować? Być może z Państwa pomocą uda się nam spróbować odpowiedzieć na te i inne pytania w kolejnym 3. (jesiennym) numerze e-Przeglądu.

Ÿ ® · & š ¢ š é · ! « ® j § · š Ÿ ³ « § š °

+ - é μ 3 · - « - ° Ò - « 3 š a ¥ š · ± - š Ÿ é
 a š · - « - ° Ò - « 3 š a ¥ š · š ® > ¥ ¶ § ® š £ ® š

uwagi na kanwie sprawy Elektrimu

dr Wojciech Sadowski

Art. 142 oraz art. 147 Prawa upadłościowego i naprawczego, przewidujące utratę ważności umów arbitrażowych zawartych przez upadłego *ex lege* nie mają odpowiedników w prawie obcym. To charakterystyczne dla prawa polskiego rozwiązanie stało się przedmiotem interesujących rozstrzygnięć sądów angielskich, polskich oraz szwajcarskiego *Bundesgericht*. Były one związane z zagranicznymi postępowaniami arbitrażowymi dotyczącymi Elektrim S.A. w upadłości.

I. + - ° Ò -

Nie ma chyba wątpliwości, że prawo upadłościowe powinno określać skutki wszczęcia postępowania upadłościowego w odniesieniu do zapisów na sąd polubowny zawartych przez dłużnika oraz do postępowań arbitrażowych toczących się z jego udziałem. Polski ustawodawca zdecydował się w art. 142 oraz art. 147 [prawa upadłościowego i naprawczego](#) (dalej „**p.u.n.**”) na kategoryczne rozwiązanie tej kwestii, stanowiąc że: „Zapis na

Autor jest doktorem nauk prawnych, pracownikiem [Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk](#) oraz adwokatem współpracującym z kancelarią [K&L Gates Jamka Sp. k.](#)

¹ Aprobująco: A. Jakubecki, [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, § 389, Kraków 2003, s. 389; L. Błaszczak, M. Ludwik, Warszawa 2007, s. 127; A. Hrycaj, Warszawa 2008, s. 210. Aprobująco również: postanowienie SN z 23 września 2009 r. w sprawie I CSK 121/09 (Lex nr 527140). Krytycznie: T. Ereciński, K. Weitz, Warszawa 2008, s. 162; S. Gurgul, Warszawa 2004, s. 439 i 472; R. Morek, Warszawa 2006, s. 166; krytyczna ocena regulacji również w: red. A. Witosz, Warszawa 2007, s. 220;

nadmierny rygorizm przyjętych rozwiązań prawnych, nieuzasadnioną i nieproporcjonalną ingerencją ustawodawcy w sferę uprawnień i zobowiązań stron wynikających z umowy o arbitraż, a także potencjalnie negatywne skutki, jakie mogą wyniknąć dla upadłego i masy upadłości z niemożności kontynuowania postępowań arbitrażowych.² Rozwiązanie to jest oceniane krytycznie również przez środowisko arbitrażowe, zarówno w Polsce, jak i zagranicą.

Stosowanie art. 142 lub art. 147 [p.u.n.](#) nie budzi istotnych wątpliwości w sytuacji, gdy zarówno postępowanie arbitrażowe, jak i postępowanie upadłościowe toczą się w Polsce, w stosunku do podmiotu, którego statut personalny również określa prawo polskie. Zarówno w przypadku upadłości układowej, jak i likwidacyjnej, z mocy prawa następuje utrata mocy przez zapis na sąd polubowny dokonany przez upadłego oraz konieczność umorzenia toczących się postępowań bez względu na to, czy upadłość dotyczy powoda czy pozwanego.³ Dodatkowo, w ostatnim czasie wydane zostały co najmniej dwa orzeczenia Sądu Najwyższego,

² Szerzej zob. W. Sadowski, *op.cit.*, s. 153 i n.

³ Zgodnie z dominującym poglądem, umorzenie postępowania przed sądem polubownym nie następuje z mocy prawa w dniu ogłoszenia upadłości, lecz wymaga dodatkowego rozstrzygnięcia ze strony sądu polubownego: A. Jakubecki, *op.cit.*, s. 390; A. Hrycaj, *op.cit.*, s. 211; S. Gurgul, *op.cit.*, s. 473.

przez Sąd Okręgowy w Warszawie, ale następnie częściowo uwzględnione przez Sąd Apelacyjny w Warszawie.⁹

Niezależnie od wspomnianych postępowań toczących się w Anglii, równoległe toczyło się, na podstawie zapisu na sąd polubowny znajdującego się w ugodzie zawartej przez Elektrim, postępowanie arbitrażowe w Genewie przed trybunałem arbitrażowym działającym według [Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej \(ICC\)](#). Po ogłoszeniu upadłości likwidacyjnej Elektrim S.A. trybunał arbitrażowy ICC uznał, że Elektrim utracił zdolność do bycia stroną postępowania arbitrażowego i stwierdził brak jurysdykcji w odniesieniu do tego podmiotu. Rozstrzygnięcie to zatwierdził szwajcarski *Bundesgericht* oddalając skargę o uchylenie tego wyroku arbitrażowego.¹⁰

Niewątpliwa sprzeczność rozstrzygnięć (co do rezultatu), pomiędzy sądami polubownymi i państwowymi w Anglii oraz w Szwajcarii uzasadnia szczegółową analizę obu podejść, a także ocenę na tym tle rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego w Warszawie. Sprawa ta odbiła się szerokim echem w międzynarodowej literaturze przedmiotu.¹¹

II. § « Ÿ j ; | p œ ¥ j ; ' š a £ ¥ j ; " - § ¥ j

W postępowaniu przed trybunałem arbitrażowym LCIA, jak również następnie w postępowaniu przed sądami angielskim, nie budziło wątpliwości, że postępowanie arbitrażowe

prowadzone z udziałem Elektrimu w Anglii podlegało prawu angielskiemu jako *legi loci arbitri*. Prawo angielskie nie przewiduje jednak, analogicznego do art. 142 [p.u.n.](#), skutku ogłoszenia upadłości w postaci konieczności umorzenia postępowania arbitrażowego, ani utraty mocy przez zapis na sąd polubowny dokonany przez upadłego. Zastosowanie art. 142 p.u.n. mogłoby zatem nastąpić wyłącznie w wyniku uprzedniego zastosowania przez trybunał arbitrażowy normy kolizyjnej, która wskazywałaby na konieczność zastosowania przepisu polskiej ustawy. W postępowaniu angielskim nie budziło wątpliwości, że rozstrzygnięcie tego problemu musiało nastąpić na podstawie norm kolizyjnych określonych w [Rozporządzeniu Rady nr 1346/2000 z 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego](#) (dalej „& « ¶ - « ® ¶ Å Ÿ ¶ j a ¥ j ; | p œ ¥ j »)¹². Rozporządzenie to, w ramach swojego zakresu zastosowania, określa bowiem jednolite normy kolizyjne zastępujące - w zakresie ich stosowania - wewnętrzne przepisy prawa prywatnego międzynarodowego,¹³ m.in. w odniesieniu do umów zawartych przez dłużnika i toczących się z jego udziałem postępowań. Strony zgodne były również co do tego, że zapis na sąd polubowny zawarty w Trzeciej Umowie Inwestycyjnej z 3 września 2001 r. podlegał prawu angielskiemu (prawu miejsca postępowania arbitrażowego), pomimo że pozostałe postanowienia tej umowy podlegały prawu polskiemu.¹⁴

W postępowaniu przed *High Courts* syndyk masy upadłościowej Elektrim wskazywał na dwie alternatywne podstawy zastosowania art. 142

⁹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26 listopada 2009 r., sygn. I Acz 1883/09, niepubl.

¹⁰ Wyrok z 31 marca 2009 r. w sprawie *Vivendi S.A. et al. v. Elektrim S.A et al.*, sygn. 4A_428/2008, tekst opublikowany na stronie www.bger.ch.

¹¹ Zob. np. D. Foster, S. Walsh, *The Effect of Insolvency on Arbitration Proceedings* Global Arbitration Review – The European & Middle East Arbitration Review 2009, tekst opublikowany na stronie www.globalarbitration.com; J. Barratt, D. Foster, *European Law and International Arbitration*, Global Arbitration Review – The European & Middle East Arbitration Review 2010, tekst opublikowany na stronie www.globalarbitration.com; J. Sutcliffe, J. Rogers, *Effect of Party Insolvency on Arbitration Proceedings: Pause for Thought in Testing Time* EDM 2010, nr 2.

¹² Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 160 z 30 czerwca 2000 r. s. 1; polskie wydanie specjalne Rozdział 19, Tom 1, s. 191.

¹³ Zob. pkt 23 Preambuły Rozporządzenia Upadłościowego.

¹⁴ Pkt 2 wyroku High Court. Należy wskazać, że konstrukcja w myśl której zapis na sąd polubowny stanowi umowę odrębną od umowy głównej i może podlegać innemu prawu materialnemu niż umowa główna, jest powszechnie akceptowana i nie budzi wątpliwości. Zob. np. A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* wyd. 4, Londyn 2004, s. 124 i n.; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op.cit.*, s. 130 i n.; T. Ereciński, K. Weitz, *op.cit.*, s. 90 i n.

p.u.n. do postępowania arbitrażowego prowadzonego w Anglii. Z jednej strony wnosił o uznanie postępowania przed sądem polubownym za 'pending lawsuit' (ang. *current contract*) w rozumieniu art. 4 ust. 2 lit. f) [Rozporządzenia Upadłościowego](#). Z drugiej strony syndyk wskazywał, że zapis na sąd polubowny należy traktować jako 'niewykonaną umowę dłużnika' (ang. *current contract*) w rozumieniu art. 4 ust. 2 lit. e) [Rozporządzenia Upadłościowego](#). W każdym z tych przypadków należałoby zastosować, zgodnie z art. 4 ust. 1 oraz art. 4 ust. 2 [Rozporządzenia Upadłościowego](#), prawo polskie jako prawo wszczęcia postępowania upadłościowego (*lex concursus*)

W wyroku z 2 października 2008 r. *High Court* nie podzielił żadnego z powyższych argumentów. Sąd angielski wskazał, że wyrażona w art. 4 ust. 1 [Rozporządzenia Upadłościowego](#) zasada, zgodnie z którą dla postępowania upadłościowego i jego skutków właściwe jest prawo Państwa Członkowskiego, w którym zostaje wszczęte postępowanie, ma charakter ogólny, od której przepisy [Rozporządzenia Upadłościowego](#) przewidują szereg wyjątków. Jeden z tych wyjątków wprowadza art. 15 [Rozporządzenia Upadłościowego](#), zgodnie z którym: „+ - é μ 3 - « - ° Ò - « 3 š a ¥ š ± - š Ÿ é « p æ ¥ « 3 - « - ° Ò - « 3 š a ¥ j · Ÿ « ° μ æ ¶ Å æ j - 3 æ x « Ÿ ¶ Å æ j £ « 3 · - š é š Ÿ © š - « - « 3 ± · š š ë - ° 3 š · ¶ é « a š « 3 - š Ÿ i £ « - Å Ÿ · ° ® , ¥ ° ® š « 3 μ » Sąd angielski uznał, że zwrot 'toczące się postępowania' jest wystarczająco szeroki, aby objąć nie tylko postępowania prowadzone przed sądami państwowymi, ale również przed sądami polubownymi. We wszystkich państwach członkowskich postępowania arbitrażowe są równorzędne z postępowaniami przed sądami państwowymi i nie ma powodu, aby wyłączyć je z zakresu zastosowania art. 15 [Rozporządzenia](#). Sąd dokonał wykładni porównawczej wszystkich wersji językowych art. 15 [Rozporządzenia](#) i doszedł do wniosku, że za wyjątkiem łotewskiej i fińskiej wersji językowej, które wyraźnie wskazują na postępowania sądowe, pozostałe wersje językowe umożliwiają zastosowanie art. 15

[Rozporządzenia](#) również do postępowań arbitrażowych. Stanowisko swoje sąd angielski poparł odwołaniami do międzynarodowej literatury przedmiotu¹⁵. Stwierdził, że wprowadzenie w art. 15 [Rozporządzenia](#) zasady *lex fori processus* jako wyjątku od wyrażonej w art. 4 ust. 1 [Rozporządzenia](#) zasady *lex fori concursus* jest uzasadnione występowaniem bliskiego łącznika pomiędzy prawem państwa, w którym toczy się postępowanie, a tym postępowaniem¹⁶. Ponadto uzyskanie wyroku arbitrażowego przez indywidualnego wierzyciela masy nie narusza zasady kolektywności postępowania upadłościowego, albowiem wykonanie wyroku arbitrażowego i tak musi nastąpić w ramach postępowania upadłościowego.¹⁷ W konsekwencji *High Court* uznał, że postępowanie arbitrażowe prowa-

¹⁵ Sąd angielski wskazał następujące publikacje: M. Virgós i F. Garcimartín, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice* Kluwer 2004; A. Burgstaller, *Internationales Zivilverfahrensrecht* LexisNexis 2003; G. Giorgini, *Arbitrage et droit europeen des faillites*; A. Konecny, G. Schubert, *Kommentar zu den Insolvenzgesetzen*, Wien 2007.

¹⁶ Zob. pkt 34 wyroku. Sąd angielski wskazał również na uzasadnione oczekiwania stron, że postępowanie arbitrażowe, prowadzone zgodnie z zapisem na sąd polubowny, zostanie doprowadzone do końca, zwłaszcza jeżeli jest zaawansowane i wiąże się dla stron z istotnymi kosztami. W literaturze wskazuje się, że te uzasadnione oczekiwania są szczególnie uzasadnione, gdy strony umowy międzynarodowej decydują się na postępowanie arbitrażowe w państwie trzecim, traktowanym przez nie jako neutralne. W takim przypadku oczekują, że postępowanie podlegać będzie prawu tego państwa trzeciego. Zob. G. Naegeli, *Bankruptcy and Arbitration What Should Prevail? The Impact of Bankruptcy on Pending Arbitral Proceedings* Austrian Yearbook on International Arbitration 2010, s. 193 i n. Z drugiej strony słusznie wskazuje się w doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego, że racjonalne oczekiwania stron transakcji prywatnoprawnej nie są jedyną wartością zasługującą na ochronę ze strony systemu prawnego - zob. M. Mataczyński, *§ 177 - μ 3 μ © ± - ¶ š | Å æ j 3 · - « š 3 ¥ j - « μ 3 š ° a μ ©* Kraków 2005, s. 108 i cytowane przez niego § 187 (b) *Restatement (Second)* oraz wyrok *US District Court for the Southern District of New York*, 18 marca 1976 r. w sprawie *Southern International Sales Co.* 410 F.Supp. 1339 (1976) U.S. Distr.).

¹⁷ Konstatacja ta stanowi w systemach prawnych wielu państw uzasadnienie dla dopuszczalności kontynuowania postępowań arbitrażowych z udziałem dłużnika, pomimo jego upadłości.

dzone przeciwko Elektrim S.A. mieściło się w zakresie pojęcia 'toczące się postępowania' w rozumieniu art. 15 [Rozporządzenia Upadłościowego](#), a zatem nie miał do niego zastosowania art. 4 ust. 2 lit. f) Rozporządzenia, który zresztą wyraźnie wyłącza „toczące się postępowania” ze swojego zakresu zastosowania.

Odnosząc się natomiast do argumentu syndyka masy upadłości Elektrim dotyczącego konieczności uwzględnienia art. 4 ust. 2 lit. e) Rozporządzenia Upadłościowego i uznania zapisu na sąd polubowny za 'umowę niewykonaną' *High Court* uznał, że przyjęcie wykładni proponowanej przez syndyka prowadziłoby do całkowitego pozbawienia znaczenia art. 15 Rozporządzenia Upadłościowego w zakresie postępowań arbitrażowych. Zastosowanie art. 4 ust. 2 lit. e) Rozporządzenia Upadłościowego w tym przypadku prowadziłoby bowiem do konieczności zastosowania art. 142 [p.u.n.](#), a zatem do stwierdzenia utraty mocy przez zapis na sąd polubowny. Powstanie tego skutku czyniłoby zbędnym, a nawet bezprzedmiotowym, stosowanie normy kolizyjnej określonej w art. 15 Rozporządzenia Upadłościowego. *Obiter dicta* sąd angielski stwierdził jednak, że w odniesieniu do postępowań nierozpoczętych zapis na sąd polubowny zawarty w Trzeciej Umowie Inwestycyjnej utracił moc wskutek zastosowania art. 142 p.u.n.

W wyroku z 9 lipca 2009 r. *Court of Appeal* oddalił apelację syndyka masy upadłości i Elektrimu. W postępowaniu apelacyjnym Elektrim przyznał, że art. 15 Rozporządzenia Upadłościowego miał zastosowanie do postępowań arbitrażowych (a w konsekwencji wpływ ogłoszenia upadłości Elektrimu na toczące się postępowanie podlegał prawu angielskiemu), jednakże utrzymywał, że skutki upadłości w odniesieniu do zapisu na sąd polubowny, jako 'umowy niewykonanej' w sensie art. 4 ust. 2 lit. (e) Rozporządzenia Upadłościowego, powinny podlegać prawu polskiemu. *Court of Appeal* stanowiska tego nie podzielił, stwierdzając, że jedynym przepisem Rozporządzenia mającym zastosowanie do toczących się postępowań, włączając w to postępowania arbitrażowe, jest art. 15 Rozporządzenia.

III. § « Ÿ j ; | p œ ¥ j ; ' - ¶ ³ § | œ š ® - § ¥

W toku postępowania toczonego się przed trybunałem arbitrażowym w Genewie Elektrim S.A. poinformował trybunał arbitrażowy o prawomocnym ogłoszeniu upadłości oraz o skutkach wynikających z [p.u.n.](#) Sąd arbitrażowy uznał, że przepis ten znajduje zastosowanie do wszystkich postępowań arbitrażowych, również mających miejsce poza Polską i umorzył postępowanie arbitrażowe względem Elektrimu (względem pozostałych podmiotów postępowanie to było kontynuowane). Sąd arbitrażowy uznał, że celem polskiej regulacji jest wyłączenie dopuszczalności prowadzenia postępowania arbitrażowego przeciwko upadłemu. Wprawdzie przepisy polskiego prawa upadłościowego nie mogą wywierać skutku w zakresie postępowania przed sądem państwowym lub polubownym w Szwajcarii, jednakże mogą one określać wpływ postępowania arbitrażowego na polskie podmioty biorące udział w takim postępowaniu. Sąd arbitrażowy uznał, że norma kolizyjna zawarta w art. 154 [szwajcarskiej ustawy prawo prywatne międzynarodowe \(IPRG\)](#) nakazuje badać statut personalny stron zgodnie z prawem państwa pochodzenia. W konsekwencji zaś doszedł do wniosku, że na podstawie art. 142 [p.u.n.](#) Elektrim S.A. utracił zdolność do bycia stroną (- ± > | j œ ° ¥ ² j ; ') œ α ¥ š - © powołaniu arbitrażowym.

Szwajcarski *Bundesgericht* w wyroku z 31 marca 2009 r. stwierdził, że skargę o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego należy rozpatrywać w granicach podstawy zawartej w art. 190 ust. 2 lit. B) [IPRG](#), zgodnie z którym wyrok sądu polubownego można zaskarżyć na podstawie błędnego rozstrzygnięcia o istnieniu lub nieistnieniu jurysdykcji. Następnie *Bundesgericht* odwołał się do art. 177 IPRG dotyczącego zdolności podmiotowej w postępowaniu arbitrażowym i stwierdził, że zgodnie z ust. 2 tego przepisu jedynie państwa, państwowe osoby prawne oraz organizacje pozostające pod kontrolą państwa nie mogą powoływać się skutecznie na regulacje zawarte w prawie tego państwa, aby wyłączyć dopuszczalność prowadzenia przeciwko nim postępowania arbitrażowego. *Bundesgericht* stwierdził, że w ustawie

szwajcarskiej brak jest przepisu, który taką zasadę rozciągałby również na inne podmioty, (argument *a contrario* art. 177 ust. 2 IPRG). Dlatego też problem należało rozwiązać na gruncie ogólnych reguł kolizyjnych. *Bundesgericht* odwołał się do art. 154 oraz 155 IPRG i uznał, że problem zdolności Elektrimu do brania udziału w postępowaniu arbitrażowym powinien zostać określony zgodnie z prawem określającym statut osobowy Elektrimu, tzn. prawem polskim. *Bundesgericht* uznał, że problem zdolności do brania udziału w postępowaniu arbitrażowym należy rozpatrywać w kontekście zdolności prawnej (§ 13 Abs. 2 Nr 1 ZGB). *Bundesgericht* stwierdził, że sąd arbitrażowy oparł swoje rozstrzygnięcia na poglądach przedstawicieli nauki polskiego prawa (niecytowanych jednak w treści wyroku) i uznał, że zgodnie z prawem polskim Elektrim utracił zdolność do bycia stroną postępowania arbitrażowego. Skarga została oddalona.

IV. \$ « Ÿ j | | p œ ¥ j ' - « " - § ¥ j

Rozstrzygając o wniosku o uznanie w Polsce wyroku wstępnego wydanego przez trybunał arbitrażowy LCIA w Londynie, jak również o stwierdzenie wykonalności wyroku końcowego wydanego przez ten sam trybunał, Sąd Okręgowy w Warszawie oba wnioski oddalił¹⁸, uznając, że przepis art. 142 p.u.n. jest przepisem wymuszającym swoje zastosowanie, a w konsekwencji uznanie wyroku trybunału arbitrażowego byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym Rzeczypospolitej Polskiej. W dwóch identycznych postanowieniach z 16 listopada 2009 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie zmienił te rozstrzygnięcia i częściowo uznał oraz częściowo stwierdził wykonalność obu orzeczeń.

Za punkt wyjścia przyjął Sąd Apelacyjny konstatację, że kwestia uznania i stwierdzenia wykonalności wyroków trybunału arbitrażowego w Londynie podlega postanowieniom konwencji [o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych](#)¹⁹ (dalej

„konwencja nowojorska”), która wyłącza zastosowanie prawa polskiego w zakresie tzw. materialnych warunków uznania.

Sąd Apelacyjny odciął się następnie od poglądu Sądu Okręgowego, że art. 142 p.u.n. jest przepisem wymuszającym swoje zastosowanie. Sąd Apelacyjny wskazał, że kategoria przepisów wymuszających swoje zastosowanie nie ma charakteru normatywnego, tym niemniej jest rozpoznawana przez orzecznictwo oraz doktrynę. Jest również kategorią występującą m.in. w art. 7 [konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych](#), a także [rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 864/2007 z 11 lipca 2007 r. dotyczącego prawa właściwego dla zobowiązań pozauumownych](#)²⁰ oraz [rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 593/2008 z 17 czerwca 2008 r. dotyczącego prawa właściwego dla zobowiązań umownych](#).²¹ Sąd Apelacyjny wskazał następnie, że w orzecznictwie sądów zagranicznych na kanwie art. 7 konwencji rzymskiej można stwierdzić istnienie generalnego wymagania, aby przepis mający być przepisem wymuszającym swe zastosowanie służył nie tylko ochronie i wyrównaniu interesów stron umowy, czyli interesom indywidualnym, ale oprócz tego, żeby miał na celu publiczne interesy ogółu²². Nie mogą być więc uznane za przepisy wymuszające swe zastosowanie przepisy chroniące publiczne interesy ogółu najwyżej pośrednio. Sąd Apelacyjny odwołał się również do definicji przepisów wymuszających swoje zastosowanie zawartej w art. 9 ust. 1 [Rozporządzenia Rzym I](#)²³ i stwierdził, że w jego ocenie definicja ta (mimo, że formalnie nie znajduje ona

²⁰ Tzw. Rozporządzenie Rzym II, Dz. Urz. EU L 199 z 31 lipca 2007, s. 40.

²¹ Tzw. Rozporządzenia Rzym I, Dz. Urz. UE L 177 z 4 lipca 2008, s. 6.

²² Tak cytowany przez Sąd Apelacyjny wyrok BGH z 9 lipca 2009 r., X ZR 19/08.

²³ Zgodnie z tym przepisem: „§ 1. Właściwość dla zobowiązań umownych jest wyznaczona przez prawo państwa, którego strony umowy są mieszkańcami w chwili zawarcia umowy (...).”

¹⁸ Postanowienie z 20 sierpnia 2009 r., VIII Co 388/08.

¹⁹ Zawarta 10 czerwca 1958 r. Dz.U. 1962, nr 9, poz. 41.

zastosowania w sprawie), najpełniej odzwierciedla istotę tej kategorii norm. Oceniając treść oraz cel art. 142 [p.u.n.](#) w świetle tak sformułowanego wzorca, mając na względzie argumentację stron a także rządowe uzasadnienie do projektu [p.u.n.](#), doszedł Sąd Apelacyjny do wniosku, że przepis ten nie chroni interesu publicznego Rzeczypospolitej Polskiej, lecz jedynie interesy wierzycieli masy upadłości, których nie można utożsamiać z interesem publicznym.

Sąd Apelacyjny uznał również, że postępowanie arbitrażowe w Anglii nie mogło zostać umorzona ze względu na zastosowanie art. 15 [Rozporządzenia Upadłościowego](#). Wskazał na niekonsekwencję Sądu Okręgowego w zakresie, w jakim założył on konieczność uznania przez angielski trybunał arbitrażowy skutków upadłości w Polsce, a jednocześnie opowiedział się za wyłączeniem zastosowania art. 15 [Rozporządzenia Upadłościowego](#). Zdaniem Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy błędnie wykluczył możliwość zastosowania art. 15 [Rozporządzenia Upadłościowego](#) odwołując się do suwerenności jurysdykcyjnej państw jako przedmiotu ochrony ww. przepisu. Mimo że Sąd Okręgowy nie sprecyzował, jakiego rodzaju suwerenność jurysdykcyjną miał na myśli, jego stanowisko zostało uznane za błędne. Sąd Apelacyjny oparł się na motywie nr 24 preambuły [Rozporządzenia Upadłościowego](#) wskazując, że przepis jego art. 15 chronić ma zaufanie oraz pewność obrotu. Sąd Apelacyjny uzasadnił dalej swój pogląd odwołaniem się do raportu * *¥ @-Schmit* stanowiącego raport wyjaśniający do projektu konwencji w sprawie postępowania upadłościowego, na której wzorowane było [Rozporządzenie Upadłościowe](#)²⁴.

W ocenie Sądu Apelacyjnego konieczność ochrony zaufania oraz pewności obrotu w państwach członkowskich innych niż państwo wszczęcia postępowania upadłościowego nakazuje stosowanie art. 15 [Rozporządzenia Upadłościowego](#) również do postępowań przed sądami polubownymi. W ocenie Sądu Apelacyjnego konieczność dokonywania oceny wpływu upadłości na postępowanie przed

sądem polubownym na gruncie tego rozporządzenia potwierdził [ETS w orzeczeniu z 17 marca 2005 r. w sprawie C-294/02 Komisja Europejska przeciwko AVI Semiconductor Belgium BVBA i in²⁵](#).

Sąd Apelacyjny wskazał następnie, że problem dopuszczalności kontynuowania postępowania arbitrażowego w świetle prawa angielskiego był przedmiotem analizy i rozstrzygnięcia ze strony angielskich sądów. Uznał następnie, że z mocy art. 1138 [k.p.c.](#) wyroki te korzystają z mocy dokumentów urzędowych, a zatem w sposób autorytatywny stwierdzają, że zgodnie z prawem angielskim kontynuowanie postępowania arbitrażowego było dopuszczalne. Sąd polski nie jest władny tych ustaleń podważać.

Sąd Apelacyjny nie znalazł również podstaw do odmowy uznania wyroku trybunału arbitrażowego na tej podstawie, że zapis na sąd polubowny utracił moc. Sąd Apelacyjny skrytykował Sąd Okręgowy za pogląd, że prawem właściwym do oceny zapisu na sąd polubowny było prawo polskie (jako prawo właściwe dla umowy) i uznał, że dokonanie w umowie głównej wyboru prawa właściwego nie oznacza, że wybór ten ma zastosowanie również do zawartego w tej umowie zapisu na sąd polubowny. W ocenie Sądu Apelacyjnego dokonanie w umowie głównej wyboru prawa stwarza jedynie domniemanie faktyczne o charakterze wzruszalnym, że zamiarem stron było objęcie dokonany wybór prawa właściwego również zapisu na sąd polubowny. W ocenie Sądu Apelacyjnego przy ustalaniu prawa właściwego dla zapisu na sąd polubowny należy wziąć pod uwagę nie tylko treść umowy, w której zapis na sąd polubowny został ujęty, ale także zamiar stron i cel umowy. Nie bez znaczenia jest również postępowanie stron w trakcie postępowania arbitrażowego. Sąd Apelacyjny uznał, że w postępowaniu przed trybunałem arbitrażowym, a także przed sądami angielskimi żadna ze stron nie kwestionowała tego, że prawem właściwym dla zapisu na sąd

²⁵ Opubl. Zb. Urz. 2005, s. I-2175. Wskazać jednak należy, że rozstrzygnięcie to zapadło w innym kontekście i sąd jedynie pośrednio może być przydatne dla rozstrzygnięcia problemu rozważanego w niniejszym artykule.

²⁴ Dokument Rady Unii Europejskiej nr 6500/96.

polubowny jest prawo angielskie. Nadto, w ocenie Sądu Apelacyjnego, zastosowanie art. V ust. 1 lit. a) [konwencji nowojorskiej](#) prowadzi do wniosku, że prawem właściwym do oceny zapisu na sąd polubowny jest prawo państwa, w którym orzeczenie zostało wydane, a zatem prawo angielskie.

Sąd Apelacyjny odrzucił również możliwość zastosowania art. 4 ust. 2 lit. f) Rozporządzenia Upadłościowego uznając, że zapis na sąd polubowny nie może być traktowany jako 'umowa niewykonana' na potrzeby tego przepisu od momentu wszczęcia postępowania arbitrażowego.

Sąd Apelacyjny odrzucił również możliwość odmowy uznania wyroku trybunału arbitrażowego w Polsce ze względu na utratę przez Elektrim zdolności do bycia stroną postępowania arbitrażowego w Polsce. Sąd uznał, że art. V ust. 1 lit. b) [Konwencji Nowojorskiej](#) odwołuje się do zdatości arbitrażowej w sensie przedmiotowym i nie stanowi podstawy do odmowy uznania wyroku ze względu na zmiany w sferze podmiotowej strony postępowania. Nadto zaś los postępowania arbitrażowego prowadzonego w Anglii podlega, zgodnie z art. 15 [Rozporządzenia Upadłościowego](#), prawu angielskiemu.

V. Komentarz

Omówione w poprzednich częściach artykułu orzeczenia wskazują na istnienie dwóch odrębnych problemów: **(i)** w jakim zakresie art. 142 p.u.n. i art. 147 p.u.n. mogą być zastosowane do postępowań arbitrażowych poza Polską?, oraz **(ii)** czy zagraniczny wyrok arbitrażowy wydany pomimo niezastosowania przez sąd polubowny art. 142 p.u.n. lub art. 147 p.u.n. może być uznany/wykonany w Polsce?

V.1. ! « " ¥ ³ « p Ā · ¶ š art. «142 i š a
art. 147 p.u.n Ÿ « ' - « - ° Ò - « ³ -š ë
 « ³ µ œ ¢ ' - « ¶ š ' \$ « " - § Ā

Z zasady suwerenności wynika, że możliwość ekstraterytorialnego zastosowania prawa polskiego wymaga zgody obcego suwerena wyrażonej w określonej formie. W zakresie sporów prywatnoprawnych problematykę stosowania prawa obcego normują przede wszystkim normy prawa kolizyjnego. Przedstawione w poprzednich częściach artykułu orzeczenia wskazują, że wpływ art. 142 p.u.n. oraz art. 147 p.u.n. na zagraniczne postępowanie arbitrażowe można rozpatrywać w kontekście: **(i)** prawa właściwego dla zapisu na sąd polubowny, **(ii)** prawa właściwego dla oceny zdolności sądowej stron postępowania arbitrażowego, oraz **(iii)** prawa właściwego dla postępowania arbitrażowego. Pierwszy i trzeci z wymienionych aspektów były eksponowane w postępowaniu przed sądami angielskimi, zaś drugi aspekt odegrał decydującą rolę w postępowaniu szwajcarskim.

V.1.1. Prawo właściwe dla zapisu na sąd polubowny

Jeżeli zapis na sąd polubowny podlega prawu polskiemu (zarówno wskutek wyboru prawa polskiego przez strony jako prawa właściwego dla zapisu na sąd polubowny, jak i w wyniku zastosowania norm kolizyjnych), pojawia się skłonność do zastosowania art. 142 p.u.n. oraz art. 147 p.u.n. – przynajmniej w zakresie skutku polegającego na utracie mocy przez zapis na sąd polubowny. *Prima facie* wydaje się naturalne, że przepisy art. 142 p.u.n. oraz art. 147 p.u.n. stanowią w takim przypadku element prawa właściwego dla materialnoprawnych aspektów zapisu na sąd polubowny i jako takie muszą być wzięte pod uwagę. Rozumowanie to stanowi jednakże istotne uproszczenie i pomija istotne aspekty złożonego stanu prawnego.

Po pierwsze, w odniesieniu do toczących się za granicą postępowań, istnienie podstaw do zastosowania art. 142 p.u.n. lub art. 147 p.u.n. w odniesieniu do utraty mocy przez zapis na sąd polubowny, nie uzasadnia zastosowania drugiej

części dyspozycji art. 142 p.u.n. oraz art. 147 p.u.n. odnoszących się do konieczności umorzenia toczących się postępowań arbitrażowych. W tym zakresie bowiem przepisy te statuują normę o charakterze procesowym, która nie mieści się w ramach *legi causa*. Skutek procesowy utraty mocy przez zapis na sąd polubowny powinien być zatem określony zgodnie z prawem, któremu podlega zagraniczne postępowanie arbitrażowe. Co do zasady będzie to *lex loci arbitrati*. Tym samym, jeżeli do zagranicznych postępowań arbitrażowych przepisy art. 142 p.u.n. oraz art. 147 p.u.n. miałyby zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do utraty mocy przez zapis na sąd polubowny, ale już nie w odniesieniu do obowiązku umorzenia postępowań, oznaczałoby to rozszczenie dyspozycji tych przepisów na normę przewidującą utratę zapisu na sąd polubowny i odrębną normę przewidującą konieczność umorzenia toczących się postępowań. Nie wydaje się to jednak ani możliwe, ani zgodne z intencją polskiego ustawodawcy.

Należy podkreślić, że z chwilą wszczęcia postępowania arbitrażowego, zapis na sąd polubowny wywołuje nie tylko skutek materialnoprawny, lecz przede wszystkim szeroką gamę skutków procesowych – od wyłączenia dopuszczalności drogi przed sądem państwowym do ustalenia języka postępowania arbitrażowego. Oddzielenie elementów materialnoprawnych i procesowych zapisu na sąd polubowny po wszczęciu postępowania nie wydaje się możliwe. Trudności te są zresztą konsekwencją złożonej natury zapisu na sąd polubowny.

W postanowieniu z 23 września 2009 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że: „\$ « - ® § 3 a § 3 µ S i Ö ¶ µ § « 3 š š ® ° - ± a « ® © š ° µ 3 a j £ « š a ¥ j Ÿ 3 ¥ i traktowane samoistnie i Ÿ ® Ö > a ¥ j - ® ¶ j ¶ ± ° š 3 « Ÿ š 3 œ Ö 3 ° - « - ® ¶ j Ÿ ¶ « a µ - ® ¶ j œ ¥ a § ¥ j © j 3 µ ° Ö - ± | Å œ j - « a ¥ © « Ÿ ® Ö > a j « Ÿ ¶ Ÿ š a ¥ š - « - ® ¶ j œ ¥ 3 a ¥ j - - ñ | a ¥ § ° i a « £ ¥ œ ¶ a j Å ® µ ¥ « ® ¶ œ ¶ a Wykładnia przyjęta przez Sąd Najwyższy sprzeciwia się

zatem rozbijaniu art. 142 p.u.n. na dwie niezależne od siebie normy prawne. Co więcej, w orzeczeniu tym Sąd Najwyższy zaakcentował proceduralny charakter art. 142 p.u.n. podkreślając umiejscowienie tego przepisu w dziale V Tytułu III Części I p.u.n. „+ - é µ 3 ' « £ é « - ¶ j a ¥ š - « - ° Ö - « 3 š a ¥ š - Å Ÿ « ”:26; ¶ š)

Trudności te nie występują jednak w odniesieniu do zapisów na sąd polubowny w odniesieniu do przyszłych postępowań arbitrażowych. W takim przypadku zastosowanie art. 142 p.u.n. lub art. 147 p.u.n. nie budzi wątpliwości.

Odnosząc powyższe uwagi do postępowań prowadzonych z udziałem Elektrimu przed sądami w Anglii oraz Szwajcarii należy stwierdzić, że w postępowaniu przed trybunałem arbitrażowym w Genewie problem utraty mocy przez zapis na sąd polubowny pod wpływem ogłoszenia upadłości Elektrimu nie był prawdopodobnie poruszany. Na uwagę zasługuje jednak fragment uzasadnienia wyroku *Bundesgericht* w którym wskazuje on, że trybunał arbitrażowy zgodził się z argumentem, że wspomniany skutek art. 142 p.u.n. nie ma charakteru ekstraterytorialnego i nie występuje w Szwajcarii. Należy również odnotować fakt, że trybunał arbitrażowy stwierdził brak swojej jurysdykcji wobec Elektrimu z przyczyn odmiennych od utraty mocy przez zapis na sąd polubowny. Natomiast w odniesieniu do pozostałych stron ugody, w której zawarty był zapis na sąd polubowny, trybunał arbitrażowy zarezerwował sprawę do rozstrzygnięcia w późniejszym terminie. Oznacza to *implicitę* że ogłoszenie upadłości Elektrimu nie spowodowało wygaśnięcia zapisu na sąd polubowny względem wszystkich stron ugody, będących stronami postępowania arbitrażowego przed trybunałem ICC w Genewie. W postępowaniu przed trybunałem arbitrażowym ICA, a następnie w postępowaniu przed

26 Należy mieć jednak na względzie, że wydając cytowane postanowienie Sąd Najwyższy rozstrzygał całkowicie odmienny problem, a mianowicie zastosowania art. 142 p.u.n. w zakresie umorzenia postępowania do postępowania ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego w sytuacji, w której upadłość została ogłoszona po wydaniu wyroku przez sąd polubowny, lecz przed prawomocnym rozstrzygnięciem skargi.

sądami angielskimi strony zgodnie zaś twierdziły, że prawem właściwym dla zapisu na sąd polubowny było prawo angielskie, a nie prawo polskie. Z tego punktu widzenia odwołanie się przez Elektrim w postępowaniu przed sądami angielskimi do przepisów [Rozporządzenia Upadłościowego](#) było uzasadnione. Normy kolizyjne zawarte w tym rozporządzeniu mają bowiem pierwszeństwo przed normami kolizyjnymi nie tylko wynikającymi z prawa krajowego, lecz również innych aktów prawa wspólnotowego, w szczególności [Rozporządzenia Rzym I](#).²⁷ W tym zakresie Elektrim wskazywał, że zapis na sąd polubowny stanowi ‘umowę niewykonaną’ w rozumieniu art. 4 ust. 2 lit. e) Rozporządzenia Upadłościowego. Argument ten został, jak wiadomo, odrzucony przez sądy angielskie obu instancji, jak również przez Sąd Apelacyjny w Warszawie. Co ciekawe, każdy z tych sądów w inny sposób uzasadnił swoje rozstrzygnięcie. Dla *High Court* argumentem decydującym o niemożności uznania zapisu na sąd polubowny za ‘umowę niewykonaną’ w rozumieniu art. 4 ust. 2 lit. e) Rozporządzenia Upadłościowego był fakt, że rozstrzygnięcie takie skutkowałoby bezprzedmiotowością art. 15 Rozporządzenia Upadłościowego w odniesieniu do postępowań arbitrażowych. Sąd ten nie odniósł się do podniesionej przez strony kwestii, czy art. 4 ust. 2 lit. e) Rozporządzenia Upadłościowego ma zastosowanie tylko do umów prawa materialnego czy także do umów procesowych. Angielski *Court of Appeal* stwierdził natomiast, że jedynym przepisem Rozporządzenia Upadłościowego mającym zastosowanie w sprawie jest art. 15. Z kolei polski Sąd Apelacyjny oparł się na wykładni językowej art. 4 ust. 2 lit. e) Rozporządzenia Upadłościowego stwierdzając, że od chwili wszczęcia postępowania upadłościowego zapis na sąd polubowny nie może być traktowany za ‘umowę niewykonaną’.

²⁷ Tak [raport * ¥ @-Schmitt](#), pkt 90 *in fine*. Należy jednak wskazać, że zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. e) Rozporządzenia Rzym I, problematyka prawa właściwego dla zapisu na sąd polubowny i umowy o właściwość sądu została wyłączona z zakresu jego zastosowania (analogicznie jak na gruncie konwencji o prawie właściwym dla zobowiązań umownych z 1980 r.).

Każdy z tych trzech argumentów wymaga pewnego komentarza.

Sąd Apelacyjny w Warszawie niewątpliwie ma rację twierząc, że w toku postępowania arbitrażowego zapis na sąd polubowny nie może być traktowany jako ‘umowa niewykonana’, przynajmniej w rozumieniu art. 471 [k.c.](#) Pewne wątpliwości budzi natomiast fakt, że stosując art. 4 ust. 2 lit. e) Rozporządzenia Upadłościowego Sąd Apelacyjny dokonał wykładni językowej opierając się jedynie na polskiej wersji językowej tego aktu prawnego. Tymczasem porównanie różnych wersji językowych tego aktu prawnego prowadzi do wniosku, że użyty w art. 4 ust. 2 lit. e) Rozporządzenia Upadłościowego zwrot, oznaczający w języku polskim ‘umowę niewykonaną’, może mieć co najmniej trzy znaczenia. W wersji francuskiej (*contrats en cours*) oraz włoskiej (*contratti in corso*)²⁸ pojęcie to oznacza umowy będące przedmiotem realizacji. W podobny sposób można rozumieć angielskie *current contracts* oraz niemieckie *laufende * j ® °*.²⁹ Użyty w wersji polskiej zwrot ‘umowa niewykonana’ może być rozumiany również jako odnoszący się do umów, do wykonywania których strony (lub jedna z nich) jeszcze nie przystąpiły. Najszerze, a jednocześnie zupełnie odmienne rozumienie tego pojęcia wynika z hiszpańskiej (*contratos en curso*)³⁰ oraz słowackiej wersji językowej (*biežící smlouvy*).³¹ Obie te wersje językowe odwołują się do wszystkich obowiązujących dłużnika umów, bez względu na stopień zaawansowania ich realizacji. Znaczenie to, jak się wydaje, najlepiej odpowiada celom art. 4 Rozporządzenia Upadłościowego. Należy również pamiętać, że zgodnie z założeniami Rozporządzenia, wyrażonymi w szczególności w art. 4 ust. 1 zasadą jest zastosowanie *lex concursus* do określenia skutków upadłości w sferze majątkowej dłużnika, natomiast wszystkie odstępstwa od tej zasady mają charakter wyjątków, podlegających wykładni zważającej.

Tym niemniej należy pamiętać, że problematyka zapisu na sąd polubowny pozostaje zasadniczo poza zakresem uregulowania wspólnotowej kolizjonistyki. Kwestia prawa właściwego do umów o jurysdykcję i zapisu na sąd polubowny

została wyłączona z zakresu zastosowania zarówno [konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych](#), jak i [Rozporządzenia Rzym I](#). Analizując przyczyny wyłączenia problematyki zapisu na sąd polubowny z zakresu zastosowania [Rozporządzenia Rzym I](#), odwołać się należy do [raportu Giuliano Lagarde dotyczącego konwencji o prawie właściwym dla zobowiązań umownych](#).²⁸ Raport wskazał, że w toku prac na konwencją delegacja brytyjska proponowała objęcie zapisu na sąd polubowny zakresem zastosowania konwencji wskazując, że w odniesieniu do aspektów kontraktowych zapis na sąd polubowny nie różni się od innych aspektów umów. Delegacje niemiecka i francuska wskazywały natomiast m.in., że w odniesieniu do zapisu na sąd polubowny aspekty materialnoprawne i proceduralne są trudne do oddzielenia, że do zapisu na sąd polubowny nie jest możliwe zastosowanie łącznika najbliższego związku, a także że ze względu na nieuregulowanie w konwencji aspektów proceduralnych jedynym aspektem zapisu na sąd polubowny podlegającym zastosowaniu konwencji byłby konsens stron. Ze względu na stopień skomplikowania materii oraz znaczną rozbieżność proponowanych rozwiązań przyjęto koncepcję wyłączenia tej kwestii do uregulowania w drodze odrębnego aneksu, co *nota bene* do dnia dzisiejszego nie nastąpiło.

Dlatego też trudno byłoby znaleźć uzasadnienie dla stwierdzenia, że bez wyraźnego wskazania w treści art. 4 ust. 2 lit. e) [Rozporządzenia Upadłościowego](#) wspólnotowy prawodawca objął tym przepisem również problematykę zapisu na sąd polubowny, poddając aspekty materialnoprawne zapisu na sąd polubowny uregulowaniu *lex concursus* zaś aspekty proceduralne – *legi fori* (*legi loci arbitri*) zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 15 Rozporządzenia Upadłościowego. Można jedynie zgodzić się ze stwierdzeniem angielskiego *Court of Appeal* na gruncie Rozporządzenia Upadłościowego przepis art. 15 stanowi jedyną normę kolizyjną

²⁸ Raport Giuliano Lagarde dotyczący konwencji o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, Dz. Urz. WE nr C 282 z 31/10/1980 s. 11-12.

mającą zastosowanie do określenia skutków wszczęcia postępowania upadłościowego na toczące się w innych państwach postępowania sądowe oraz arbitrażowe.²⁹ Nie budzi wątpliwości, że wpływ ogłoszenia upadłości w Polsce na postępowanie arbitrażowe toczące się w Anglii podlega wyłącznie prawu angielskiemu.

Kwestia ta nie rozwiązuje oczywiście problemu, czy prawo angielskie dopuszcza kontynuowanie postępowania arbitrażowego w sytuacji, gdy zapis na sąd polubowny utracił moc. Jeżeli jednak utrata mocy zapisu na sąd polubowny ma być skutkiem wszczęcia postępowania upadłościowego w innym państwie członkowskim, to kwestia ta, zgodnie z treścią art. 15 Rozporządzenia Upadłościowego, powinna zostać rozstrzygnięta zgodnie z prawem państwa, w którym toczy się postępowanie arbitrażowe. W przepisie tym bowiem mowa jest o wpływie postępowania upadłościowego na inne postępowania. W zakresie postępowania przed sądami polubownymi wpływ ten nie może obejmować kwestii związanych z istnieniem i obowiązywaniem zapisu na sąd polubowny.³⁰ Należy również odnotować również argument angielskiego *High Court* zgodnie z którym o niemożności uznania zapisu na sąd polubowny za umowę nienazwaną w rozumieniu art. 4 ust. 2 lit. e) Rozporządzenia Upadłościowego miałyby przesądzać ewentualna bezprzedmiotowość art. 15 Rozporządzenia Upadłościowego.

²⁹ Zgodnie z pkt 142 [Raportu Virgós-Schmit](#), „wpływ postępowania upadłościowego na inne postępowania prawne dotyczące –
– € Ö · \$ é \$ Ÿ · © s · μ · - « Ÿ · j E) § qj S A³ · ¥ \$ j j · Ä · œ
- ¥ Ö · \$ s · é · ° 3 s · 3 · § ° ñ · © μ · - « - ° Ö ·
- © « œ j · - « 3 j · ° j E « · - § è · ° 3 s · « \$ · © j
- « Ÿ · j E s · ¶ § 3 ¥ j · - ¶ j · a ¥ ± · ° 3 · j s § ¥ j
œ ¶ μ · a ¥ j ¶ j · Ö Ÿ · a j · - Ä · j s § ¥ j s « · ° 3 ¥ j
œ j · ± · ± 3 ¶ ¶ E · u · d · a · t · y · ¶ · u · b · o · g · r · a · n · i · c · z · e · n · i · a · p · r · a · w · a
Ÿ · μ · - « · a · « · 3 · § · a · ¥ · s · « · © · s · ¶ · ¶ · s · © · ¶ · Ä · Ÿ · ± · © · s
3 · - · ° · Ä · - · ¥ · j · a · ¥ · j · · · · ¥ · S · 3 · ¥ · Ÿ · s – Cytowana przez
Court of Appeal publikacja M. Virgós i F. Garcimartina wyraźnie stwierdza, że w art. 15 Rozporządzenia Upadłościowego chodziło o zapobieżenie sytuacji stosowania różnych ustawodawstw w odniesieniu do toczących się postępowań i poddanie toczących się postępowań sądowych jednemu prawu. Pogląd ten stanowił jeden z motywów rozstrzygnięcia *Court of Appeal*
³⁰ Tak wprost wyrok *Court of Appeal* pkt 33.



W tym miejscu należy odnieść się do poglądu prezentowanego przez Elektrim w postępowaniu przed sądami polskimi, wskazującego na konieczność uwzględnienia art. 142 oraz art. 147 p.u.n. jako przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Sąd Apelacyjny w Warszawie argument ten odrzucił wskazując, że w jego ocenie charakter art. 142 oraz art. 147 p.u.n. nie uzasadnia stanowiska, aby były to przepisy realizujący interes publiczny Rzeczypospolitej Polskiej. Argumentacja Sądu Apelacyjnego w tym zakresie, pomimo trafności rozstrzygnięcia, wymaga pewnego uzupełnienia. Niewątpliwie należy zgodzić się z Sądem Apelacyjnym w Warszawie, że przy ocenie, czy przepis art. 142 p.u.n. ma charakter wymuszający swoje zastosowanie, należy zbadać, czy przepis ten chroni interes publiczny.³¹ Być może jest kwestią sporną, czy przepisy art. 142 p.u.n. chronią interes publiczny, czy tylko prywatny interes wierzycieli, jest to jednak kwestia mająca dla rozstrzygnięcia problemu znaczenie drugorzędne.

Należy bowiem stwierdzić, że kategoria przepisów wymuszających swoje zastosowanie to instytucja prawa kolizyjnego określająca przepisy o podwójnie imperatywnym charakterze, których zastosowanie nie może być wyłączone ani w ramach danego systemu prawnego (stanowią przepisy bezwzględnie obowiązujące), ani w stosunkach zobowiązaniowych o charakterze międzynarodowym (mają one zastosowanie bez względu na prawo właściwe dla danego stosunku zobowiązaniowego).³² Przepisy wymuszające swoje zastosowanie wyróżnia zatem charakterystyczny mechanizm działania (konieczność zastosowania bez względu na reguły prawa kolizyjnego określające prawo właściwe dla danego stosunku)³³, będący pochodną znaczenia tych

przepisów dla ochrony podstawowych wartości danego ustroju politycznego i społecznego. Co więcej, należy podkreślić, że przepisy wymuszające swoje zastosowanie mają zawsze charakter materialnoprawny, a nie procesowy.

Mechanizm aplikacji przepisów wymuszających swoje zastosowanie pochodzących od ustawodawcy krajowego, doznaje jednak daleko idących ograniczeń w kontekście prawa Unii Europejskiej. Należy podkreślić, że w zakresie swojego uregulowania [Rozporządzenie Upadłościowe](#) tworzy zupełny system jednolitych norm kolizyjnych, zastępujących normy kolizyjne wynikające z prawa krajowego. Ze względu na zasadę pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej przed prawem krajowym³⁴ nie jest możliwa sytuacja, w której przepis prawa krajowego (*in casu* art. 142 p.u.n.) zmodyfikowałby wynik zastosowania norm kolizyjnych określonych w Rozporządzeniu Upadłościowym. Zasada ta jest od wielu lat ugruntowana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.³⁵ W odniesieniu do przepisów wymuszających swoje zastosowanie zasadę tę wyraźnie potwierdził Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Arblade* stwierdzając: „³⁶ *prze-*

³¹ K. Grzybczyk, *Umowa licencyjna*, Oficyna 2010, wydanie elektroniczne w systemie Lex.

³² Zob. M. Mataczyński, *op.cit.*, s. 44.

³³ Zasadę tę wyraża również art. 9 ust. 1 Rozporządzenia Rzym I wskazując, że chodzi o przepisy, które znajdują zastosowanie do stanów faktycznych objętych ich zakresem bez względu na to, jakie prawo jest właściwe dla umowy zgodnie z niniejszym rozporządzeniem.

³⁴ Zob. m.in. D. Miąsik, *Przebieg procesu*, s. 106 i n. ³⁵ Zob. m.in. wyroki Trybunału Sprawiedliwości UE z 15 lipca 1964 r. w sprawie 6/64 *Costa v. ENEL* Rec. 1964, s. 1141; z 9 marca 1978 r. w sprawie 106/77 *Simmenthal* Rec. 1978, s. I-629; z 18 września 2003 r. w sprawie C-416/00 *Morellato* Rec. 2003, s. I-9343; z 1 marca 2005 r. w sprawie C-281/02 *Owusu i in.* Zb. Orz. 2005, s. 1383; z 10 lutego 2009 r. w sprawie C-185/07 *Allianz i in. v. West Tankers* Zb. Orz. 2009, s. I-663.

³⁵ Zob. m.in. wyroki Trybunału Sprawiedliwości UE z 15 lipca 1964 r. w sprawie 6/64 *Costa v. ENEL* Rec. 1964, s. 1141; z 9 marca 1978 r. w sprawie 106/77 *Simmenthal* Rec. 1978, s. I-629; z 18 września 2003 r. w sprawie C-416/00 *Morellato* Rec. 2003, s. I-9343; z 1 marca 2005 r. w sprawie C-281/02 *Owusu i in.* Zb. Orz. 2005, s. 1383; z 10 lutego 2009 r. w sprawie C-185/07 *Allianz i in. v. West Tankers* Zb. Orz. 2009, s. I-663.

względem wspólnotowy, a zarazem wyjątkowy charakter norm kolizyjnych w zakresie zastosowania nie mógł zostać zmieniony w wyniku przepisów prawa polskiego. W wyniku przepisów prawa polskiego. W ocenie szwajcarskiego *Bundesgericht* skutków art. 142 p.u.n. należało rozstrzygnąć w kontekście zdolności Elektrim S.A. do udziału w dalszym postępowaniu arbitrażowym. Argumentację szwajcarskiego sądu należy uznać za w pełni prawidłową w zakresie, w jakim odnosi się ona do norm kolizyjnych prawa szwajcarskiego, w wyniku czego *Bundesgericht* doszedł do wniosku, że zdolność sądową Elektrim S.A. należy określić zgodnie z jego statutem personalnym, a zatem zgodnie z prawem polskim. Błędne wydaje się natomiast rozstrzygnięcie sądu szwajcarskiego w zakresie, w jakim uznał on że z art. 142 p.u.n. wynika brak zdolności podmiotowej Elektrim S.A. do udziału w dalszym postępowaniu arbitrażowym.

publiczneg³⁶ Wynika stąd nadzwyczaj jasno, że polskie przepisy wymuszające swoje zastosowanie mogłyby wpłynąć na stosowanie [Rozporządzenia Upadłościowego](#) jedynie w przypadku, gdyby prawo wspólnotowe zawierało wyraźną klauzulę derogacyjną.

Tymczasem wymaga podkreślenia, że Rozporządzenie Upadłościowe, odmiennie niż [Rozporządzenie Rzym I](#), nie zna kategorii przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Należy bowiem stwierdzić, że to przepisy Rozporządzenia Upadłościowego, zwłaszcza art. 4 ust. 1, stanowią zbiór norm o charakterze wyjątkowym, znajdujących pierwszeństwo przed normalnymi regułami kolizyjnymi.³⁷ Jeżeli zatem – jak orzekły sądy angielskie – zastosowanie norm kolizyjnych zawartych w Rozporządzeniu Upadłościowym nie doprowadziło do wskazania prawa polskiego jako prawa właściwego, to ze

³⁶ Wyrok z 23 listopada 1999 r. w sprawach połączonych C-369/96 i C-376/96 *Arblade i Lelouy*, Rec. 1999, I-8453, pkt 30-31; por. M. Mataczyński, *op.cit.*, s. 80. *Nota bene* w doktrynie podkreśla się, że definicja przepisów wymuszających swoje zastosowanie, recypowana przez ustawodawcę wspólnotowego do art. 9 ust. 1 Rozporządzenia Rzym I – na której Sąd Apelacyjny w Warszawie oparł swoje rozstrzygnięcie – była wzorowana właśnie na cytowanym punkcie wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Arblade*, zob. J. Gołaczyński, *+* *-* *ñ* *é* *-* *®* *š* *œ* *š* *-* *À* *ÿ* *«* *³* *š* *³* *handlowych w Unii Europejskiej*, Oficyna 2007, wydanie elektroniczne w systemie Lex; K. Grzybczyk, *op. cit.*

³⁷ Zob. [Raport * ¥ ®-Schmitz](#), pkt 90 *in fine* oraz pkt 91. Nie budzi wątpliwości, że przepisy zawarte w aktach prawa wspólnotowego mogą wymuszać swoje zastosowanie, M. Mataczyński, *op.cit.*, s. 86 i n., i cytowana tam literatura, por. wyrok TS z 9 listopada 2000 r. w sprawie *Ingmar*, Rec. 2000, I-9305.

W ocenie szwajcarskiego *Bundesgericht* skutków art. 142 p.u.n. należało rozstrzygnąć w kontekście zdolności Elektrim S.A. do udziału w dalszym postępowaniu arbitrażowym. Argumentację szwajcarskiego sądu należy uznać za w pełni prawidłową w zakresie, w jakim odnosi się ona do norm kolizyjnych prawa szwajcarskiego, w wyniku czego *Bundesgericht* doszedł do wniosku, że zdolność sądową Elektrim S.A. należy określić zgodnie z jego statutem personalnym, a zatem zgodnie z prawem polskim. Błędne wydaje się natomiast rozstrzygnięcie sądu szwajcarskiego w zakresie, w jakim uznał on że z art. 142 p.u.n. wynika brak zdolności podmiotowej Elektrim S.A. do udziału w dalszym postępowaniu arbitrażowym.

Wbrew rozstrzygnięciu *Bundesgericht* art. 142 p.u.n. nie dotyczy podmiotowej zdolności do bycia stroną postępowania arbitrażowego. Przepis ten reguluje dwa, ściśle ze sobą powiązane skutki ogłoszenia upadłości – utratę mocy przez zapis na sąd polubowny oraz konieczność umorzenia toczących się postępowań. Nie ma wątpliwości, że wymóg konieczności umorzenia postępowań ma charakter proceduralny i stanowi część polskiego porządku prawnego jako państwa *fori*. Znajduje zastosowanie do wszystkich postępowań arbitrażowych toczących się w Polsce. Skutki te powstają automatycznie wobec wszystkich stron zapisu na sąd polubowny oraz toczących się postępowań, nawet jeżeli nie znajdują się one w stanie upadłości. Dla zobrazowania wadliwości stanowiska szwajcarskiego sądu można wskazać przykład postępowania arbitrażowego toczącego się w Polsce pomiędzy podmiotem polskim i zagranicznym. W przypadku ogłoszenia

³⁸ G. Naegeli, *op.cit.*, s. 204.

upadłości podmiotu polskiego, art. 142 [p.u.n.](#) wywiera identyczne skutki w sferze prawnej zarówno podmiotu polskiego, jak i zagranicznego (utrata mocy przez zapis na sąd polubowny, umorzenie toczącego się postępowania), mimo że prawo polskie nie określa statutu personalnego podmiotu zagranicznego. Co więcej, podmiot zagraniczny może jednocześnie być stroną licznych postępowań arbitrażowych oraz zapisów na sąd polubowny. Nie ma jednak wątpliwości, że zastosowanie art. 142 p.u.n. nie pozbawiło go zdolności do bycia stroną tych postępowań arbitrażowych.

Nie jest również prawdą, że po ogłoszeniu upadłości nie może toczyć się postępowanie upadłościowe dotyczące przedmiotu lub prawa wchodzącego w skład masy. Syndyk za zgodą wierzycieli może zawrzeć zapis na sąd polubowny i może wziąć udział w wynikłym stąd postępowaniu arbitrażowym (zob. art. 206 ust. 1 pkt 6) p.u.n.³⁹). Przepis art. 142 p.u.n. nie wpływa zatem na zdolność prawną upadłego. Jego skutki można przyrównać raczej do jednorazowego zwolnienia upadłego z zawartych uprzednio zapisów na sąd polubowny i wynikających stąd konsekwencji.

Ogłoszenie upadłości według prawa polskiego nie pozbawia również dłużnika zdolności prawnej ani zdolności do czynności prawnych, ani też zdolności procesowej.⁴⁰ Powoduje jedynie pozbawienie dłużnika zarządu majątkiem (art. 75 [p.u.n.](#)), który staje się masą upadłości (art. 61 [p.u.n.](#)), zaś zarząd tym majątkiem

obejmuje syndyk powołany przez sąd upadłościowy. Czynności prawne dłużnika dotyczące przedmiotów wchodzących w skład masy upadłości, co do których upadły utracił zarząd, dokonane po ogłoszeniu upadłości są nieważne (art. 77 ust. 1 [p.u.n.](#)). W odniesieniu do toczących się z udziałem dłużnika postępowań zachodzi natomiast z mocy ustawy szczególne następstwo prawne. Syndyk wstępuje do toczących się postępowań działając w imieniu własnym, lecz na rzecz upadłego (art. 144 ust. 1 i 2). Wyraźne podkreślenie przez polskiego ustawodawcę, że wstępując do toczących się postępowań zarządca działa na rzecz upadłego potwierdza, że postępowania nadal dotyczą sfery praw i obowiązków upadłego, natomiast zmianie ulega jedynie sposób reprezentowania upadłego. Legitymację procesową syndyka określa się jako tzw. legitymację formalną lub jako podstawienie (substytucja) procesowe. Syndyk jest więc stroną w znaczeniu formalnym (procesowym), tzn. działa w procesie we własnym imieniu, natomiast stroną w znaczeniu materialnym, pomimo ogłoszenia upadłości pozostaje upadły. On bowiem jest podmiotem stosunku prawnego, na tle którego wynikł spór.⁴¹

W postanowieniu z 16 listopada 2009 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie również odwołał się do art. 139 [p.u.n.](#) jako normy dopuszczającej wszczynanie i kontynuowanie postępowań sądowych i administracyjnych dotyczących masy upadłości. Postępowania te prowadzi zarządca w imieniu własnym, lecz na rzecz upadłego. Sąd Apelacyjny wskazał również na możliwość wydania orzeczenia przeciwko upadłemu pomimo ogłoszenia upadłości oraz powołał się na art. 174 § 2 k.p.c. stwierdzając, że ogłoszenie upadłości po zamknięciu rozprawy nie stwarza konieczności zawieszenia postępowania sądowego.

³⁹ Do dnia 2.5.2009 r. normę tę wyrażał przepis art. 206 ust. 1 pkt 7) p.u.n.

⁴⁰ Stanowisko to nie budzi wątpliwości w nauce polskiego prawa upadłościowego, zob. A. Hrycaj, *op.cit.*s. 188-189. W wyroku z 2 kwietnia 2009 r. (sygn. I ACa 53/09, LEX nr 503250, OSA 2010/3/36), Sąd Apelacyjny w Szczecinie słusznie podkreślił, że:

„# E é « ¶ j a ¥ j p o z b a w i a e « p œ ¥ ¨ a ¥ j a ¥ E Ý µ ± - š Ý é j E « ¶ Ý « ¨ a « p œ ¥ ¨ - « œ j - « 3 j i j . Ý « ¨ a « p Ā - « œ j - « 3 š a ¥ j i j - ° > « 3 ¥ j © ± - « š 3 a ¥ j a ¥ j © Ý « 3 µ - Ö - « 3 š a ¥ š 3 œ š ® š ° i ® ¶ i - ° « a µ 3 S « a S ® i ° a µ © - « œ j - ¥ j i œ ¶ « E ñ ¨ a Ā § 3 š ¨ ¥ ¢ ¥ § š œ j Ā - « Ý © ¥ ¨ ° ± - « j E š Ā œ š - a š ° µ © j © « j « a « > » p œ ¥ j - « Ý j i © « 3 š Ā we. œ j µ a a 4 * Z o b . ¥ A . H r y c a j , o p . c i t . s . 1 8 8 - 1 8 9 ; w y r o k S a d u 3 µ ¶ a š œ ¶ a ¥ § ¥ j © 3 « Ý a ¥ j - ¥ j a ¥ ± A p e l a c y j n e g o w S z c z e c i n i e 1 2 k w i e t n i a 2 0 0 9 r . (s y g n . I A C a 5 3 / 0 9) ; w y r o k S N z 1 6 s t y c z n i a 2 0 0 9 r . , I I I S C S K - 2 4 4 / 0 8 , L e x n r 5 2 3 6 8 7 ; w y r o k S N z 3 p a Ź d z i e r n i k a 2 0 0 8 r . , I C S K 9 3 / 0 8 , L e x n r 4 7 0 0 2 1 i i n .

V.1.3. Prawo właściwe dla postępowania arbitrażowego

Zasadą jest, że postępowanie arbitrażowe lub sądowe podlega ostatecznie prawu procesowemu państwa, w którym się toczy. W odniesieniu do postępowań sądowych zasada ta wynika wprost z suwerenności jurysdykcyjnej państwa i jest aspektem prerogatyw suwerena. W odniesieniu do postępowań arbitrażowych jest to również zwyczajowo przyjęta zasada kolizyjnoprawna, wyrażona m.in. przez art. 1 ust. 2 ustawy modelowej UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym.⁴² Artykuł 15 Rozporządzenia Upadłościowego wyraża tę ogólną zasadę w kontekście postępowań upadłościowych, statuując ją jako wyjątek od zastosowania zasady zastosowania *lex concursus* jednocześnie ją wzmacnia, stanowiąc, że „+ → é μ 3 → « - ° Ò - « 3 š a ¥ š « Y ¶ ¥ · ° ± - Á Ÿ « 3 j · - ° Á Ÿ · ° j · ± « Š « ¶ @ « ¶ ±. » © Dlatego też wykładnia art. 15 Rozporządzenia Upadłościowego dokonana przez angielskie sądy oraz Sąd Apelacyjny w Warszawie jest zbieżna również z rozumieniem roli art. 142 p.u.n. w systemie polskiego prawa.

Nie powinno również budzić wątpliwości, że art. 15 Rozporządzenia Upadłościowego znajduje zastosowanie do postępowania przed sądami polubownymi. Przemawia za tym wykładnia językowa art. 15 Rozporządzenia Upadłościowego, a także jego wykładnia celowościowa. Nadto, w kontekście art. 142 p.u.n. należy przypomnieć, że w postanowieniu z 23 września 2009 r. polski Sąd Najwyższy wskazał: „W artykule 142 p.u.n. (odpowiednio 3 · š ® ° · - ± a · 3 · « Y Ÿ a a b y ł a b y n i e z g o d n a z z a s a d a m i skuteczności i pierwszeństwa prawa wspólnotowego © i prowadzaby do naruszenia przez Polskę Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Z tych względów należy wykluczyć

3 ¶ £ · Ò Ÿ š · - → j œ μ ç ¥ § Ò · ¥ · « - « - ° Ò - « 3 š a ¥ š · ° ± - Á Ÿ « 3 j · - ° Á Ÿ · ° j · ± « Š « w dziale V jest logicznie i merytorycznie ¶ @ « ¶ ±. » © Dlatego też wykładnia art. 15 Rozporządzenia Upadłościowego dokonana przez angielskie sądy oraz Sąd Apelacyjny w Warszawie jest zbieżna również z rozumieniem roli art. 142 p.u.n. w systemie polskiego prawa.

V.2.) ¶ a š a ¥ j · ¥ · - ° 3 ¥ j ® Ÿ ¶ j a zagraniczneg« 3 μ ® « § ± š ® > ¥ ° ©

W świetle powyższych uwag celowe wydaje się ustalenie, czy możliwe jest uznanie lub stwierdzenie wykonalności w Polsce wyroku arbitrażowego wydanego po ogłoszeniu upadłości w Polsce wobec strony postępowania arbitrażowego. Odpowiedź na to pytanie nie wydaje się jednoznaczna. 3 ± š š é - ° 3 š · š ° ñ ® μ © « œ ¶ μ - ¥ Ò ·

W odniesieniu do wyroku arbitrażowego pochodzącego z innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, przy wydawaniu którego sąd polubowny prawidłowo zastosował normy Rozporządzenia Upadłościowego, podstawy odmowy uznania lub stwierdzenia wykonania nie zachodzą. Rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego w Warszawie w sprawie *Elektrimu* zasługuje zatem na aprobatę. W szczególności należy podkreślić, że ewentualna odmowa uznania lub wykonania takiego wyroku w Rzeczypospolitej Polskiej ze względu na klauzulę porządku publicznego, jeżeli zgodnie z prawem miejsca postępowania arbitrażowego nie zachodziłyby przesłanki do umorzenia postępowania, zagrażałaby, lub wręcz niweczyła skutek wspólnotowej normy kolizyjnej zawartej w art. 15 Rozporządzenia Upadłościowego. Sytuacja taka byłaby niezgodna z zasadami skuteczności i pierwszeństwa prawa wspólnotowego © i prowadzaby do naruszenia przez Polskę Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Z tych względów należy wykluczyć

⁴² Tekst przyjęty uchwałami Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych nr 40/72 z 11 grudnia 1985 r., oraz 61/33 z 4 grudnia 2006 r., tekst dostępny na stronie internetowej: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.

możliwość odmowy uznania lub wykonania zagranicznego wyroku arbitrażowego.⁴³

W odniesieniu do postępowań toczących się poza terytorium Unii Europejskiej⁴⁴ problem zastosowania wspólnotowych norm kolizyjnych zawartych w [Rozporządzeniu Upadłościowym](#) nie powstaje. W takiej sytuacji można rozważyć odmowę uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego ze względu na sprzeczność skutków zagranicznego rozstrzygnięcia z klauzulą porządku publicznego. Należy jednak wskazać, że klauzula ta powinna mieć zastosowanie jedynie w sytuacjach wyjątkowych, prowadzących do naruszenia najbardziej podstawowych zasad polskiego porządku prawnego. Wydaje się, że tego rodzaju sytuacja nie zachodzi w odniesieniu do wyroków arbitrażowych wydanych z naruszeniem art. 142 oraz art. 147 [p.u.n.](#)⁴⁵ Wydanie takiego wyroku nie narusza zasady kolektywności postępowania upadłościowego, albowiem wykonanie zagranicznego wyroku arbitrażowego musi nastąpić w ramach postępowania upadłościowego. Jeżeli natomiast wyrok sądu arbitrażowego narusza podstawowe zasady porządku prawnego ze względu na treść swojego rozstrzygnięcia, to możliwość odmowy jego uznania lub stwierdzenia wykonania na tej podstawie istnieje w każdym przypadku, niezależnie od możliwości zastosowania art. 142 oraz art. 147 [p.u.n.](#)

VI. Wnioski

Przepisy art. 142 oraz art. 147 [p.u.n.](#) mogą prowadzić do istotnych rozbieżności w orzecznictwie zagranicznych sądów polubownych i państwowych. Ze względu na nierozzerwalny związek pomiędzy materialno-prawnymi oraz proceduralnymi aspektami zapisu na sąd polubowny należy uznać, że przepisy te nie będą miały zastosowania do postępowań arbitrażowych prowadzonych za granicą według prawa obcego. W odniesieniu do postępowań arbitrażowych prowadzonych w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej, art. 15 Rozporządzenia Upadłościowego wyraża zasadę, zgodnie z którą wpływ postępowania upadłościowego na toczące się postępowania, w tym postępowania arbitrażowe, w innych państwach członkowskich, podlega ocenie wyłącznie w świetle prawa miejsca prowadzenia postępowania. Oznacza to zarazem niemożność zastosowania przepisów art. 142 i art. 147 [p.u.n.](#) jako przepisów wymuszających swoje zastosowanie, a także niemożność odmowy uznania lub stwierdzenia wykonania w Polsce zagranicznego wyroku arbitrażowego, który ocenił wpływ postępowania upadłościowego na bieg postępowania arbitrażowego wyłącznie w świetle norm *legi loci arbitri*. W obu przypadkach niemożność ta wynika z zasad pierwszeństwa oraz skuteczności prawa Unii Europejskiej.

W odniesieniu do postępowań arbitrażowych prowadzonych w innych państwach również należy skłonić się do poglądu, że nie ma podstaw do odmowy uznania lub stwierdzenia wykonania wyroku arbitrażowego wydanego po ogłoszeniu upadłości w Polsce w stosunku do strony postępowania wyłącznie z tego powodu. Normy art. 142 [p.u.n.](#) oraz art. 147 [p.u.n.](#) nie wyrażają podstawowych zasad porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, zaś cele i zasady postępowania upadłościowego w Polsce chronione są przez fakt, że realizacja zagranicznego wyroku arbitrażowego w Polsce musi nastąpić w ramach postępowania upadłościowego.

⁴³ Podobnie M. Porzycki, [w:] red. A. Szumański, *Handlowy* Warszawa 2010, s. 217.

⁴⁴ Z wyjątkiem Danii, do której Rozporządzenie Upadłościowe nie ma zastosowania.

⁴⁵ Podobnie M. Porzycki, *op.cit.*, s. 218-219.

rozprawy w wypadku usprawiedliwionego niestawiennictwa strony, pełnomocnika lub świadka.

Główny problem postępowań przyspieszonych stanowi jednak koncentracja materiału dowodowego. Regulamin Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan rozwiązuje ten problem, zobowiązując arbitra do odpowiedniego przygotowania rozprawy. Strony w zasadzie wymieniają tylko pozew i odpowiedź na pozew; dowody nie wskazane w tych pismach strona może zgłosić na rozprawie, jednakże tylko pod warunkiem, że będą mogły być na tej rozprawie przeprowadzone. Arbiter może zarządzić w razie konieczności odroczenie rozprawy, jednak tylko do następnego dnia roboczego. Termin do wydania wyroku wynosi 14 dni od daty rozprawy.

Na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać, że osiem tygodni na rozpoznanie sporu to nie jest postępowanie szczególnie szybkie. Warto jednak pamiętać, że podawany czasem jako typowy dla arbitrażu ok. trzymiesięczny czas postępowania jest rzadko osiąganym ideałem; znacznie częściej postępowanie trwa 6–8 miesięcy, i to w stosunkowo prostych sprawach. Ponadto każde skrócenie terminów oznacza ograniczenie gwarancji i możliwości procesowych stron. Postępowanie zbyt szybkie utrudnia wydanie w pełni wyważonego i sprawiedliwego wyroku. Jakość regulacji i realizacji trybu przyspieszonego w Sądzie Arbitrażowym przy PKPP Lewiatan sprawdzi praktyka; w tej chwili wydaje się on jednak stanowić rozsądny kompromis pomiędzy szybkością i ceną a jakością usługi arbitrażowej w stosunkowo drobnych sprawach.

" « 3 i ' # p 3 ¥ š Ÿ œ ¶ i a ¥ i ' š §
Ÿ µ - - « ¶ µ œ µ i a « p œ ¥ ' ¥ ' a ¥ i ¶ :
! ¥ Ò Ÿ ¶ µ a š ® « Ÿ « 3 i | ' Ł ¶ > µ '

dr Maria Hauser-Morel

Szybkość jest uznawana za jedną z głównych zalet arbitrażu. W ubiegłych latach, użytkownicy arbitrażu zaczęli jednak podnosić, że postępowania arbitrażowe trwają zbyt długo. Przyczyn tych opóźnień należy się upatrywać w tym, że arbitrzy są jednocześnie zaangażowani w zbyt wiele postępowań i są przez to bardzo zajęci. Mając to na uwadze, Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy przy Międzynarodowej Izbie Handlowej przyjął w sierpniu 2009 r. nowe „[Oświadczenie akceptacji, dyspozycyjności i niezależności](#)”, które m.in. zobowiązuje przyszyłych arbitrów do ujawnienia informacji co do dyspozycyjności.

§ « | Ò œ ¥ i - « ¶ µ œ µ i a « p œ ¥

Dyspozycyjność arbitra jest pojęciem subiektywnym i, jako takie, jest trudne do zdefiniowania. W praktyce, co odzwierciedlają [Zasady Etyki dla Arbitrów Międzynarodowych IBA](#), dyspozycyjność oznacza, że przyszły arbitrer „i i - ° 3 ' - ° š a ¥ i ' - « p 3 ¥ Ò œ ¥ A i œ ¶ š « 3 i | ' ° 3 š a ¥ ± ' š ® > ¥ ° ® š « 3 i | ' ° 3 š § ¥ © ' - ° ® « a µ ' © « £ é µ > µ « œ ¶ i §⁴⁶”
Pojęcie dyspozycyjności arbitra jest dwuwymiarowe: z jednej strony obejmuje ono przeświadczenie przyszłego arbitra, że ma on czas, aby pełnić funkcję arbitra, z drugiej oczekiwania stron, co do jego dyspozycyjności.

Dyspozycyjność arbitra odnosi się do prowadzenia postępowania, uczestniczenia w rozprawach i spotkaniach, jak również sporządzenia wyroku w stosunkowo krótkim czasie po przedstawieniu przez strony ostatecznych stanowisk⁴⁷. Dyspozycyjność

arbitra musi być także oceniana pod kątem stopnia skomplikowania sprawy, a także szczególnych terminów uzgodnionych przez strony w zapisie na sąd polubowny, czy w toku postępowania lub przewidziane w regulaminie arbitrażowym lub prawie krajowym. Sama ilość postępowań, w których arbitrer uczestniczy, nie przekłada się na dyspozycyjność lub jej brak. Praktyka pokazuje, że arbitrer może jednocześnie uczestniczyć w kilku postępowaniach, bez uszczerbku dla jakiegokolwiek z nich, dzięki efektywnemu zarządzaniu czasem i zdolności delegowania sekretarzowi trybunału zadań administracyjnych, niewymagających bezpośredniego uczestnictwa arbitra. Podsumowując, nie chodzi o to, czy przyszły arbitrer ma czas, ale czy potrafi znaleźć czas i nim zarządzać.

Oprócz dyspozycyjności w znaczeniu czasowym, arbitrer musi poświęcić danej sprawie odpowiednią uwagę. Ten aspekt dyspozycyjności zależy w znacznym stopniu od woli arbitra, by szybko rozstrzygnąć spór, a także poczucia odpowiedzialności, której należy oczekiwać od każdego arbitra, biorąc pod uwagę zadania, jakie mu powierzono.

Od każdego przyszłego arbitra wymaga się, aby sprawdził swoją dyspozycyjność zanim zgodzi się być arbitrem. Przyszły arbitrer powinien jednak również dać stronom okazję ocenić, czy są one gotowe zaakceptować jego ewentualne ograniczenia czasowe. Nowe „Oświadczenie akceptacji, dyspozycyjności i niezależności” gwarantuje stronom taką możliwość.

Autorka zajmuje stanowisko Deputy Counsel w [Międzynarodowym Sądzie Arbitrażowym przy Międzynarodowej Izbie Handlowej \(ICC\)](#).

Autorka przyjmuje wyłączną odpowiedzialność za poglądy wyrażone w tym artykule. Sąd Arbitrażowy przy ICC lub Sekretariat nie mogą być pociągnięte do odpowiedzialności za żadne niedokładności, które mogą się w nim znaleźć lub opinie w nim wyrażone.

⁴⁶ Art. 2(3) [The IBA Rules of Ethics for International Arbitrators](#)

⁴⁷ J. Fry, S. Greenberg, *The Arbitral Tribunal: Applications of Articles 712 of the ICC Rules in recent cases*, *International Court of Arbitration Bulletin* 2009, Vol. 20, nr 2, s. 12 (para. 28).

Regulaminu ICC

Według [Regulaminu Arbitrażowego ICC, w mocy od 1 stycznia 1998 r. \(dalej: Regulamin ICC\)](#) arbiter nominowany przez stronę, strony lub współarbitrów podlega zatwierdzeniu przez Sąd ICC. Jeżeli taka nominacja nie zostanie dokonana, Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy przy Międzynarodowej Izbie Handlowej (' Ä Ý ') Ł . . wyznaczy arbitra⁴⁸.

Wykonując swoje uprawnienia w tym zakresie, Sąd ICC bierze pod uwagę nie tylko narodowość przyszłego arbitra, jego miejsca zamieszkania i powiązania z krajami, z których pochodzą strony lub pozostali arbitrzy, ale i jego dyspozycyjność do prowadzenia postępowania zgodnie z Regulaminem (art. 9(1) Regulaminu ICC). Podejmując decyzje w sprawie zatwierdzenia lub wyznaczenia arbitra, Sąd powinien więc uwzględnić jego dyspozycyjność. Dokładna ocena dyspozycyjności arbitra przez Sąd na początku postępowania ograniczy ryzyko zastąpienia arbitra w przyszłości ze względu na niewypełnianie funkcji w wyznaczonych terminach⁴⁹.

Zanim przyszły arbiter zaakceptuje sprawę, otrzymuje on podstawowe informacje na temat sprawy (w szczególności co do stron, ich pełnomocników, pozostałych arbitrów, jednostek ewentualnie związanych ze sprawą, wartości przedmiotu sporu, zapisu na sąd polubowny i ewentualnego wyboru prawa właściwego). Jeśli strony widzą potrzebę, by postępowanie toczyło się szczególnie szybko, powinno to być jasno zakomunikowane Sekretariatowi Sądu ICC, aby informacja ta mogła być przekazana przyszłemu arbitrowi, i aby Sąd mógł wziąć tę okoliczność pod uwagę przy zatwierdzaniu lub wyznaczaniu arbitrów⁵⁰.

3 Akceptując nominację lub wyznaczenie, potencjalny arbiter musi wypełnić „Oświadczenie akceptacji, dyspozycyjności i niezależności”, którego kopia jest komunikowana stronom i Sądowi ICC.

Zatwierdzając arbitrów nominowanych przez strony lub współarbitrów, Sąd ICC stara się znaleźć równowagę między autonomią stron (wyrażoną w prawie wyboru arbitra lub zgodzie na określoną procedurę wyboru arbitra) a potrzebą, by zatwierdzona osoba była wystarczająco wykwalifikowana i dyspozycyjna do pełnienia funkcji arbitra⁵¹ oraz obowiązków wobec stron i instytucji arbitrażowej, jakie ta funkcja za sobą pociąga.

Jeśli w trakcie postępowania pojawi się problem dotyczący dyspozycyjności arbitra (np. jeśli Sąd ICC stwierdzi, że arbiter nie wypełnia swoich funkcji w oznaczonych ramach czasowych), Sąd ICC może wszcząć procedurę zastąpienia takiego arbitra (art. 12(1) Regulaminu ICC)⁵². Sąd ICC może wszcząć (i rzeczywiście wszczynał) tę procedurę, jeśli arbitrzy powodują niedopuszczalne opóźnienia, nie stawiają się na posiedzenia itp.⁵³ Wreszcie, jeśli arbitrzy powodują niepotrzebne opóźnienia w czasie postępowania, Sąd ICC może wziąć to pod uwagę ustalając ich wynagrodzenie⁵⁴.

" « 3 | " ¥ ¶ š œ | š ' # p 3 ¥ š Ý œ ¶ | a ¥ š

Do sierpnia 2009 roku przyszły arbiter musiał złożyć oświadczenie akceptacji, zawierające oświadczenie co do dyspozycyjności, które brzmiało: „ \$ « ° 3 ¥ j j ' @ Ý ¶ š ' © | j - ° ¥ ' Ý µ - ÷ « ¶ µ œ µ | a µ ' Ý « ' ÷ j é a zgodnie ze wszystkimi wymogami tego Regulaminu ”. Praktyka pokazała, że,

⁴⁸ Art. 8-10 Regulaminu ICC.

⁴⁹ H. A. Grigera Naón, *The Powers of the ICC International Court of Arbitration - visis Parties and Arbitra* ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement 1999: Arbitration in the Next Decade: Proceedings of the International Court of Arbitration's 75th Anniversary Conference, 1999, s. 55.

⁵⁰ Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration - Report from the ICC Commission on Arbitration, ICC Publication 2007, nr 843.

⁵¹ J. Fry, S. Greenberg, *op.cit.*, para. 43-44.

⁵² Podobny przepis zawierał Regulamin ICC będący w mocy do 31 Grudnia 1997 r. (art. 2(11)). Również regulaminy arbitrażowe innych instytucji arbitrażowych wspominają dyspozycyjność w kontekście zastąpienia arbitra, jeśli nie wypełnia on swoich obowiązków (np. art. 12(1) Regulaminu Szwajcarskiego, art. 16(1)(iii) Regulaminu Arbitrażowego SCC).

⁵³ J. Fry, S. Greenberg, *op.cit.*, para. 108-112.

⁵⁴ *Ibidem* zobacz także: Art. 31(2) Regulaminu ICC i Art. 2(2) Załącznika II do Regulaminu ICC.

akceptując nominację/powołanie, przyszli arbitrzy nie przywiązywali wagi do kwestii dyspozycyjności. Nowe „Oświadczenie akceptacji, dyspozycyjności i niezależności” zawiera specjalny punkt dotyczący dyspozycyjności. W konsekwencji, wymóg dyspozycyjności nie jest automatycznie połączony z samą akceptacją pełnienia funkcji arbitra. Przyszli arbitrzy muszą teraz wyraźnie potwierdzić, że mogą poświęcić danej sprawie konieczny czas.

Nowe oświadczenie stanowi: „\$ « ° 3 ¥ j ® Ý ¶ § a š - « Ý - ° š 3 ¥ j « > j œ a ¥ j Ý « © « £ Ò - « p 3 ¥ Ò œ ¥ Ā § « a ¥ j - « > ¥ ° « š « 3 j £ « nřy, efektywny i zgodnie z terminami przewidzianymi w & j £ ± š © ¥ a ¥ j & « ¶ ± © ¥ j © ¶ § « ë œ ¶ j a ¥ j - « - ° Ó - « 3 š a ¥ © š œ | « a š a ¥ j i i - ° « © « - « Ý ± 3 š £ Ò œ ¶ š - ° « 3 š a ¥ š - « - ° Ó - « 3 š a ¥ š - « ¶ µ go ± ° š š a ¥ ± © « | i 3 µ a š £ « Ý ¶ j a ¥ š š « & j £ ± š © ¥ a ± ! « | i « > j œ « i 3 i ¶ « š k 3 ¥ š a ¥ š i ¥ š ¥ i ¶ § 3 « Ý « 3 j - Ā 3 - š š ¶ § a j - « « » ¥ « 3 ¥ Ā ¶ µ 3 š š a ¥ š « © š œ | ¥ Ā Ý ± Ł . . . ”. Przyszły arbitrowi powinien wskazać swoją podstawową działalność zawodową (np. prawnik, arbiter, wykładowca akademicki) oraz podać informację co do aktualnych zobowiązań zawodowych. W szczególności, powinien on podać ilość spraw, w jakich uczestniczy (postępowania ICC oraz inne postępowania arbitrażowe, postępowania sądowe), z zaznaczeniem funkcji pełnionych w tych postępowaniach (arbiter przewodniczący, arbiter jedyny, współarbiter lub pełnomocnik). Ponadto, powinien on zaświadczyć, czy jest on świadomy jakichkolwiek innych zobowiązań zawodowych lub innych, które mogą wymagać znacznego zaangażowania czasowego w ciągu przyszłych 12-18 miesięcy.

Zamiarem nowego punktu oświadczenia jest, by arbitrzy dokładnie przemyśleli swoją dyspozycyjność przed przyjęciem funkcji arbitra oraz aby zagwarantować większą transparentność względem stron, co do

dyspozycyjności arbitrowi⁵⁵. W praktyce, standardy oświadczeń dyspozycyjności różnią się w zależności od arbitrowi i kultur prawnych. Arbitrzy powinni ujawnić wszelkie informacje, które mogą być konieczne i przydatne Sądowi ICC oraz stronom w podjęciu świadomych decyzji. Na przykład arbiter może wskazać okres, kiedy jest dyspozycyjny w ciągu nadchodzących miesięcy lub status spraw będących w toku⁵⁶. Mając na uwadze zasadę transparentności, jakkolwiek wątpliwość co do ujawnienia dyspozycyjności powinna być rozstrzygnięta na korzyść ujawnienia, podobnie, jak w przypadku niezależności. Arbitrzy nie powinni jednak ujawniać informacji poufnych⁵⁷.

Jeśli oświadczenie arbitra o dyspozycyjności nie jest poprawnie wypełnione, Sekretariat ICC zazwyczaj poprosi o jego korektę, zanim zostanie ono przekazane stronom i Sądowi ICC.

Nowe „Oświadczenie akceptacji, dyspozycyjności i niezależności” weszło w życie 17 sierpnia 2009 r. Od jego wprowadzenia podkreślano, że „¶ a š œ ¶ a j « > š 3 µ « Ý a « mogą i powodować, że Sąd ICC nie zatwierdzi lub nie

55 [Komunikat prasowy ICC z 17 sierpnia 2009 r. Introduction of new Statement of Acceptance, Availability and Independence for arbitrators.](#)

56 Do tej pory w żadnej sprawie przed Sadem ICC strony nie podniosły tzw. „beauty contests (parades)” w kontekście [Wskazówek Konflikty Interesów w Międzynarodowym Arbitrażu IBA](#) (punkt 4.5.1 Zielonej Listy). Zobacz: Lord J. Steyn, *England: the Independence and/or Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration* ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement 2007: Independence of Arbitrators, s. 91.

57 ICC Arbitration News, ICC International Court of Arbitration Bulletin 2009, Vol. 20 nr 2, s. 9. W odpowiedzi na niektóre uwagi, co do pierwszej wersji oświadczenia, poprawiona wersja oświadczenia, która weszła w życie w styczniu 2010 r., zawiera zastrzeżenie, że jakkolwiek informacja przedstawiona przez arbitra musi być traktowana jak poufna i będzie przechowywana według przepisów prawa francuskiego o ochronie danych.

wyznaczy arbitra⁵⁸. Istotnie, od daty wprowadzenia nowego oświadczenia, Sąd ICC parokrotnie skorzystał z prawa do nie zatwierdzania arbitrów, którzy w ocenie Sądu wydawali się nie wypełniać wymogu dyspozycyjności.

Przypadek 1

Współarbitrzer nominowany przez jedną ze stron złożył „Oświadczenie akceptacji, dyspozycyjności i niezależności” bez jakichkolwiek zastrzeżeń. W oświadczeniu o dyspozycyjności, wskazał on, że jest świadomy zobowiązań zawodowych lub innych, mogących wymagać od niego znacznego czasu w ciągu najbliższych 12-18 miesięcy i zaznaczył, że jest zaangażowany w ponad 20 postępowań (w ponad 10, jako przewodniczący trybunału arbitrażowego lub arbitr jedyny). Strona przeciwna względem strony, która nominowała arbitra, podniosła zarzuty co do zatwierdzenia arbitra, wskazując, między innymi, na brak dyspozycyjności arbitra. Sąd ICC nie zatwierdził tej osoby jako arbitra.

Przypadek 2

Współarbitrzy wyznaczyli przewodniczącego trybunału arbitrażowego. W „Oświadczeniu akceptacji, dyspozycyjności i niezależności”, przyszły przewodniczący złożył zastrzeżenia, co do swojej niezależności i dyspozycyjności. W szczególności ujawnił on, że będzie przebywał na urlopie przez cztery miesiące (nie zaoferował przy tym dyspozycyjności w tym okresie w sprawach pilnych przez telefon lub w inny sposób). Współarbitrzy zaakceptowali powyższe ograniczenia, co do dyspozycyjności i żadna ze stron nie zgłosiła w wyznaczonym terminie zastrzeżeń, co do zatwierdzenia wyznaczonego przewodniczącego. Sąd ICC zdecydował nie zatwierdzić nominowanego przewodniczącego, biorąc pod uwagę, między innymi, że strony mogą potrzebować bezzwłocznych interwencji trybunału arbitrażowego w trakcie urlopu

przewodniczącego (na przykład w zakresie środków tymczasowych) i że trybunał arbitrażowy nie będzie w stanie się tymi kwestiami zająć.

Przypadek 3

W sprawie typu *Fasttrack* współarbitrzy wyznaczyli przewodniczącego trybunału arbitrażowego, który złożył „Oświadczenie akceptacji, dyspozycyjności i niezależności” bez jakichkolwiek zastrzeżeń. Będąc świadomym problemów dotyczących dyspozycyjności, które Sekretariat oraz Sąd ICC doświadczyły z nominowaną osobą, Sąd ICC korzystając ze swoich uprawnień administracyjnych wynikających z Regulaminu ICC, zdecydował nie zatwierdzić tej osoby jako przewodniczącego (konkretne przyczyny decyzji Sądu nie zostały ujawnione stronom – zobacz art. 7(4) Regulaminu ICC).

Wnioski

W pierwszym roku obowiązywania nowego „Oświadczenia akceptacji, dyspozycyjności i niezależności” zagadnienie dyspozycyjności znalazło się w centrum uwagi. Podczas gdy w przeszłości, Sąd ICC korzystał z uprawnienia do nie zatwierdzenia lub nie wyznaczenia arbitra ze względu na brak dyspozycyjności, obecnie uprawnienie to jest wykorzystywane w sposób bardziej transparentny. Strony mają generalnie większą świadomość, co do dyspozycyjności przyszłego arbitra. Należy mieć nadzieję, że przyczyni się to do przyspieszenia postępowań arbitrażowych. Jednakże nie należy zapominać, że czas trwania postępowania zależy także od postawy pełnomocników stron.

⁵⁸ Komunikat prasowy ICC z dnia 17 sierpnia 2009 r., *op.cit.*

(; ® © ¥ ª · ª š · ¶ £ é « - ¶ i ª ¥ i · ® « -
3 · ¬ « - ° Ò ¬ « 3 š ª ¥ ± · 3 š i ® Ÿ é **Regulaminu ICC**

Piotr Bytnerowicz

W wielu sporach arbitrażowych roszczenie (powództwo) wzajemne jest naturalną, a czasem i oczywistą reakcją pozwanego na żądania zgłoszone przez powoda. Nie w każdym przypadku jednak reakcja ta jest natychmiastowa. Postanowienia Regulaminu ICC wywołują pewne wątpliwości co do tego, do kiedy zgłoszenie powództwa wzajemnego jest dopuszczalne.

Nie ulega wątpliwości, że w wypadku, gdy strony postępowania arbitrażowego mają względem siebie roszczenia wzajemne wynikające z jednej umowy lub w inny sposób ze sobą powiązane, co do zasady roszczenia takie powinny być rozstrzygane w ramach jednego postępowania arbitrażowego (oczywiście pod warunkiem, że wszystkie objęte są zapisem na sąd polubowny). Z kwestią wniesienia powództwa wzajemnego łączy się zagadnienie praktyczne co do tego, kiedy i w jaki sposób powinno być ono zgłoszone, a w szczególności, czy jest ograniczone terminem prekluzyjnym.

Artykuł 5(5) [Regulaminu Arbitrażowego ICC](#) (dalej „**Regulamin**”) stanowi, że

roszczenia wzajemne wnoszone przez Pozwanego

« š ® > ¥ ° ® š ; Å ¥ · ¶ š 3 ¥ i ®

a) « ¬ ¥ · œ ª š ® š § ° i ® ± · ¥ · « š ª « 3 ¥ Å œ µ œ ª · ¬ « Ÿ - ° š 3

b) ¬ « Ÿ š ª ¥ i · ¬ « - « > ± · ¶ š - ¬ « é Å œ ¶ ª ¥ i · ¶ · ¬ « Ÿ š ª ¥ i © · 3 Å Ÿ š ª i i · § 3 « ° µ ”. Å Ÿ š ª µ œ ª

Brzmienie Artykułu 5(5) mogłoby sugerować, że pozwany ma obowiązek zgłosić swoje roszczenie wzajemne w Odpowiedzi na Wniosek o arbitraż. Implikowałoby to stwierdzenie, że niedopełnienie tego obowiązku pociągałoby za sobą pewne negatywne konsekwencje, np. objęcie zgłoszenia roszczenia wzajemnego na późniejszym etapie prekluzją. Jednakże, praktyka arbitrażowa ICC⁵⁹ oraz brzmienie

dalszych postanowień [Regulaminu](#) wskazuje, że jest zgoła inaczej.

Istotnie, jeżeli pozwany wie, że przysługuje mu roszczenie wzajemne i jest on w stanie określić podstawy tego roszczenia (choćby w sposób ogólny), powinien zrobić to w Odpowiedzi na Wniosek o arbitraż. Niemniej jednak, chwila wniesienia Odpowiedzi zasadniczo nie będzie stanowiła terminu prekluzyjnego na zgłoszenie roszczenia wzajemnego.

Jednym z celów Odpowiedzi na Wniosek o arbitraż (jak i samego Wniosku) jest umożliwienie Trybunałowi sporządzenia Aktu Misji (*Terms of Reference*). W związku z tym, „wymóg” uwzględnienia roszczenia wzajemnego w Odpowiedzi powinien być odczytywany z uwzględnieniem funkcji Aktu Misji, którą jest w szczególności określenie zakresu sporu oraz misji Trybunału. Zatem informacje dotyczące roszczeń i roszczeń wzajemnych zawarte we Wniosku oraz w Odpowiedzi nań, powinny być wystarczające do określenia tych dwóch zasadniczych kwestii w Akcie Misji, w sposób zgodny z wymaganiami Artykułu 18 [Regulaminu](#). Zgodnie z tym postanowieniem, Akt Misji powinien zawierać w szczególności:

- streszczenie roszczeń oraz żądanego sposobu zaspokojenia roszczeń każdej ze stron, z określeniem w miarę możliwości kwoty roszczenia i roszczenia wzajemnego (Artykuł 18(1)(c));

Autor jest aplikantem adwokackim w dziale sporów sądowych i arbitrażu warszawskiego biura kancelarii [CMS Cameron McKenna](#).

⁵⁹ Y. Derains, E. A. Schwartz, *A guide to the ICC Rules of Arbitration*, Haga 2005, s. 69-70.

- listę spraw do rozstrzygnięcia (Artykuł 18(1)(d)).

Nie jest zatem wymagane, aby na etapie sporządzania Aktu Misji roszczenia stron były określone w sposób wyczerpujący. Powinny zostać określone faktyczne oraz prawne podstawy roszczeń tak, aby umożliwić Trybunałowi ustalenie np., czy będzie miał do rozstrzygnięcia roszczenia o charakterze kontraktowym czy deliktowym, gdyż „[...] *œ ¤ š ® š § ° j ® ° « - ¶ œ ¶ j ë ° « « § ® j p ° j ° a ¥ š ° - ® ¶ j - ¥ - ñ 3 ° - ® š* Natomiast, „[z]asadniczo, w *š ® > ¥ ° ® š ± ° Ł ° a š ° μ © ° j ° - ° ® « a ° j ° - ® ¶ j ° Ÿ - ° š 3 ¥ Å ° - ¶ § « Ÿ μ ° § ° ñ ® j | ° a š - ® š 3 ¥ j (® μ > ± a š é ñ 3 ° ¶ š § é š Ÿ š ° j* szkody zostanie przedstawione po tym, jak ekspertyza (i przedstawi swoje wnioski).

Analogicznie, co wynika wprost z Artykułu 5(5)(b), wskazanie kwoty roszczenia wzajemnego w Odpowiedzi nie jest konieczne (choć, o ile to możliwe, jest wskazane). Pozwany powinien natomiast określić charakter swego roszczenia wzajemnego. To pozwoli Trybunałowi zrozumieć jego misję i – w konsekwencji – ustalić ze stronami odpowiednią procedurę (w tym, kalendarz procedury) dla rozstrzygnięcia ich roszczeń. Z tego względu, jeżeli pozwany ma świadomość, że będzie dochodził np. utraconych korzyści, jednakże nie jest w stanie określić ich wysokości, powinien wskazać na to w swej Odpowiedzi. Takie informacje powinny być wystarczające, by Trybunał mógł uwzględnić roszczenie wzajemne pozwanego w Akcie Misji oraz powinny umożliwić Trybunałowi ukształtowanie kalendarza procedury w taki sposób, który pozwoli obydwu stronom na zaprezentowanie ich stanowisk co do tego roszczenia wzajemnego. To samo dotyczy roszczeń, które pozwany zamierza przedstawić w arbitrażu do

potrącenia, gdyż, zasadniczo, tego typu roszczenia są traktowane według [Regulaminu](#) na równi z roszczeniami wzajemnymi.

Niektóre strony wykazują tendencję do podchodzenia do sporządzania Wniosku oraz Odpowiedzi tak, jakby był to właściwy pozew i odpowiedź na pozew. Zazwyczaj przedstawiają one obszerne wywody na temat swych roszczeń oraz starają się wesprzeć je dowodami, choć nie jest to konieczne, a nawet wskazane (zarówno z punktu widzenia Trybunału, jak i samej strony, gdyż przedstawienie zbyt wielu szczegółów we Wniosku lub w Odpowiedzi może ograniczyć stronie możliwość modyfikacji roszczeń na późniejszym etapie postępowania). Typowym dla pozwanych i reprezentujących ich ten nurt jest to, że na ogół nie zgłaszają oni roszczenia wzajemnego w Odpowiedzi, o ile nie będą w stanie dokładnie określić jego wysokości i przedstawić dowodów na jego poparcie. W najlepszym wypadku, zastrzegą sobie jedynie ogólnie prawo do przedstawienia nowych twierdzeń oraz roszczeń. Wydaje się, że nie jest to właściwe podejście. W jednym z toczących się obecnie postępowań Trybunał uznał, że tego typu ogólne zastrzeżenia nie odpowiadają wymogom Artykułu 18(1)(c) i Artykułu (5)(5)(b) [Regulaminu](#) (tj. stwierdzenie, że pozwany zastrzega sobie prawo do przedstawienia roszczeń przeciwko powodowi nie jest wystarczające z punktu widzenia Artykułu 5(5) [Regulaminu](#)).

Jeżeli jednak, z tego czy innego powodu, pozwany nie zgłosił w Odpowiedzi swego roszczenia wzajemnego (lub roszczenia, które zamierza potrącić), zasadniczo może bez żadnych przeszkód zrobić to do czasu podpisania Aktu Misji. Zgodnie z Artykułem 19 [Regulaminu](#), po podpisaniu Aktu Misji „*¶ j ° - ° ® « a ° a ¥ j ° 3 a ¥ j - ¥ j ° a « ° 3 ¶ š | j © a μ œ ¤ ° § ° ñ ® j ° 3 μ § ® š œ ¤ μ > š ° j ° ¶ « ° š a ¥ j ° ± - « 3 š (® μ > ± a š é ° ® »*. Tak więc, wszelkie roszczenia wzajemne (w tym roszczenia przedstawiane do potrącenia) nie uwzględnione w Odpowiedzi, powinny być zakomunikowane Trybunałowi oraz drugiej stronie zanim Akt Misji zostanie podpisany.

⁶⁰ W. Bühler, T. H. Webster, *Handbook of ICC arbitration* Sweet & Maxwell, Pierwsza Edycja 2005 dodruk 2009 przez Thomson Reuters (Legal) Ltd, s. 266 [tłumaczenie własne autora].

⁶¹ *Ibidem*, s. 267.

Mimo, że data podpisania Aktu Misji również nie jest ostatecznym terminem prekluzyjnym na zgłaszanie nowych roszczeń, po podpisaniu Aktu Misji możliwość wprowadzenia nowego roszczenia do postępowania arbitrażowego jest co do zasady ograniczona. Wyznaczenie „Aktu Misji jako zasadniczego terminu wzajemnych, stopień zaawansowania arbitrażu i inne istotne okoliczności. W szczególności, Trybunał powinien mieć na względzie wpływ, jaki dopuszczenie nowego roszczenia będzie miało na postępowanie. Jeżeli na przykład „*Y*Š«®-j ±b~ŋ«œŋµj^a ¥ j^a «^3 j E«^® «^®j^a° «^Ÿ^Š°ñ®; EŋEéš°ŋŋš^aµ «^aµœx^®«^ŋœŋj^ë^°šš^ (®µµ±^aš-œ^Ÿ®-«^3Ÿš^œ^ŋjµ^Ÿ«^-Ÿ®> ¥^°®š^«^3 j^©«^Eé«^ŋ«^-š^Ťj^Ÿ«^¥®«^3®šµŸŋ«^asjé^Ÿ®Ÿŋ¥j^š«^é^»z tego względu, „^°®«^aµ^3 ¥^a^aµ^œŋµ^ē^Ťŋ«^-°š^Ť^6ŋEé«^-ŋ«^®«^-ŋœŋj^a ¥š^> µéµ^±^3ŋE^64

Jest to w najlepszym interesie stron, bowiem przejrzysty i kompletny Akt Misji powinien ułatwić sprawne przeprowadzenie postępowania, podczas gdy próby włączenia nowych roszczeń po podpisaniu Aktu Misji będą zawsze zakłócały proces. Ponadto, zapewnienie aby wszelkie istotne roszczenia były uwzględnione w Akcie Misji powinno co do zasady uchronić przez zarzutami na etapie stwierdzania wykonalności wyroku, że Trybunał orzekł *ultra petita*

Zgodnie z Artykułem 19 [Regulaminu](#), po podpisaniu Aktu Misji, nowe roszczenia lub roszczenia wzajemne mogą być zgłaszane jedynie, jeśli pozostają one w granicach Aktu Misji lub jeżeli Trybunał upoważni stronę do zgłoszenia roszczenia wychodzącego poza te granice. Regulamin nie precyzuje, jakie roszczenie należy traktować jako nowe, ani kiedy roszczenie mieści się w granicach Aktu Misji a kiedy granice te przekracza. Zasadniczo, kwestie te należy rozstrzygać indywidualnie, mając na względzie sposób, w jaki roszczenia zostały określone w Akcie Misji. Dlatego strony powinny przykładać szczególną uwagę do tego, jak ich roszczenia są określone w Akcie Misji.

⁶² Y. Derains, E. A. Schwartz, *op.cit.* s. 267-268 70 [tłumaczenie własne autora].

⁶³ W. Bühler, T. H. Webster, *op.cit.* s. 277 70 [tłumaczenie własne autora].

⁶⁴ *Ibidem*, s. 281.

Nawet jeżeli nowe roszczenie wykracza poza granice Aktu Misji, Trybunał może je dopuścić i zasadniczo ma w tym zakresie dużą swobodę działania. Artykuł 19 [Regulaminu](#) wymaga jedynie, aby Trybunał wziął pod uwagę charakter takich nowych roszczeń lub roszczeń wzajemnych, stopień zaawansowania arbitrażu i inne istotne okoliczności. W szczególności, Trybunał powinien mieć na względzie wpływ, jaki dopuszczenie nowego roszczenia będzie miało na postępowanie. Jeżeli na przykład „*Y*Š«®-j ±b~ŋ«œŋµj^a ¥ j^a «^3 j E«^® «^®j^a° «^Ÿ^Š°ñ®; EŋEéš°ŋŋš^aµ «^aµœx^®«^ŋœŋj^ë^°šš^ (®µµ±^aš-œ^Ÿ®-«^3Ÿš^œ^ŋjµ^Ÿ«^-Ÿ®> ¥^°®š^«^3 j^©«^Eé«^ŋ«^-š^Ťj^Ÿ«^¥®«^3®šµŸŋ«^asjé^Ÿ®Ÿŋ¥j^š«^é^»z tego względu, „^°®«^aµ^3 ¥^a^aµ^œŋµ^ē^Ťŋ«^-°š^Ť^6ŋEé«^-ŋ«^®«^-ŋœŋj^a ¥š^> µéµ^±^3ŋE^64

Z powyższych względów, wskazane jest, aby strony czyniły wszelkie starania w celu uwzględnienia swych roszczeń w Akcie Misji lub – gdy jest to niewykonalne – od razu jak tylko stanie się to możliwe. Choć zgłoszenie nowych roszczeń po podpisaniu Aktu Misji może się powieść, strony postępujące w sposób staranny powinny korzystać z takiej możliwości jedynie w uzasadnionych wypadkach.

⁶⁵ *Ibidem*.

Izabela Kowalczuk

Arbitraż pod egidą Międzynarodowej Izby Handlowej w Paryżu (ICC) jest uznawany nie tylko za jeden z najbardziej renomowanych, lecz również najdroższych w Europie i na świecie. Postępowania arbitrażowe ICC po 1 maja 2010 r. kosztują jeszcze więcej. Właśnie w tym dniu weszła w życie zmiana Regulaminu ICC w zakresie opłat.

Koszty arbitrażu ICC uregulowane są w art. 30 i 31 [Regulaminu Arbitrażowego ICC](#) oraz w [załączniku III do tego Regulaminu](#). Znowelizowany został jedynie wspomniany załącznik, zaś treść samego Regulaminu pozostała bez zmian.

System obliczania wynagrodzeń należnych arbitrom i wydatków arbitrażowych na podstawie wartości przedmiotu sporu pozostał niezmienny. Podwyższono natomiast stawki dla każdego przedziału kwotowego. Dla większości przedziałów wzrosła ona średnio o 0,14 %. Ponadto na końcu tabeli kosztów dodano jeden nowy przedział dla przedmiotów sporu powyżej 500 milionów USD. W przedziale tym stała stawka wydatków administracyjnych obecnie wynosi 113.215,00 USD, zaś wynagrodzenia arbitrów kształtują się na podobnym poziomie co przed omawianą zmianą.

Strony muszą się także liczyć z tym, że podstawa do obliczania wydatków administracyjnych wynosi obecnie 3.000 USD zamiast dotychczasowych 2.500 USD (przy wartości przedmiotu sporu poniżej 50.000 USD). Warto nadmienić, że nie uległa ona zmianie od 1998 r., czyli od wprowadzenia obecnie obowiązującego [Regulaminu ICC](#).

Przykładowo według nowej tabeli kosztów, przy wartości przedmiotu sporu w wysokości 1 miliona dolarów strony postępowania muszą się liczyć z uiszczeniem kwoty **139.849,00 USD** na wydatki administracyjne wraz z wynagrodzeniem trzech arbitrów. Dotychczas przy takiej samej wartości przedmiotu sporu koszty arbitrażu w powyższym zakresie w ICC wynosiły **130.455,00 USD**.

ICC motywuje nowelizację kosztów zmienną i niestabilną sytuacją ekonomiczną na świecie, która nie pozostaje bez wpływu na funkcjonowanie ICC. Według Sądu nie bez znaczenia pozostaje też fakt, iż większość wydatków Sądu jest w euro, podczas gdy jej przychód obliczany jest w dolarach amerykańskich. Zwiększenie kosztów arbitrażowych pozwoli Sądowi utrzymać jakość świadczonych usług i przeciwstawić się wpływom zawirowań na światowych rynkach finansowych⁶⁶.

Ponadto, zdaniem Sądu zmiana ukształtowana została na takim poziomie, aby wysokość kosztów była akceptowalna dla przedsiębiorców z jednej strony, z drugiej zaś zapewniała arbitrom odpowiednie wynagrodzenie⁶⁷. Nadal pozostaje w mocy norma art. 2 Załącznika III do Regulaminu, mówiąca, iż w każdej sprawie przy ustalaniu wynagrodzenia arbitra sąd bierze pod uwagę staranność arbitra, poświęcony czas, szybkość postępowania i stopień złożoności sporu w celu określenia kwoty mieszczącej się w wyznaczonych granicach tabeli kosztów. Także, w każdym wypadku strony mogą liczyć na obniżenie kosztów przez ICC przy uwzględnieniu wyżej przytoczonych okoliczności.

Autorka jest aplikantką radcowską w [Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie](#)

⁶⁶ Ogłoszenie ICC: *ICC announces revision of arbitration cost*, dostępne pod adresem:

<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=35955>, ostatnie wejście 24 maja 2004 rok.

⁶⁷ *Ibidem*.

" š Ÿ ± μ œ ¥ j · ¬ ® š ³ š · Ÿ « ° Ò ¬
 3 · © ¥ Ò Ÿ ¶ μ^a š ® « Ÿ « ³ μ œ α · ¬ ¬ « ® š
 dr ž š ° š ® ¶ μ^a š · ! ¥ œ α š é « ³ ¬ š š

Ocena istnienia przesłanek jurysdykcji międzynarodowego trybunału arbitrażowego dokonywana na podstawie umów BIT i Konwencji ICSID interpretowanych w przy zastosowaniu zasady dobrej wiary ma zapobiec sytuacji, że międzynarodowy system ochrony, jaki stwarza prywatnemu podmiotowi warunki dochodzenia roszczeń przeciwko państwu, używany byłby do celów, dla jakich nie został stworzony.

Dostęp inwestora zagranicznego do arbitrażu międzynarodowego z państwem jest istotnym elementem ochrony inwestycji zagranicznych. Państwo wyraża swoją zgodę na arbitraż w dwustronnej lub wielostronnej umowie o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji zawartej z państwem przynależności inwestora, a inwestor wyraża wolę skorzystania z tej metody rozstrzygania sporów poprzez wniesienie wniosku o arbitraż, co wszczyna procedurę powołania trybunału. W systemie ICSID, przed utworzeniem trybunału, występuje dodatkowy etap procedury: prowadzona przez Sekretarza Generalnego ICSID na podstawie Art. 36 [Konwencji waszyngtońskiej](#) wstępna ocena pod kątem istnienia w sprawie przesłanek jurysdykcji ICSID.

Jeżeli Sekretarz Generalny ICSID nie stwierdzi, że istnieją oczywiste przeszkody jurysdykcyjne, to jego wstępna ocena kończy się rejestracją sporu w ICSID. Oczywiście nie jest ona wiążąca dla trybunału, który samodzielnie ocenia, czy posiada jurysdykcję w sprawie, podobnie jak czynią to trybunały orzekające na podstawie innych reguł arbitrażowych, np. na podstawie [Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL](#), powszechnie wskazywanego w umowach BIT. Postępowanie z powództwa inwestora zagranicznego przeciwko państwu przyjmującemu inwestycje zakończy się na etapie jurysdykcyjnym, jeżeli okaże się, że w konkretnej sprawie nie występuje podmiotowa, przedmiotowa i czasowa właściwość trybunału,

czyli że spór pomiędzy powodem a pozwanym państwem nie jest „sporem dotyczącym inwestycji” wskazanym przez państwa-strony w traktacie o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji, który objęty jest ich zgodą na arbitraż. W postępowaniu prowadzonym w ramach systemu ICSID kontroli podlega również spełnienie przesłanek jurysdykcyjnych określonych w Konwencji waszyngtońskiej. Praktyka wskazuje, że najwięcej kontrowersji budzi to, czy zagraniczny inwestor dokonał „inwestycji” w państwie przyjmującym.

Powód-zagraniczny inwestor może mylić się co do istnienia przesłanek poddania sporu z państwem obcym pod arbitraż międzynarodowy. Jednak, jak dowodzi kilka niedawno zapadłych wyroków, niekiedy mamy też do czynienia z nadużyciem prawa dostępu do międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego i próbami wykorzystywania systemu ochrony praw inwestora zagranicznego do celów, dla których system ten nie został ustanowiony. Trybunały na to nie zezwalają, a zdecydowanie negatywna ocena takich działań ze strony nieuczciwych inwestorów przejawia się również w sposobie orzekania przez trybunały o kosztach postępowania. Za ilustrację problemu nadużycia prawa dostępu do arbitrażu posłuży orzeczenie zapadłe w 2009 r.: [Phoenix Action, Ltd., Claimant v. The Czech Republic, Respondent \(ICSID Case No. ARB/06/5\) – wyrok z dnia 15 kwietnia 2009 r.](#)

Spółki, których udziały posiadał powód, były w państwie swojej siedziby – tj. w Republice Czeskiej – stronami postępowań, jakie staran-

Autorka jest adiunktem na [Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego](#) i radcą prawnym.

nemu i rozsądnemu inwestorowi zazwyczaj dyktują daleko posuniętą ostrożność przy podejmowaniu decyzji inwestycyjnych.

Podstawą rozstrzygnięcia sporu w sprawie Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic była umowa czesko-izraelska o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji z 1997 r., a postępowanie toczyło się według [Konwencji waszyngtońskiej i regulaminu arbitrażowego ICSID](#). Izraelski inwestor zarzucił Republice Czeskiej naruszenie jego inwestycji polegającej na sprawowaniu kontroli nad dwiema spółkami czeskimi. Naruszenie to wynikało, według twierdzeń powoda, z braku rozstrzygnięcia w postępowaniu przed sądem czeskim sporów gospodarczych, których stroną była czeska kontrolowana spółka. Drugi zarzut naruszenia traktatu powód wywodził z faktu, że konto spółki czeskiej zostało zablokowane, jej siedziba przeszukana, a dokumentacja zajęta w związku z postępowaniem skarbowym i celnym. Stan ten powstał przed i trwał po nabyciu udziałów w tych spółkach przez inwestora. Inwestor zawiadomił Republikę Czeską o powstaniu sporu inwestycyjnego już w dwa miesiące po dokonaniu inwestycji, zaś przed arbitrażem scharakteryzował naruszenia jako odmowę przez pozwane państwo zastosowania wymiaru sprawiedliwości wobec spółek czeskich i poddanie jego inwestycji traktowaniu, które narusza gwarantowaną w traktacie zasadę traktowania słusznego i sprawiedliwego. W toku postępowania zostało ustalone, że spółka izraelska została utworzona i kontrolowana jest przez zbiegłego z Czech obywatela tego kraju, wobec którego – w związku z jego działalnością gospodarczą – prowadzone było postępowanie karne. Spółka izraelska w 2002 r. nabyła udziały w dwóch spółkach czeskich od osób prawnych kontrolowanych przez żonę i córkę owego Czecha, a w 2008 r. odsprzedała te udziały podmiotom, od których je uprzednio nabyła. W sprawie istotne jest, że w chwili nabycia udziałów przez inwestora izraelskiego żadna z czeskich spółek, wcześniej działających w dziedzinie obrotu żelazostopami, uwikłana w spory sądowe i postępowanie skarbowe, nie prowadziła działalności gospodarczej i nie wznowiła jej będąc pod nową kontrolą.

Kluczowe dla stwierdzenia istnienia jurysdykcji trybunału arbitrażowego jest ustalenie, czy inwestor dokonał inwestycji w państwie obcym oraz czy była to „inwestycja chroniona”. Inwestor, który ubiega się o wszczęcie postępowania w ramach jurysdykcji międzynarodowej na podstawie traktatu inwestycyjnego, musi dowieść, że był inwestorem we właściwym czasie, tj. w chwili, kiedy nastąpiły zdarzenia będące podstawą roszczenia. Inwestora obciąża więc ciężar dowodu, że nabył akcje spółki, wobec której państwo zastosowało środki charakteryzowane przez inwestora jako wywłaszczenie, dyskryminacja, odmowa traktowania równego i sprawiedliwego (rozstrzygnięcie, czy rzeczywiście były to tego rodzaju środki, nastąpi w fazie merytorycznej postępowania) oraz to, że nabycie nastąpiło przed zastosowaniem przez państwo tych środków, tj. że zarzucane wywłaszczenie miało za przedmiot inwestycję inwestora zagranicznego, chronioną przez traktat. Przeniesienie akcji przez współnika spółki mającego tę samą przynależność państwową, co spółka, na zagraniczną osobę fizyczną lub prawną ma ten skutek, że spory wynikające z działań wobec spółki podejmowanych przez państwo po zmianie współnika, mogą być rozpoznawane przez międzynarodowy trybunał arbitrażowy w oparciu o umowę BIT – a gdyby takiego przeniesienia akcji nie było, to spór pozostałby sporem „wewnętrznym”, a dla jego rozstrzygnięcia właściwe byłoby prawo i sądy krajowe.

Trybunał orzekający w sprawie Phoenix przypomniał stosowaną w arbitrażu międzynarodowym zasadę, że pewne fakty podlegają ocenie już na etapie postępowania w sprawie jurysdykcji, tj. te, od których zależy istnienie właściwości trybunału: „t i i ... i ± ® μ - Ÿ μ § œ | š ' ¶ š " j μ ' « Ÿ ' ¥ - © ± - ¶ Å ' « a j ' > μ Å ' 3 μ § š ¶ š jurysdykcyjnym(¶ 62). „t i i i ... ¥ ' © 3 ¥ j ® Ÿ ¶ j a ¥ j © ' - ° ® « a ¶ ® μ œ ¶ ¶ š " j μ ' ¥ - ° a ¥ j a ¥ j ' | ± ® μ - Ÿ | j - ° i ' ° ® μ > ± a š é ' © ± - ¥ ' « a j ' - « ® a j ' © ¥ Ò Ÿ ¶ μ ' - ° ® « a ¥ œ ¶ ' ¥ - ° a ¥ j a ¥ š ' a š ' - « Ÿ - °

Przedstawione przez powoda oraz inwestora] i prawa przewidzianych w ICSID, a brak jest zamiaru prowadzenia działalności (inwestor nie miał żadnych planów, ani nie przedsięwziął żadnych działań w celu doprowadzenia do wznowienia zawieszonych działalności). Inwestycja została dokonana w złej wierze: miała na celu uzyskanie zdolności do prowadzenia przeciwko państwu postępowania na forum międzynarodowym. Transakcja przeniesienia udziałów odbyła się w gronie rodziny. Trybunał orzekł, że inwestycja miała doprowadzić do przekształcenia sporu podlegającego prawu wewnętrznemu w międzynarodowy spór inwestycyjny, a skoro tak, to nie kwalifikuje się ona do rozpoznania na podstawie dwustronnego (czesko-izraelskiego) traktatu o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji i w systemie ICSID. Trybunał orzekł więc, że nie posiada jurysdykcji w sprawie (VIII.1).

Kolejną zasadniczą kwestią dla stwierdzenia jurysdykcji trybunału jest ustalenie, czy dokonana przez inwestora zagranicznego inwestycja jest inwestycją „chronioną” przez normy prawa międzynarodowego. Orzecznictwo jest zgodne, że o istnieniu inwestycji przesądza wniesienie przez inwestora określonego wkładu, kontynuowanie inwestycji przez dłuższy czas i ponoszenie przez inwestora ryzyka gospodarczego, jak również – według orzecznictwa ukształtowanego w oparciu o tzw. test ze sprawy Salini ([Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4](#)) – przyczynianie się do rozwoju państwa przyjmującego.

W sprawie Phoenix nie podlegało wątpliwości, że akcje spółek czeskich rzeczywiście zostały nabyte przez inwestora izraelskiego, zgodnie z prawem czeskim; istnienie jurysdykcji podmiotowej, temporalnej i zgoda stron na arbitraż zostały potwierdzone. Jednak do stwierdzenia istnienia jurysdykcji *rationae materiae* trybunału w sporze inwestora izraelskiego z Republiką Czeską konieczne było również ustalenie, że była to inwestycja „objęta ochroną”. Uznając, że ocena, czy dana inwestycja przyczynia się do rozwoju państwa przyjmującego jest niemożliwa ze względu na rozbieżności co do znaczenia pojęcia „rozwój”, trybunał w sprawie Phoenix zastosował kryterium wkładu inwestycji do gospodarki danego kraju (¶ 85).

Zastosował jednak dodatkowe kryterium, wywiedzione z celowościowej wykładni Konwencji waszyngtońskiej, mianowicie kryterium dobrej wiary. Inwestycja zagraniczna musi być dokonana w dobrej wierze. Inwestycja ma być środkiem do prowadzenia działalności gospodarczej w państwie przyjmującym (nawet, jeżeli dokonywana jest w podupadające przedsiębiorstwo), nie zaś sposobem uzyskania przez inwestora dostępu do międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego w sporze z państwem. „Zastosowanie tego kryterium przez powoda i inwestora zastępstwa profesjonalnego przez drugą stronę,

W świetle przedstawionej wyżej wykładni traktatów inwestycyjnych i Konwencji ICSID, trybunał orzekł o braku jurysdykcji do rozpoznania sprawy.

W sprawie Phoenix trybunał arbitrażowy uznał, że inwestor izraelski rzeczywiście wydatkował środki na nabycie udziałów w czeskich spółkach, jego inwestycja trwała przez pewien czas (zbył te udziały po kilku latach), poniósł pewne ryzyko gospodarcze inwestycji, nie była ona jednak dokonana w celu prowadzenia działalności gospodarczej (inwestor nie miał żadnych planów, ani nie przedsięwziął żadnych działań w celu doprowadzenia do wznowienia zawieszonych działalności). Inwestycja została dokonana w złej wierze: miała na celu uzyskanie zdolności do prowadzenia przeciwko państwu postępowania na forum międzynarodowym. Transakcja przeniesienia udziałów odbyła się w gronie rodziny. Trybunał orzekł, że inwestycja miała doprowadzić do przekształcenia sporu podlegającego prawu wewnętrznemu w międzynarodowy spór inwestycyjny, a skoro tak, to nie kwalifikuje się ona do rozpoznania na podstawie dwustronnego (czesko-izraelskiego) traktatu o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji i w systemie ICSID. Trybunał orzekł więc, że nie posiada jurysdykcji w sprawie (VIII.1).

Inwestor nadużył więc prawa do wszczęcia sporu przed międzynarodowym trybunałem inwestycyjnym. Jaki były tego konsekwencje? Trybunał w całości obciążył powoda kosztami opłat wnoszonych do ICSID oraz kosztami zastępstwa profesjonalnego przez drugą stronę,

odstępując przy tym od konkurencyjnej, często stosowanej w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym praktyki, że każda ze stron ponosi własne koszty.

Przytoczone orzeczenie potwierdza, że przy rozstrzygnięciu międzynarodowych sporów inwestycyjnych w pełni znajduje zastosowanie zasada dobrej wiary. Na etapie jurysdykcyjnym, gdy trybunał bada swoją właściwość, kryterium dobrej wiary stosuje do oceny, czy zagraniczny inwestor dokonał inwestycji. Nie może ona kończyć się na potwierdzeniu formalnych przesłanek istnienia inwestycji, lecz musi sięgać głębiej. Inwestycja powinna być zgodna z prawem państwa przyjmującego. Międzynarodowe trybunały arbitrażowe uznały się za niewłaściwe do rozstrzygnięcia sporu wszczętego przez inwestora, który naruszył przepisy dotyczące przetargu, będącego następnie podstawą do rozpoczęcia inwestycji (przedkładał władzom państwowym niezgodne z prawdą informacje na temat doświadczeń i kompetencji swojego personelu, powiązań z innymi uczestnikami przetargu i sprawozdania finansowe), bo nie było odpowiednich przesłanek do rozstrzygnięcia przetargu. W tym zakresie, na etapie jurysdykcyjnym, zastosowanie znalazło prawo wewnętrzne państwa przyjmującego inwestycję. Także obejście przepisów dotyczących dopuszczalnego maksymalnego udziału inwestorów zagranicznych w pewnych spółkach, przez zawieranie umów akcjonariuszy, oraz korumpowanie przez inwestora urzędników państwowych były podstawą orzekania przez trybunały, że inwestycja nie została dokonana zgodnie z prawem państwa przyjmującego, nie zasługuje więc na ochronę.

Ocena istnienia przesłanek jurysdykcji międzynarodowego trybunału arbitrażowego dokonywana na podstawie umów BIT i Konwencji ICSID interpretowanych w przy zastosowaniu zasady dobrej wiary ma zapobiec sytuacji, że międzynarodowy system ochrony, jaki stwarza prywatnemu podmiotowi warunki dochodzenia roszczeń przeciwko państwu, używany byłby do celów, dla jakich nie został stworzony. Szczególny reżim rozstrzygania sporów przed arbitrażem międzynarodowym

zarezerwowany jest dla działających w dobrej wierze inwestorów zagranicznych, którzy inwestują swoje kapitały, technologie, *knowhow* etc. w innym państwie w zamiarze prowadzenia tam rzeczywistej działalności gospodarczej, przez dłuższy czas, ponosząc normalne ryzyko gospodarcze. Natomiast dostęp do międzynarodowego trybunału arbitrażowego ma równoważyć ryzyko, że obce państwo może naruszyć udzielone przez siebie gwarancje należytego traktowania inwestora, których istnienie było przesłanką skierowania tam przez inwestora swojej inwestycji. Przez zastosowanie koncepcji dobrej wiary i nadużycia prawa system ochrony inwestycji zagranicznych odrzuca próby wykorzystywania go w sposób niezamierzony przez państwa, które go stworzyły.

Cytowane orzeczenie:

Phoenix Action, Ltd., Claimant v. The Czech Re-public, Respondent, ICSID Case No. ARB/06/5 – wyrok z dnia 15 kwietnia 2009 r.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=viewCase&reqFrom=Home&caseId=C74>

' → ® Š 3 Š · ° ± - ° ® ¥ Š a · ° ¥ ® " ¥ ·

ÿ ® · ! š ® œ¥ a · Ž š é ÿ ± ë - § ¥

W niedawno opublikowanej decyzji trybunału arbitrażowego Republika Słowacji wygrała spór inwestycyjny na etapie jurysdykcyjnym z Austrian Airlines, zarzucającej Słowacji naruszenie dwustronnej umowy inwestycyjnej (BIT). Charles N. Browne złożył zdanie odrębne. Pozostałymi arbitrami byli prof. Gabrielle Kaufmann Kohler i dr* « | ° Đ œæ · (® š - "

Jednym z najbardziej charakterystycznych i interesujących zagadnień w ramach omawianego wyroku jest dokonana przez trybunał interpretacja restrykcyjnych przepisów dotyczących jurysdykcji. Artykuł 4 BIT stanowił, że inwestor będzie miał prawo do zbadania legalności wyłączenia przez kompetentne władze krajowe oraz że – w przypadku roszczeń dotyczących wysokości odszkodowania – będzie mógł wybrać między kompetentnymi władzami krajowymi a trybunałem arbitrażowym ustanowionym na podstawie art. 8 BIT. Artykuł 8 przewidywał z kolei jurysdykcję trybunału arbitrażowego w przypadku sporu dotyczącego sumy lub warunków wypłaty odszkodowania za wyłączenie. Takie przepisy występują od czasu do czasu w umowach inwestycyjnych zawieranych przez byłe państwa socjalistyczne i były już przedmiotem arbitrażu m.in. w takich sprawach jak *Renta 4 S.V.S.A et al. v. Russian Federation and Tza Yap Shum v. Republic of Peru*

Kluczową kwestią była interpretacja i zastosowanie klauzuli największego uprzywilejowania (KNU) zawartej w art. 3.1 BIT, która zobowiązywała strony umowy do przyznania inwestorom drugiej strony i ich inwestycjom traktowania nie mniej korzystnego niż to, które jest przyznane inwestorom jakiegokolwiek trzeciego państwa i ich inwestycjom. Artykuł 3.2 BIT wprowadzał pewne wyjątki od KNU, dotyczące m.in. regionalnych ugrupowań integracji gospodarczej. Zdaniem *Austrian Airlines* KNU znajduje zastosowanie w sprawie i dzięki temu skarżący może powołać

się na bardziej korzystne przepisy z innych dwustronnych umów inwestycyjnych w celu zbadania rzekomego wyłączenia przez trybunał arbitrażowy.

Trybunał rozważył kontekst KNU, jak również słowacką praktykę traktową z odpowiedniego okresu czasu oraz ° ® š 2 š ± ' · - , By- š ® stwierdzić, że „wobec wys a i | · ¥ · § < ¥ a ° i a œ | ¥ · - ° ® « a · « £ ® š a ¥ · ÿ « ° µ œ ¶ Å œ µ œæ · - ± © µ · § « © - j a ¥ · 3 µ é Å œ ¶ j a ¥ j © · - « ® ñ 3 · 3 µ 3 é š - ¶ œ ¶ j a ¥ š · > µ é « > µ ± a ¥ j 3 š a ¥ j a ¥ j · § « a § ® i ° a j · nieskonkretyz 3 š a j | · ¥ a ° i a œ | ¥ · 3 µ (par. 135). Stąd wydaje się, że zasadą jest, by konkretna intencja (wola) stron przeważała nad ogólną KNU, chyba że inwestor udowodni przeciwną tezę. Warto również zauważyć, że zdaniem trybunału KNU należy rozumieć w kontekście innych przepisów oraz w świetle okoliczności towarzyszących. Te stwierdzenia nie są jednak czymś nowym w świetle uznanych zasad interpretacji traktatów. Decyzja trybunału stanowi kolejny głos w żywej dyskusji na temat problemu zakresu stosowania KNU w międzynarodowym prawie inwestycyjnym. Niezależnie od tego, jej rola i wpływ na przyszłe trybunały inwestycyjne pozostaje sprawą przyszłości.

Zarówno orzeczenie, jak i zdanie odrębne, omawiają wiele interesujących kwestii dotyczących prawa międzynarodowego. Szczególnie interesujące mogą być wywody poświęcone roli precedensu w międzynarodowym prawie inwestycyjnym, interpretacja BIT w świetle Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, ze szczególnym uwzględnieniem zasad *expression unius est exclusion alterius* oraz " š · œ « © - É ° j a œ œ « © - É ° j a œ j

Autor jest pracownikiem naukowym [Katedry Prawa Międzynarodowego Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu](#), e-mail: mmk@post.pl.

Sprawozdanie z konferencji

Dispute Resolution in M&A Transactions: Tactics, Challenges, Defences

Warszawa, 13-14 maja 2010 r.

John E. Beerbower

13 i 14 maja 2010 r. w Warszawie ponad 300 prawników oraz biznesmenów uczestniczyło w Konferencji 'Dispute Resolution in M&A Transactions'. Konferencja została zorganizowana przez Sąd Arbitrażowy przy PKPP Lewiatan, a jej partnerami były: Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy przy ICC, *American Bar Association* *ArbitralWomen* Konferencja była pomysłem *Beaty Gesse Kalinowskiej vel Kalisz* partnera zarządzającego kancelarii GESSEL i Wiceprezes Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan oraz *Yulii Andreevej z Debevoise & Plimpton LLP*, jako współprzewodniczących. Konferencja była współfinansowana ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego, jako jedno z zadań projektu promującego arbitraż jako polubownej metody rozwiązywania konfliktów gospodarczych. Honorowy patronat nad Konferencją objęło Ministerstwo Spraw Zagranicznych Rzeczypospolitej Polskiej.

Uczestnictwo w Konferencji było niezwykle liczne, zarówno ze względu na brak wolnych miejsc na Sali, jak również wysoki wskaźnik oglądalności transmisji internetowej. Tematy poszczególnych paneli Konferencji skupiały się na roli arbitrażu w międzynarodowych transakcjach M&A. Po uroczystym przywitaniu przez Podsekretarza Stanu ds. prawnych i traktatowych Ministerstwa Spraw Zagranicznych oraz wprowadzeniu przez Prezesa Sądu Arbitrażowego na temat pracy i organizacji Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan, który zaczął szósty rok działalności, miało miejsce sześć paneli,

trwających przeszło półtora dnia. Jakość prezentacji była niezwykle wysoka, a uwaga i entuzjazm publiczności były zadziwiające.

Tematy paneli były nierozłącznie związane z głównym tematem Konferencji, czyli rolą arbitrażu w rozwiązywaniu sporów wynikających z międzynarodowych transakcji M&A. Mówcy poruszali bardzo wiele zagadnień, od sporów wynikających z fazy *pre-closing* aż do ochrony interesu publicznego w transakcjach M&A. Szeroka różnorodność perspektyw – prawnicze oraz biznesowe, korporacyjne oraz arbitrażowe, rządowe oraz prywatne, polskie oraz międzynarodowe – były wysłuchane i omawiane w trakcie dyskusji podczas każdego z paneli oraz serii pytań i odpowiedzi z publiczności.

Pierwszy panel, którego moderatorem był *prof. dr Gerhard Wegel* odpowiadał na pytanie "czy arbitraż ma konkurencję?" Oczywista odpowiedź „tak” została potwierdzona przez panelistów, którzy przeszli do opisywania charakterystycznych cech procedur przed sądami państwowymi w Stanach Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii oraz Polsce, a także postępowań arbitrażowych administrowanych przez ICC. Paneliści rozprawiali na temat mocnych i słabych stron tych alternatyw, jak również potencjału częstszego korzystania z mediacji. Drugiemu panelowi przewodniczyła Wendy Miles i dotyczył on możliwości zastosowania procedur przyspieszonych (tzw. *fasttrack*) w związku ze sporami wynikającymi w fazie *pre-closing* kiedy szybkość rozwiązania sporu może być kluczowa dla wykonalności transakcji, a nawet dla stanu gospodarczego

Autor jest partnerem kancelarii [Cravath, Swaine & Moore LLP w Londynie](#)

stron. Paneliści opisywali rodzaje sporów, jakie mogą powstać w fazie *pre-closing* dyskutowali, czego się oczekuje od „przyspieszonej” procedury, a także wskazali potencjalne możliwości dla „przyspieszonych” oraz nadzwyczajnych rozstrzygnięć sądów w Polsce, Szwecji, Niemiec oraz Szwajcarii, jak również w arbitrażach administrowanych przez instytucje w Szwecji, Niemczech i Szwajcarii. Zostały także opisane możliwości przed ICC oraz LCIA. Dodatkowo, panel wskazał kilka pomysłowych potencjalnych procedur, na które strony mogłyby się zgodzić w ramach arbitrażu *ad hoc* w celu sprostania potrzebom rozwiązywania sporów w fazie *pre-closing*. Jednakże panel poruszył także problem uzależnienia szybkości od konieczności spełnienia wymogów rzetelnego procesu, które mogą być podniesione przez sąd w momencie uznawania orzeczenia.

Podczas lunchu Piotr Nowaczyński, Członek Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego przy ICC, wygłosił mowę powitalną. Postąpił on według swojej własnej wskazówki dotyczącej dobrej przemowy: „*It is not the words you use, but the way you use them that counts.*”

Trzeci panel, którego moderatorem był *dr Karl Wach* omawiał arbitraż w odniesieniu do sporów wynikających w fazie *post-closing*. Panel posłużył się serią hipotetycznych sporów wynikających z transakcji czterostronnych. Na podstawie tych scenariuszy, panel przedstawił zagadnienia związane z odszkodowaniami oraz roszczeniami trzeciej strony, a także oczekiwanym wpływem rezultatu jednego postępowania arbitrażowego na następne, wynikające postępowanie z udziałem innego z uczestników. Paneliści opisali, jak niektóre aspekty prawne dotyczące przyczynienia się lub miarkowania szkód, byłyby rozwiązywane według prawa polskiego, hiszpańskiego lub austriackiego jako rządzącego postępowaniem oraz jaka jest sytuacja połączonych powództw według reguł postępowania różnych instytucji, także Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan. Czwarty panel, któremu przewodniczyła *dr*

Beata Gessl-Kalinowska vel Kalisz dotyczył innego hipotetycznego aspektu sporów wynikających z fazy *post-closing* mianowicie oświadczeń i zapewnień dla transakcji określonego rodzaju dotyczących przejęcia udziałów należących do udziałowców mniejszościowych. Ponownie panel przedstawił, jak poszczególne zagadnienia byłyby analizowane i prawdopodobnie rozwiązane w różnych jurysdykcjach, m.in. Stanów Zjednoczonych, Niemiec, Francji, Szwajcarii, Litwy i Polski. Paneliści również dyskutowali na temat wysokości odszkodowań przy takich roszczeniach. Obydwa panele podkreśliły konieczność sporządzania klauzul umownych oraz arbitrażowych w sposób umożliwiający osiągnięcie pożądanego wymagających rezultatów.

Po doskonałej kolacji w restauracji w Łazienkach Królewskich, poprzedzonej uroczym koncertem wybranych utworów Fryderyka Chopina zagranych przez *Łazienki Muzyki*, Konferencja została wznowiona w piątek rano przez wystąpienie *dr Christiny Martinetti* na temat pracy ICC nad *Wrocławskimi* umowami, dotyczącymi również transakcji M&A.

Piąty panel, któremu przewodniczył *dr Philip Habegger* zaprezentował poglądy korzystających z arbitrażu oraz postępowań sądowych, czyli klientów. Oprócz wielu komentarzy dotyczących praktycznych aspektów, paneliści podkreślali potrzebę lepszego uświadamiania klientów przez swoich prawników na temat zalet i wad arbitrażu oraz rodzajów przepisów arbitrażowych, które mogą wykorzystać. Panel pokreślił, jak zostało wskazane przez kilku poprzednich mówców, że sporządzenie klauzuli arbitrażowej w typowej umowie M&A jest zazwyczaj dokonywane w ostatniej chwili, z niewielkim udziałem klienta oraz często przez prawników zajmujących się wyłącznie transakcją bez należytego zrozumienia poszczególnych zagadnień i dokonywanych wyborów. Szósty panel, którego moderatorem była *Yulia Andreeva* omawiał zagadnienia powstające w sytuacjach, kiedy

jedną ze stron sporu handlowego lub inwestycyjnego jest państwo. Paneliści poruszali problemy dotyczące interesu publicznego i podobnych zagadnień w procedurach przede wszystkim pojmowanych jako z natury wybitnie prywatne i kontraktowe. Rozgorzała również dyskusja na temat, czy państwo jest uprawnione do wyboru forum przed którym będzie rozwiązywany spór na tej samej podstawie, co podmiot prywatny – prawdopodobieństwa uzyskania zadowalającego rezultatu. Zwrócono również uwagę, iż obecnie przygotowywane są nowe reguły UNCITRAL, które mają dotyczyć niektórych z tych zagadnień.

W ramach moich uwag końcowych podsumowałem kilka zagadnień oraz tematów, które się pojawiły, stwierdzając z widoczną aprobatą, że wyzwania oraz szanse arbitrażu nie mogą być oparte jedynie o sugestie instytucji arbitrażowych oraz profesjonalnych arbitrów, ale też konieczne jest uczestnictwo klientów oraz prawników, którzy doradzają swoim klientom w zakresie transakcji M&A. Klienci oraz ich doradcy mogą sprawić, by arbitraż jako alternatywna metoda rozwiązywania sporów dawała im to, czego chcą i potrzebują w wielu różnych sytuacjach.

Wreszcie, serdecznie dziękuję i gratuluję *Beacie Geselei Yulii Andreevej* które przewodniczyły organizacji tej Konferencji oraz następnie w doprowadzaniu jej do takiego sukcesu!

XX. Kongres ICCA, Rio de Janeiro, 23-26 maja 2010 r.

dr Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz

XX. Kongres ICCA, pod hasłem *Arbitration Advocacy in Changing Times*, odbył się w dniach 23-26 maja 2010 r. w Rio de Janeiro w Brazylii. Wydarzenie to przyciągnęło ponad 860 delegatów.

Uroczyste rozpoczęcie Kongresu miało miejsce na szczycie słynnej góry Głowa Cukru (*Pão de Açúcar*). Uczestników przywitał nowy przewodniczący ICCA, Jan Paulsson, który objął tę funkcję po ustępującym Geroldzie Hermannie. Podczas Kongresu zostały przedstawione również pozostałe nominacje. Na stanowiska nowych wiceprzewodniczących ICCA zostali powołani: Teresa Cheng, Guillermo Aguilar Alvarez i Alexander Komarov, którzy zastąpili Donalda Donovana, Michaela Hwang i Lisa Nowym sekretarzem generalnym ICCA został Kap-You Kim z Korei, obejmując stanowisko po Antonio R. Parrze.

Pierwsza robocza sesja konferencji dotyczyła skutecznego oraz przeglądu oczekiwań od pełnomocników z perspektywy wszystkich uczestników postępowania arbitrażowego. Szczególne emocje wzbudziło wystąpienie Carlosa A. Carmony na temat „amerykanizacji” postępowania arbitrażowego. Z polskiej perspektywy, w pełni podzielałam jego uwagi. (Mówcy: Arthur Marriott Q, Donald Donovan, Antonio Crivellaro, Carlos Alberto Carmona).

Kolejna sesja zatytułowana „Strategic Management” (Strategiczne decyzje), którą przewodniczył Yves Derains, dotyczyła strategicznych decyzji, przed podjęciem których staje arbiter we wstępnej fazie postępowania

arbitrażowego oraz konsekwencji dokonanych wyborów. (Mówcy: Yves Derains, John Townsend, Karim Hafez, Meg Kinneer, V.V. Veeder QC).

Ostatnia sesja pierwszego dnia Kongresu „Effective Advocacy in the Written and Procedural Phases of Arbitration” została poświęcona efektywnemu prowadzeniu spraw w fazie pisemnej. Sesja ta stanowiła przegląd procedur wykorzystywanych w tej fazie postępowania w kontekście skutecznego sposobu reprezentacji w postępowaniu arbitrażowym. (Mówcy: Carlos Nehring, Nigel Blackaby, Jalal El Ahdaf, Guillermo Aguilar Alvarez, Diana C. Droulers, John L. Gardiner).

Drugi dzień Konferencji otworzyła sesja poświęcona roli ekspertów (Eksperci), która osobiście bezstronnie przedstawiła rolę ekspertów w arbitrażu międzynarodowym, poruszając również kwestię ich niezależności, relacji ze składem orzekającym, a także wpływem, jaki mogą wywierać na decyzje podejmowane przez sąd arbitrażowy. (Mówcy: Bernard Hanotiau, Klaus Michael Sach, Bushyant Day, Paul Friedland).

Następnie uczestnicy Kongresu mieli możliwość bliższego przyjrzenia się rozprawie arbitrażowej, podczas sesji (Rozprawa).

Dyskusowano na temat znaczenia różnic kulturowych oraz odpowiednich standardów przesłuchiwanie świadków. Jednocześnie próbowano określić najlepsze praktyki dotyczące prowadzenia rozprawy w arbitrażu międzynarodowym. Zagadnienie to poruszono także podczas końcowych wystąpień na Konferencji. Jedną z konkluzji nasuwających się

Autorka jest Wspólnikiem Zarządzającym kancelarii GESSEL oraz Wiceprezesem Sądu Arbitrażowego przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan

w związku z procesem przesłuchiwania świadków (tzw. *cross-examination*) była różnica w podejściu anglosaskim i kontynentalnym w tym zakresie. Podczas gdy w tradycji anglosaskiej prawnicy są dobrze przygotowani do tzw. *cross-examination*, to w przypadku prawników kontynentalnych zachodzi wyraźna potrzeba wprowadzenia tego elementu do systemu szkolenia. (Mówcy: *David Cairns, Marinn Carlson, Claus von Wobeser, Alejandro Escobar*)

Kolejnym punktem programu był panel *Advocacy after the issue of the Arbitral Award* (Reprezentacja po wydaniu orzeczenia arbitrażowego). Punktem wyjścia w dyskusji był fakt, że strony postępowania arbitrażowego coraz częściej korzystają z każdej sposobności, by doprowadzić do uchylenia lub zmiany orzeczenia sądu arbitrażowego. (Mówcy: *Audley Sheppard, Luiz Olavo Baptista, Eduardo Zuleta, Claudia Fruto, Beterson*)

Ostatni panel Kongresu został poświęcony konstytucyjnej sesja ta skupiała się na relacji między prawem konstytucyjnym, prawami podstawowymi a orzeczeniami arbitrażowymi. Bardzo interesującą prezentację wygłosiła *Teresa Cheng*, która zaprezentowała szereg zagadnień i wyroków sądów dotyczących finansowania postępowań arbitrażowych. (Mówcy: *Laurence Boisson de Chazoyre, Guido Tawil, Teresa Cheng, Josefa Sica, Mirabej*)

Uczestnicy uroczystej Gali, która miała miejsce w Narodowym Muzeum Historii, byli również świadkami inauguracji **Young ICCA**, nowego stowarzyszenia pod patronatem ICCA, skierowanego do młodych praktyków arbitrażu oraz studentów na całym świecie.

Konferencję zamykało przemówienie wygłoszone przez *Doaka Bishopa*, „**Ethics in Practicing Before International Arbitral**

(*Doak Bishop Margrete Stevens*) obowiązuje model prawników kodeksu etycznego w arbitrażu jest niewystarczający. Projekt kodeksu jest próbą wypracowania wspólnych zasad etycznych (uwzględniający zarówno podejście anglosaskie jak i kontynentalne) dla pełnomocników występujących w międzynarodowych postępowaniach arbitrażowych. Pełny tekst wraz z komentarzem dostępny jest na stronie: www.arbitration-icca.org.

Po zakończeniu Kongresu ICCA, 26 maja 2010 r. *Young Arbitration Practitioners (YAP)* korzystając z gościnności Brazylijskiego Komitetu Arbitrażowego (*Brazilian Arbitration Committee*) zorganizowali ósme Kolokwium – „*Arbitration and the Law*”. Dyskusja, którą poprowadzili *V.V. Veeder* i *Guillermo Aguillar-Alvarez* i *Valeria Galindez* i *Željko* i *Arrocha* skupiała się na «statucie» oraz obowiązkach arbitrów, arbitrażu i podmiotów niezależnych. Kolokwium cieszyło się wielkim zainteresowaniem uczestników ze względu na żywołowy i niezwykle ciekawy charakter dyskusji.

Splendoru tegorocznemu Kongresowi ICCA dodawało wiele wydarzeń towarzyszących, m.in.: wspaniała ceremonia otwarcia na słynnej górze Głowa Cukru, uroczysta Gala w Muzeum Historii Narodowej, przyjęcie w Muzeum Sztuki Nowoczesnej, przyjęcie w Klubie Jachtowym czy brazylijski grill w klubie flamengo. Wszystko to oraz znacznie więcej we wspaniałej scenerii plaży Copacabana przyczyniło się do wielkiego sukcesu Kongresu.

Więcej informacji (lista mówców, materiały konferencyjne itd.) dostępnych jest na stronie: www.iccario2010.org.

ž # ~ | ž ' · ~ # " & - , fl · \$ & ° ž (- ž · ' ° & " Ł (& ° - # + - , fl

Sylwester Pieckowski

Pod koniec maja br. grupa ekspertów pracujących pod egidą Polskiego Stowarzyszenia Sądownictwa Polubownego ogłosiła projekt Kodeksu Dobrych Praktyk Stałych Sądów Polubownych. Mając na uwadze jego nowatorski charakter, Redakcja zdecydowała się opublikować projekt, wraz z listem Prezesa Stowarzyszenia adw. Sylwestra Pieckowskiego i zaproszeniem do dyskusji. Chcielibyśmy, aby ta dyskusja mogła toczyć się również na łamach e-Przeglądu. Zapraszamy do wyrażania opinii.

Drodzy Koleżanki i Koledzy!

Misją i statutowym zadaniem Stowarzyszenia jest troska o rozwój i jakość sądownictwa polubownego w Polsce, w tym tworzenie standardów.

Zgodnie z uchwałą Zarządu z grudnia 2008 r., uwzględniając wnioski i propozycje środowiska arbitrażowego, Stowarzyszenie podjęło prace nad Kodeksem Dobrych Praktyk Stałych Sądów Arbitrażowych, powołując w tym celu Grupę Ekspertów, której przewodniczy prof. Tomasz Siemiątkowski.

Z przyjemnością w imieniu Zarządu komunikuję, iż Grupa Ekspertów PSSP opracowała projekt Kodeksu i przedstawiła go w dniu 21.05.2010 r.

Z uwagi na duże znaczenie projektowanego Kodeksu i proponowanych w nim zapisów, na wniosek Grupy Ekspertów Zarząd uznał za niezbędne skierowanie projektu Kodeksu do dyskusji środowiskowej, przede wszystkim: do Członków Stowarzyszenia i do głównych stałych sądów arbitrażowych.

W załączeniu przesyłam projekt Kodeksu zapraszając do dyskusji.

Serdecznie pozdrawiam,

Sylwester Pieckowski

\$ ® j ¶ j - · · . š ® ¶ Ä Ÿ ± · \$ ' ' \$

KODEKS DOBRYCH PRAKTYK

' (° ` - , fl ' ' 8 ~ g + ' ° & " Ł (& °

(Projekt)

\$ « " - § ¥ i ' ' ° « 3 š ® ¶ μ - ¶ i a ¥ i ' ' À Ÿ « 3 a ¥ α

Wersja z dnia 21.05.2010 r.

przeredagowana przez Grupę Roboczą

Z+ ° - - + ' na istotną rolę, jaką odgrywa arbitraż w zakresie rozstrzygnięcia sporów wynikających z transakcji handlu międzynarodowego oraz wzrastające znaczenie tej drogi rozstrzygnięcia sporów między polskimi przedsiębiorcami;

W PRZEKONANIU, że polskie sądownictwo arbitrażowe powinno odpowiadać na potrzeby środowiska gospodarczego oraz funkcjonować w sposób przejrzysty i budzący zaufanie do jego rozstrzygnięć, zapewniając postrzeganie arbitrażu jako drogi rozstrzygnięcia sporów w sposób niezależny i bezstronny, bez zbędnej zwłoki i nadmiernych kosztów;

~ # ' (& . i fi ° potrzebę doskonalenia struktur organizacyjnych oraz funkcjonowania stałych sądów arbitrażowych w naszym kraju;

) + . fi ž J ~ " Ł doświadczenia polskiej i światowej praktyki arbitrażowej;

) . " ° ł , 8 , że artykułowanie i rozpowszechnianie dobrych praktyk w arbitrażu przyczyni się do udoskonalenia działalności stałych sądów arbitrażowych;

Polskie Stowarzyszenie Sądownictwa Polubownego postanowiło przyjąć i rekomendować stosowanie przez stałe

sądy arbitrażowe (zwane dalej „sądami arbitrażowymi”) niniejszy Kodeks Dobrych Praktyk Stałych Sądów Arbitrażowych (zwany dalej „Kodeksem”).

& « ¶ Ÿ ¶ ¥ š é ' - ¥ i ® 3 - ¶ μ ° Ÿ ® i - š œ ¥ ' ¥ ' - ® ¶ i - é š a ¥ i ' ž « v

° ® ° μ § ± é ' ' ° Ÿ ® i - š œ ¥ ' ž « Ÿ i §

Kodeks adresowany jest do sądów arbitrażowych oraz wszystkich instytucji i osób, od których może zależeć prawidłowe funkcjonowanie arbitrażu.

° ® ° μ § ± é ' ' \$ ® ¶ i - é š a ¥ i ' ž « v

1. Polskie Stowarzyszenie Sądownictwa Polubownego uznaje za pożądane, aby adresaci Kodeksu kierowali się zasadami, które są w nim wskazane.
2. Kodeks nie pełni roli regulaminu arbitrażowego. Powinien on natomiast stanowić dla sądów arbitrażowych istotną wskazówkę przy kształtowaniu ich statutów i regulaminów.

& « ¶ Ÿ ¶ ¥ š é · Ÿ ® ± £ ¥

® £ š ° ¥ ¶ š œ | š · ¥ · ¢ ± ° § œ | « °
š ® > ¥ ° ® š « ³ µ œ ¢

° ® ° µ § ± é · ° « p' Å ¶ j ¶ š Å Ÿ ± ·
š ® > ¥ ° ® š « ³ j £ «

1. Sąd arbitrażowy, z uwagi na swoją funkcję polegającą na bezstronnym rozstrzygnięciu sporów, powinien korzystać z pełnej odrębności organizacyjnej i funkcjonalnej, w szczególności względem instytucji, przy której działa lub która go powołała.

2. Niezależność sądu arbitrażowego wymaga, aby wykonywanie kompetencji związanych z jego funkcjonowaniem, w szczególności:

- uchwalanie statutu i regulaminu sądu arbitrażowego,

- powoływanie członków organu zarządzającego i organu nominacji zastępczej sądu arbitrażowego,

było poprzedzone rzetelną konsultacją ze środowiskiem arbitrów działających w tym sądzie.

° ® ° µ § ± é · ° § ® ¶ j | ® ¶ µ °
- Å Ÿ ± · š ® > ¥ ° ® š « ³ j £ «

1. Regulamin sądu arbitrażowego powinien być dostępny dla wszystkich zainteresowanych w formie elektronicznej. Regulamin powinien wyczerpująco określać wszelkie kompetencje, jakie w związku z postępowaniem arbitrażowym mogą przysługiwać komukolwiek innemu niż zespół orzekający i jego przewodniczący. Kompetencje te w żadnym wypadku nie mogą obejmować ingerencji w rozstrzygnięcie przez zespół orzekający *meritum* sporu .

2. Przepisy wewnętrzne dotyczące stosunku pomiędzy sądem arbitrażowym a instytucją, przy

której działa lub która go powołała, powinny być jawne i udostępniane na tych samych zasadach, co regulamin sądu arbitrażowego.

3. Przebieg rozprawy, zwłaszcza przebieg postępowania dowodowego, powinien być utrwalany przy pomocy techniki zapisu dźwięku. Strony powinny mieć prawo otrzymania kopii takiego zapisu.

4. Regulamin sądu arbitrażowego powinien przewidywać możliwość publikacji wyroków i postanowień. Publikacja nie powinna zawierać danych pozwalających na zidentyfikowanie stron i sprawy, której wyrok lub postanowienie dotyczy.

° ® ° µ § ± é · ° + µ · « § « p Å ·
š ® > ¥ ° ® š « ³ µ œ ¢

1. Informacja o wysokości opłat arbitrażowych i sposobie ich ustalania w sądzie arbitrażowym powinna być ogólnie dostępna.

2. System opłat arbitrażowych pobieranych przez sąd arbitrażowy powinien być na tyle obiektywny i wyczerpujący, aby wysokość opłat w jak najmniejszym stopniu zależała od uznania sądu lub zespołu orzekającego.

3. System opłat arbitrażowych pobieranych przez sąd arbitrażowy powinien być tak skonstruowany, aby wnoszący pismo wszczynające postępowanie lub inne pismo podlegające opłacie mógł zawczasu samodzielnie ocenić, jaka będzie wysokość podstawowych opłat, które będzie zobowiązany wnieść.

4. Opłaty arbitrażowe wnoszone przez strony powinny służyć pokryciu wynagrodzeń arbitrów,

wydatków arbitrów, wydatków na przeprowadzenie dowodów, sporządzenie tłumaczeń i innych wydatków związanych z postępowaniem arbitrażowym, a także wszelkich innych wydatków związanych z funkcjonowaniem sądu arbitrażowego.

& « ¶ Ÿ ¶ ¥ š é ° ® ¶ i œ ¥
(3 « ® ¶ i a ¥ j ¶ i - « é ñ 3 « ® ¶ i

° ® ° µ § ± é · « © ¥ a « 3 š a ¥ j

Nominowanie arbitra, bez względu na to, czy dokonywane jest przez stronę, arbitrów czy w drodze nominacji zastępczej lub w innym trybie, powinno być poprzedzone nawiązaniem kontaktu z kandydatem w celu przedstawienia mu istotnych danych dotyczących przedmiotu i stron sporu, i uzyskania jego zgody na objęcie funkcji. Z kontaktu takiego można zrezygnować wyłącznie w przypadku arbitra wpisanego na listę arbitrów sądu arbitrażowego, jeżeli z okoliczności wynika, że prawdopodobieństwo ewentualnego konfliktu interesów lub innych przyczyn braku zgody jest znikome.

° ® ° µ § ± é · Ź « a © ¶ i ¥ š ± é š ¥ a °
« é ñ a š

W braku odmiennego porozumienia między stronami obowiązującym standardem w kwestii konfliktu interesów powinien być Wytyczne IBA dotyczące konfliktu interesów w arbitrażu międzynarodowym (*IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration*)

° ® ° µ § ± é · # ® é š a · a « © ¥ a š

1. Regulamin sądu arbitrażowego powinien ustanawiać organ powołany do dokonywania nominacji zastępczej (organ nominacji zastępczej) oraz określać zasady i tryb działania tego organu,

w tym w szczególności tryb wyłaniania kandydatów na arbitrów oraz tryb nominowania arbitrów.

2. Organ nominacji zastępczej powinien być odrębnym organem w strukturze organizacyjnej sądu arbitrażowego, niezależnym od innych jego organów.

§ š | Å œ µ œ ¨
3. Organ nominacji zastępczej powinien:

- uwzględniać wolę stron w zakresie kwalifikacji nominowanego arbitra,
- dążyć do zapewnienia bezstronności arbitrażu,
- w sporze między stronami mającymi miejsce zamieszkania (siedzibę) w różnych państwach rozważyć potrzebę nominowania osoby niezwiązanej z żadnym z tych państw.

° ® ° µ § ± é · \$ ® « œ i Ÿ ± ® š · a « ©

1. Regulamin sądu arbitrażowego nie powinien stawiać wnioskowi o nominację zastępczą zbyt daleko idących wymagań formalnych.

2. Wniosek o nominację zastępczą powinien być odpowiednio uzasadniony, a fakty w nim podane uprawdopodobnione oraz zawierać informacje pozwalające na zidentyfikowanie stron i przedmiotu postępowania. Organ nominacji zastępczej może zażądać od wnioskodawcy dodatkowych informacji.

3. Strona występująca z wnioskiem o dokonanie nominacji zastępczej arbitra podlegającego nominacji przez obie strony lub przez wcześniej nominowanych arbitrów powinna poinformować organ nominacji zastępczej o wszystkich kandydaturach rozważanych i odrzuconych przez strony lub arbitrów. Osoby takie nie powinny być nominowane w procedurze zastępczej.
4. Strona przeciwna powinna być powiadomiona o wniosku o dokonanie nominacji zastępczej.
5. Strona może dokonać nominacji arbitra nawet po terminie, nie później jednak niż przed nominowaniem go przez organ nominacji zastępczej.

Nowy regulamin IBA o postępowaniu dowodowym

3 ' š ® > ¥ ° ® š ± ' © ¥ Ò ÿ ¶ μ^a š (

ž " š ± ÿ ¥ š ' / ® À ° œ ¶ š §

29 maja 2010 r. [International Bar Association](#) przyjęło projekt zmian do [Regulaminu IBA o postępowaniu dowodowym w międzynarodowym arbitrażu handlowym](#). Zmiany odzwierciedlają rozwój praktyki arbitrażowej w zakresie postępowania dowodowego w ostatnich latach.

Potrzeba stworzenia odrębnego regulaminu określającego zasady prowadzenia postępowania dowodowego w międzynarodowym arbitrażu handlowym zrodziła się na skutek braku odpowiednich regulacji w ustawach i regulaminach poszczególnych instytucji arbitrażowych.

Opublikowany po raz pierwszy w 1999 r. [Regulamin IBA](#) określił zasady przeprowadzania dowodów w międzynarodowym arbitrażu handlowym, łącząc różne podejścia prawa kontynentalnego oraz *common law* do postępowania dowodowego i stanowiąc dopełnienie obowiązujących regulaminów arbitrażowych.

29 maja 2010 r. Komitet IBA zatwierdził zmiany do regulaminu z 1999 r. przygotowane przez specjalną sekcję Komitetu Arbitrażowego IBA.

© ñ 3 ¥ j^{aa}š¥j³š^a ¥ **zmian** ¶ μ œ x

Najbardziej widoczną zmianą jest modyfikacja nazwy Regulaminu, polegająca na wykreśleniu przymiotnika „handlowy”. Nowy Regulamin IBA może znaleźć zastosowanie także w postępowaniach arbitrażowych dotyczących sporów inwestycyjnych czy np. sportowych.

Wśród zmian w treści [Regulaminu](#) na szczególną uwagę zasługują: (i) wprowadzenie obowiązku działania stron w dobrej wierze w zakresie postępowania dowodowego, (ii) wprowadzenie

mechanizmów prowadzących do zwiększenia efektywności postępowania dowodowego i zmniejszenia kosztów jego prowadzenia oraz (iii) określenie zasad poufności branych pod uwagę przez trybunał.

Dobra wiara s^o ® «^a ' - «⁻ ° Ò - «³ š^a ¥ š

Zgodnie z pkt. 2 Preambuły [Regulaminu](#) podstawowym założeniem postępowania dowodowego powinno być działanie stron w dobrej wierze. Zła wiara jednej ze stron może mieć dla niej negatywne skutki, gdyż trybunał orzekając o kosztach postępowania jest uprawniony do wzięcia takiej postawy pod uwagę i w konsekwencji do obciążenia takiej strony dodatkowymi kosztami postępowania.⁷⁰

. 3 ¥ Ò § - ¶ j^a ¥ j['] i ¢ j § ° μ³ a « p œ

Zmiany do Regulaminu mają tworzyć ramy dla szybkiego i efektywnego prowadzenia postępowania dowodowego. Po pierwsze, Regulamin nakazuje trybunałowi arbitrażowemu konsultowanie ze stronami sposobu prowadzenia postępowania dowodowego, a także sygnalizowania stronom kwestii w jego mniemaniu istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy na jak najwcześniejszym etapie postępowania.⁷¹ Po drugie, nowy Regulamin odnosi się do ujawnienia dokumentów w formie elektronicznej. Wprowadzono zasadę, że dokumenty w formie elektronicznej mogą zostać

Autorka jest prawniczką w [Wierciński Kwieciński Baehr Sp.k.](#)

⁶⁹ G. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business 2009, s. 1896.

⁷⁰ art. 9 ust. 7 Regulaminu.

⁷¹ art. 2 Regulaminu.

przedstawione w „najdogodniejszej lub najbardziej ekonomicznej formie” pod warunkiem, że będzie ona przystępna dla odbiorcy.⁷² Po trzecie, w celu uniknięcia mnożenia kopii tych samych dokumentów, postanowiono, że strona nie jest zobowiązana do ponownego przedstawienia tego samego dokumentu, chyba że na wyraźne żądanie trybunału.⁷³ Po czwarte, w odniesieniu do dowodów z przesłuchania świadków, [Regulamin](#) wprowadził zasadę, iż przesłuchanie świadka, który złożył pisemne oświadczenie odbywa się jedynie na żądanie jednej ze stron lub trybunału, a także umożliwił przeprowadzenie takiego przesłuchania w postaci wideokonferencji lub podobnej technologii.

Ochrona – « ± ¢^a « | œ ¥

Kwestia poufności i tajemnicy zawodowej w postępowaniu arbitrażowym często okazuje się problematyczna w przypadku sporów międzynarodowych, w których zarówno strony jak i ich pełnomocnicy wywodzą się z różnych porządków prawnych. W dotychczasowym brzmieniu [Regulamin](#) nakazywał uszanowanie zasad dotyczących poufności i tajemnicy wynikających z „odpowiednich” regulacji lub zasad etyki, które mogły stanowić podstawę do wyłączenia z postępowania dowodowego pewnych dokumentów lub zeznań. Regulamin nie określał jednak zasad, jakimi kierować miałyby się trybunał decydując, czy ujawnienie danego dokumentu czy też konkretne zeznania naruszyłyby mające zastosowanie regulacje. Zasady te zostały obecnie wskazane. Trybunał może wziąć pod uwagę w szczególności pod uwagę potrzebę ochrony tajemnicy dokumentów lub oświadczeń, które zostały sporządzone lub złożone w związku z udzieleniem porady prawnej czy też w toku negocjacji.⁷⁴

Zastosowanie Regulaminu

Regulamin w swoim zmienionym brzmieniu będzie miał zastosowanie, jeśli strony postanowią o zastosowaniu zasad IBA w zakresie postępowania dowodowego po 29 maja 2010 r., niezależnie od tego, czy uczynią to w samej umowie o arbitraż czy też już po powstaniu sporu.

⁷² art. 3 ust. 3 lit a oraz ust. 12. lit b Regulaminu.

⁷³ art. 3 ust. 12. lit c Regulaminu.

⁷⁴ art. 9 ust. 3 Regulaminu

Sprawa *Dallah Real Estate v Pakistan*

! ¥ œ ¢ š é ' † « œ ¢ j © œ ¶ š §

W wyroku z 20 lipca 2009 r. Sąd Apelacyjny w Londynie podtrzymał wyrok Sądu Handlowego odmawiający stwierdzenia wykonalności na terenie Anglii orzeczenia Trybunału Arbitrażowego ICC zasądającego od Pakistanu na rzecz spółki Dallah odszkodowanie z tytułu niewykonania umowy (*Dallah Estate and Tourism Holding Company v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2009] EWCA Civ 755). Podstawą orzeczeń sądów angielskich było uznanie, że Pakistan ani w chwili podpisywania umowy, ani nigdy później, nie stał się stroną umowy arbitrażowej.

Kluczowe kwestie sporne, jakie wystąpiły w toku postępowania przed sądami angielskimi, dotyczyły: **(i)** kwestii ważności klauzuli arbitrażowej zawartej w Umowie, a ściślej tego, czy Pakistan wyraził zgodę na bycie stroną klauzuli arbitrażowej; **(ii)** zakresu kognicji sądu angielskiego w postępowaniu dotyczącym stwierdzenia wykonalności zagranicznego orzeczenia arbitrażowego; **(iii)** możliwości podnoszenia przez Dallah zarzutów przeciwko stwierdzeniu wykonalności orzeczenia arbitrażowego, które nie zostało przez Dallah zaskarżone we Francji (*estoppel*).

I. Stan faktyczny

Dallah to spółka z siedzibą w Arabii Saudyjskiej zajmująca się świadczeniem na masową skalę usług związanych z pielgrzymkami do Mekki (w tym zakwaterowanie i transport).

Pomiędzy rządem Pakistanu a Dallah toczyły się rozmowy dotyczące usług związanych z zakwaterowaniem obywateli Pakistanu odbywających pielgrzymki do Mekki. W dniu 24 lipca 1995 r. Dallah oraz Pakistan podpisały *Memorandum of Understanding*

31 stycznia 1996 r. rząd Pakistanu w drodze zarządzenia powołał Awami Hajj Trust (**Trust**),

Radca prawny współpracujący z [kancelarią Salans](#), pełnomocnik w wielu postępowaniach arbitrażowych, zajmujący się problematyką międzynarodowego arbitrażu handlowego.

posiadający odrębną osobowość prawną, którego przedmiotem działalności miało być zbieranie funduszy i ułatwianie odbywania pielgrzymek do Mekki.

W dniu 10 września 1996 r. Dallah oraz Trust podpisały umowę, na mocy której Dallah zobowiązał się między innymi wybudować zasoby mieszkaniowe dla pielgrzymów, otrzymując w zamian określone w niej wynagrodzenie (**Umowa**).

Artykuł 23 Umowy zawierał klauzulę arbitrażową, według której wszelkie spory pomiędzy Trust oraz Dallah wynikające z Umowy lub w związku z nią będą rozstrzygane w postępowaniu arbitrażowym według [Regulaminu ICC](#). Podkreślić należy, że rząd Pakistanu nie był formalnie stroną Umowy, ani zawartej w niej klauzuli arbitrażowej.

Zarówno cała Umowa, jak i klauzula arbitrażowa nie zawierały klauzuli wyboru prawa.

Zgodnie z prawem Pakistanu, Trust przestał istnieć w grudniu 2006 r. z powodu nieprzedłużenia obowiązywania aktu prawnego, na mocy którego został on powołany. Była to okoliczność bezsporna pomiędzy Dallah a Pakistanem.

W styczniu 1997 r. Dallah otrzymał list, w którym zarzucono Dallah rażące niewykonywanie Umowy skutkujące jej wygaśnięciem. Istotną okolicznością faktyczną, do której odwoływały się później sąd arbitrażowy oraz sądy angielskie, było, iż list opatrzony został nagłówkiem „Rząd Pakistanu, Ministerstwo ds. Religii” i podpisał go

Luftfallah Mufti jako „Sekretarz”, aczkolwiek nie wskazano jakiej organizacji.

Na tle tak zarysowanego stanu faktycznego strony, pozywając siebie nawzajem wszczęły kilka postępowań przed sądami powszechnymi w Pakistanie.

II. § « ° Ò ñ « ³ š ª ¥ j · š ® > ¥ ° ® š

19 maja 1998 r. Dallah, na podstawie Artykułu 23 Umowy, złożył do ICC wnioski o wszczęcie postępowania arbitrażowego (*request for arbitration*) przeciwko Pakistanowi. Miejscem postępowania arbitrażowego był Paryż.

W skład ukonstytuowanego zgodnie z [Regulaminem ICC](#) Trybunału Arbitrażowego weszli uznani praktycy międzynarodowego arbitrażu (Lord Mustill, Dr Shah oraz Dr Ghaleb Mahmassani jako przewodniczący).

Dallah domagał się zasądzenia od Pakistanu odszkodowania za niewykonanie Umowy.

Rząd Pakistanu powołując się na to, iż nie był stroną klauzuli arbitrażowej – bowiem formalnie stroną Umowy był Trust – zakwestionował właściwość Trybunału Arbitrażowego do Rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu i w zasadzie nie brał udziału w postępowaniu arbitrażowym.

Jak wspomniano, Umowa nie zawierała klauzuli wyboru prawa. Strony natomiast różniły się co do tego, które prawo powinno znaleźć zastosowanie. Dallah argumentował, że prawem właściwym dla Umowy oraz klauzuli arbitrażowej było prawo Arabii Saudyjskiej, jako prawo z którym Umowa wykazywała najściślejszy związek („œ ¨ « ¨ j ¨ ° ”). Z kolei, Pakistan twierdził, że najściślejszy związek z Umową posiada prawo Pakistanu.

Trybunał Arbitrażowy stwierdził, że orzekając w przedmiocie istnienia klauzuli arbitrażowej należy odwołać się do transnarodowych zasad prawa oraz zwyczajów istniejących w obrocie międzynarodowym („*transnational general principles and usages which reflect the fundamental requirements of justice in international trade and the concept of good faith in business*”). Co do istnienia swojej właściwości

wobec Pakistanu, Trybunał uznał, iż Rząd Pakistanu jest związany klauzulą arbitrażową, ponieważ brał udział w negocjacjach oraz w wykonywaniu Umowy, a przez to wyraził zgodę na bycie stroną klauzuli arbitrażowej.

Ani wyrok częściowy w przedmiocie jurysdykcji, ani późniejszy wyrok zasądający na rzecz Dallah odszkodowanie z tytułu naruszeń Umowy, nie zostały zaskarżone przez Pakistan we Francji.

III. § « ° Ò ñ « ³ š ª ¥ j · š ® > ¥ ° ® š - Ä Ÿ š © ¥ · ñ « ³ - ¶ j œ ª ª µ © ¥ ·

Po uzyskaniu korzystnego wyroku zasądającego od Pakistanu na swoją rzecz odszkodowanie w wysokości ok. 20 mln USD wraz z odsetkami, Dallah postanowił wykonać go w Anglii. Dallah wystąpił na podstawie Artykułu 101(2) Ustawy arbitrażowej (*Arbitration Act 1996*) wnioskiem o stwierdzenie wykonalności wyroku ICC, którą uzyskał postanowieniem Sędziego Clarke’a z 9 października 2006 r. Pakistan wystąpił z wnioskiem o uchylenie postanowienia Sędziego Clarke’a, powołując się na to, iż „umowa o arbitraż jest nieważna” (Artykuł 103(2)(b) Ustawy Arbitrażowej z 1996 r.). Tytułem wyjaśnienia należy wskazać, że artykuły 101-104 Ustawy Arbitrażowej zasadniczo odzwierciedlają treść [Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z 1958 r.](#)

W dniu 1 sierpnia 2008 r. angielski Sąd Handlowy uwzględnił wniosek Pakistanu o uchylenie powyższego postanowienia stwierdzającego wykonalność wyroku ICC. Rozpoznający tę sprawę Sędzia Aikens uznał, iż kluczowa kwestia, czy Pakistan jest związany klauzulą arbitrażową, powinna być oceniana – wobec braku wyraźnej decyzji stron w tym zakresie – według prawa miejsca wydania wyroku arbitrażowego, a więc w tym przypadku według prawa francuskiego. Sędzia Aikens wysłuchawszy zeznań ekspertów z dziedziny prawa francuskiego (którymi byli Yves Derains oraz M. Le Bonnier Vazier), a następnie przeprowadziwszy ocenę faktów powołanych

przez strony na poparcie ich stanowisk uznał, że Pakistan nie wyraził zgody na bycie stroną klauzuli arbitrażowej zawartej w Umowie i na tej podstawie odmówił wykonania wyroku w Anglii.

W dniu 20 lipca 2009 r., angielski Sąd Apelacyjny (Lord Justice Ward, Lord Justice Rix i Lord Justice Moore-Bick) oddalił apelację Dallah od wyroku Sądu Handlowego, podtrzymując stanowisko Sędziego Aikens'a, we wszystkich istotnych punktach.

Podkreślić należy, że Dallah uzyskał zgodę na zaskarżenie wyroku Sądu Apelacyjnego do Sądu Najwyższego i sprawa oczekuje na ostateczne rozstrzygnięcie. W dniu 28 czerwca 2010 roku rozpoczyna się przed Sądem Najwyższym trzydniowa rozprawa. W skład panelu rozpoznającego sprawę wchodzi Lord Hope, Lord Saville, Lord Mance, Lord Collins oraz Lord Clarke.

W dalszej części artykułu, skrótowo odniosę się wyłącznie do kwestii kognicji sądu w postępowaniu dotyczącym uznania czy stwierdzenia wykonalności orzeczenia sądu arbitrażowego. Pomijam tym samym kwestię możliwości podnoszenia przez Dallah zarzutów przeciwko stwierdzeniu wykonalności orzeczenia arbitrażowego, wobec którego Dallah miał zaniechać złożenia we Francji skargi o jego uchylenie (zagadnienia *estoppel* oraz dyskrecjonalnej władzy sądu uznającego orzeczenie arbitrażowe na gruncie [Konwencji nowojorskiej](#)). Ograniczę się wszakże do wskazania, że ustaliliśmy, iż na gruncie prawa francuskiego Pakistan ^a ¥ j · ¶ § złożyć skargę o uchylenie orzeczenia arbitrażowego, Sąd Apelacyjny wskazał, że w sytuacji, gdy wykazany zostanie brak związania strony umową o arbitraż, uznanie czy stwierdzenie wykonalności orzeczenia arbitrażowego na tej podstawie, iż strona nie podjęła działań zmierzających do uchylenia orzeczenia przed sądami siedziby arbitrażu może nastąpić jedynie wyjątkowo („it will rarely, if ever, light to recognize or enforce it solely on the grounds that it has failed to take steps to challenge it before the supervisory court, as this would be contrary to the policy of the Convention”).

IV. . § § ® j · · § « Exequatur # · · À Ý ±

Jednym z kluczowych argumentów Dallah było, iż sąd państwa uznającego (wykonującego) zagraniczny wyrok arbitrażowy posiada ograniczoną kognicję w tym sensie, że nie powinien na nowo gromadzić i oceniać materiału dowodowego (nawet gdy ten jest powoływany przez stronę dla wykazania przesłanek negatywnych uznania zagranicznego wyroku arbitrażowego), lecz decyzję w tym przedmiocie sąd powinien podjąć wyłącznie na podstawie treści wyroku arbitrażowego. Ponadto, zdaniem Dallah, sądy państwa wykonania orzeczenia powinny traktować orzeczenie arbitrażowe za ważne i skuteczne pomiędzy stronami dopóki, dopóty nie zostanie ono uchylone przez sąd miejsca wydania orzeczenia. Pełnomocnik Dallah podnosił, iż w systemie uznawania i wykonywania orzeczeń ustalonym przez [Konwencję nowojorską](#) szczególna rola przypada właśnie sądowi miejsca postępowania arbitrażowego, który jest właściwym sądem nadzorującym postępowanie arbitrażowe. W konsekwencji, rola sądu miejsca wykonania orzeczenia powinna być odpowiednio ograniczona.

Sądy angielskie uznały te argumenty za nietrafne, polegając przede wszystkim na literalnej wykładni Artykułu 103(2)(b) angielskiej Ustawy Arbitrażowej 1996, który jak wspomniano odpowiada treści [Artykułu V Konwencji nowojorskiej](#). Sądy obu instancji stwierdziły również, że skoro na stronie domagającej się odmowy wykonania wyroku spoczywa ciężar wykazania, iż zachodzi jedna z przesłanek negatywnych określonych w Artykule 103(2) Ustawy Arbitrażowej z 1996 r., to taka strona musi być również uprawniona do powołania wszelkich dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Sąd Apelacyjny w Londynie dokonując wykładni Artykułu 103(2) Ustawy Arbitrażowej miał na uwadze również treść oraz cele Konwencji nowojorskiej. Uznał jednak, że ani cel Konwencji, ani jej treść nie wskazują na ograniczoną rolę i kognicję sądu państwa wykonania orzeczenia arbitrażowego. W szczególności brak jest podstaw do uznania, iż sąd *exequatur* ma obowiązek traktować orzeczenie arbitrażowe za

ważne i skuteczne, chyba że sąd państwa wydania orzeczenia stwierdzi inaczej. Sąd Apelacyjny odwołał się w tym kontekście do znanego orzeczenia w sprawie *Svenska Petroleum Exploration AB przeciwko Litwie* ([2006] EWCA Civ 1529), w którym stwierdzono, iż strona, która żąda odmowy uznania orzeczenia arbitrażowego nie jest zobowiązana do żądania jego uchylenia w państwie jego wydania, a zatem w żaden sposób nie może być ograniczona w możliwości powoływania twierdzeń dla wykazania, że zachodzą przesłanki uzasadniające odmowę uznania czy stwierdzenia wykonalności zagranicznego wyroku arbitrażowego.

Stanowisko Sądu Apelacyjnego odmawiające sądom miejsca postępowania arbitrażowego prymatu w procedurze uznawania i wykonywania orzeczeń arbitrażowych nawiązuje do linii orzeczniczej wyznaczonej przez sprawy *Chromalloy i Hilmarton*, co zresztą podnosili pełnomocnicy Pakistanu. Należy jednak wskazać, że w samym w uzasadnieniu orzeczenia Sądu Apelacyjnego brak jest jakichkolwiek odniesień do spraw *Hilmarton* i *Chromalloy*. Co więcej, o ile w sprawach *Hilmarton* i *Chromalloy* zastosowano przychylną uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń arbitrażowych wykładnię [Konwencji nowojorskiej](#), to należy odnotować, iż przedstawione w nich rozumowanie zostało w sprawie *Dallah* użyte przeciwko wykonaniu orzeczenia arbitrażowego.

Orzeczenie w sprawie *Dallah* ma niezwykle doniosłe znaczenie praktyczne. Stanowisko Sądu Apelacyjnego zostało potwierdzone w innych orzeczeniach wydanych przez angielskie sądy, w których stwierdzono, iż strona powołująca się na przesłanki odmowy uznania czy wykonania orzeczenia arbitrażowego, może przedstawiać wszelkie dowody na poparcie swoich twierdzeń, które z kolei sąd angielski ma obowiązek ocenić (por. sprawy [Republic of Serbia v Imagesat International NV](#) [2009] EWHC 2853 (Comm); [Habas Sinai ve Tibbi Gazlar Isthisali Endustri As v Cometal AS](#) [2010] EWCH 29 (Comm); [Norscot Rig Management PVT Ltd v Essar Oilfields Services Ltd](#) [2010] EWHC 195 (Comm)).

Spotkało się ono jednak również z krytyką wyrażoną przez niektórych przedstawicieli doktryny międzynarodowego arbitrażu (por. G. Born, T. Lindsay, *Enforcement of International Arbitral Awards in England and the New York Convention*, wpis na blogu dostępnym na stronie internetowej Kluwerarbitration). Podniesiono bowiem, że prawidłowa wykładnia Artykułu V Konwencji nowojorskiej powinna skłaniać do przyjęcia, iż kognicja sądu *exequatur* ograniczona jest wyłącznie do treści orzeczenia arbitrażowego, a w żadnym razie sądowi nie wolno jest na nowo przeprowadzać postępowania dowodowego dotyczącego właściwości sądu polubownego.

Konkludując, i o czym już wspomniano, sprawa *Dallah* ma trudne do przecenienia znaczenie praktyczne dla wykonywania i uznawania orzeczeń arbitrażowych, czego najlepszym dowodem jest fakt przyjęcia do rozpoznania przez angielski Sąd Najwyższy skargi *Dallah* na orzeczenie Sądu Apelacyjnego. Wkrótce należy więc oczekiwać pojawienia się poważnych opracowań naukowych dotyczących jedynie zarysowanej w niniejszej notce problematyki.

Protocol to Promote Efficiency in International Arbitration

® | œ | ¬ ° š ' a š ' ¬ ® ¶ | ³ " | § é « þ

' ° š a ¥ - é š ³ ' ' « é ° µ - ¥ §

Szybkość jest jednym z najważniejszych postulatów arbitrażowego rozstrzygnięcia sporów. Postulat ten pozostaje jednak w dużej mierze niezrealizowany. Przedłużanie się czasu trwania postępowań arbitrażowych niezmiennie prowadzi zaś do eskalacji związanych z nim kosztów.

Przewlekłość arbitrażu jest więc jednym z najistotniejszych i coraz poważniejszych zagrożeń dla jego atrakcyjności. Znaczące w tym kontekście są wyniki badań przeprowadzonych wśród prawników korporacyjnych (*in-house counsel*), zawarte w raportach [Szkół Arbitrażu Międzynarodowego Uniwersytetu Queen Mary Londynie](#). O ile jeszcze w [2006 r.](#) jedynie 11% spośród ankietowanych preferowało rozwiązywanie sporów transgranicznych w drodze postępowań sądowych, o tyle w [drugiej edycji raportu z 2008 r.](#) aż 41% ankietowanych „korzystało w największym stopniu” z tego właśnie sposobu przy załatwianiu spraw z elementem międzynarodowym.

Nie dziwi więc, że ponawiane są próby rozwiązania problemu przewlekłości postępowań arbitrażowych i ograniczania jego kosztów. W ten trend wpisuje się inicjatywa międzynarodowej kancelarii Debevoise & Plimpton, która w kwietniu br. opublikowała Protokół ws. Promowania Efektywności w Arbitrażu Międzynarodowym ([Protocol to Promote Efficiency in International Arbitration](#)). Zawiera on zobowiązanie do przestrzegania zbioru zasad, które mają przyspieszyć postępowania arbitrażowe i zmniejszyć wiążące się z nimi koszty. Zasady te zawarte są w 25 punktach, które pogrupowane są tematycznie w pięciu kategoriach, odpowiadających nazewnictwem kolejnym fazom postępowania arbitrażowego. Wśród nich na uwagę zasługują m.in.:

- podjęcie próby uzgodnienia z arbitrami, że orzeczenie arbitrażowe zostanie wydane

w ciągu 3 miesięcy od zakończenia rozprawy lub złożenia pism po niej następujących (*posthearing briefs*);

- ! **w fazie prezentacji stanowisk i ustalania zasad** – składanie w miarę możliwości pozwu zawierającego szczegółowo uzasadnione żądanie wraz z wezwaniem na arbitraż;
- ! ograniczenie żądań dotyczących ujawniania dokumentów i sprecyzowania ich zakresu zgodnie z Regułami Dowodowymi Międzynarodowego Stowarzyszenia Prawników ([IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration](#));
- ! **w fazie rozprawy** – rozważenie, czy w konkretnej sprawie celowe jest żądanie składania pism po rozprawie;
- ! – poszukiwanie sposobów ugodowego załatwienia sporu, a w szczególności w drodze mediacji.

Przedstawione w Protokole zasady, choć z pewnością interesujące, trudno uznać za nowatorskie. Stanowią w dużej mierze powielenie i rozwinięcie myśli zawartych we wcześniejszych opracowaniach, m.in. w [Raporcie Komisji Arbitrażu ICC z 2007 r.](#) opracowanym przez grupę zadaniową kierowaną przez Y. Derainsa i Ch. Newmarka. Protokół bywa dlatego postrzegany w kategoriach chwytu marketingowego, mającego na celu przyciągnięcie klientów – coraz bardziej obawiających się przewlekłości arbitrażu i wiążących się z nią kosztów! Warto jednak odnotować, że inicjatywa ta stanowi pierwszy szerzej znany przypadek zobowiązania się przez międzynarodową firmę prawniczą do przestrzegania zasad mających na celu przyspieszenie i zmniejszenie kosztów postępowań arbitrażowych.

Autor jest studentem [Uniwersytetu Warszawskiego](#), uczestnikiem konkursów arbitrażowych: [Willem C. Vis Int'l Comm. Arbitration Moot](#) i [FDI Int'l Moot Competition](#)

° ® > ¥ ° ® š · 3 · - ¬ « ® ¶ | · £ ®
© ¥ Ò ÿ ¶ μ · ' é « ³ | ª ¥ À · š · ¸ α
! ¥ § « é š | · † š - ¥ š §

Spór graniczny między Słowenią a Chorwacją zostanie rozstrzygnięty w drodze arbitrażu. Słoweński Sąd Konstytucyjny zbadał zgodność Umowy o Arbitraż zawartej między rządami obydwu państw. Stwierdził, że zakres jurysdykcji trybunału arbitrażowego – delimitacja granicy zgodnie z prawem międzynarodowym – nie narusza postanowień słoweńskiej konstytucji dotyczących ochrony granic.

Granica morska między Słowenią a Chorwacją w Zatoce Piran nad Adriatykiem pozostaje nieuregulowana od czasu ogłoszenia niepodległości przez oba państwa w 1991 r. Spór obejmuje również niewielki pas lądu znajdujący się w rejonie zatoki. Zgodnie ze stanowiskiem rządu chorwackiego, ten niewielki obszar (powierzchnia zatoki to ok. 20 km²) powinien zostać podzielony między obydwa państwa zgodnie z art. 15 [Konwencji Narodów Zjednoczonych o Prawie Morza](#) z 10 grudnia 1982 (tzw. Konwencji Jamajskiej), tj. granicę morską powinna wyznaczać tzw. „linia środkowa” przebiegająca przez środek Zatoki Piran. Słowenia zaś rości sobie prawa do całej zatoki argumentując, że przeprowadzenie granicy w wersji proponowanej przez Chorwację pozbawi ją bezpośredniego dostępu do otwartego morza, a ponadto, że wykonywała suwerenne prawa na tym obszarze w okresie istnienia Jugosławii, co, zgodnie z Konwencją Jamajską, stanowi o wyłączeniu zastosowania zasady generalnej powoływanej przez Chorwację.

Nieuregulowana kwestia Zatoki Piran była przez lata źródłem drobnych incydentów granicznych. Dotyczyły one głównie rybołówstwa. Niemniej jednak przedłużający się spór doprowadził do zablokowania przez Słowenię negocjacji akcesyjnych Chorwacji z Unią Europejską w grudniu 2009 r. Obecnie, konflikt ma szansę na rozwiązanie dzięki propozycji unijnego Komisarza ds. spraw rozszerzenia, Olli Rehna,

która przewiduje rozstrzygnięcie sporu przez trybunał arbitrażowy. Oba państwa przyjęły propozycję i w listopadzie 2009 r. podpisano [Umowę o Arbitraż między Rządem Republiki Słowenii i Rządem Republiki Chorwackiej](#) (Umowa o Arbitraż, Umowa). Tym samym strony zrezygnowały z wcześniej proponowanych rozwiązań. Należy wyjaśnić, że Chorwacja dążyła uprzednio do rozstrzygnięcia sporu przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w Hadze, a Słowenia wspierała ideę powołania unijnej grupy mediatorów z laureatem nagrody Nobla Marttim Ahtisaarim na czele.

Zgodnie z Umową, trybunał arbitrażowy będzie składał się z pięciu arbitrów powołanych wspólnie przez obydwa państwa z listy arbitrów przedstawionej przez Przewodniczącego Komisji Europejskiej oraz Komisarza ds. rozszerzenia. W przypadku braku porozumienia stron w tej sprawie, przewodniczącego trybunału arbitrażowego oraz dwóch jego członków wskaże Przewodniczący [Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości](#). Jeśli strony nie osiągną porozumienia w sprawie powołania pozostałych dwóch członków składu, zostaną oni wyznaczeni przez przewodniczącego trybunału arbitrażowego.

Postępowanie arbitrażowe będzie prowadzone w Brukseli według Zasad Opcyjnych Arbitrażu Między Dwoma Państwami Stałego Trybunału Arbitrażowego w Hadze. Umowa nadaje wyrokowi trybunału arbitrażowego moc wiążącą i ostateczny charakter. Nakazuje stronom podjęcie wszelkich kroków w celu wykonania wyroku w ciągu 6 miesięcy od jego wydania.

W celu uniknięcia wątpliwości rząd Słowenii skierował Umowę o Arbitraż do tamtejszego

Autor jest prawnikiem w [kancelarii Domański Zakrzewski Palinka](#)

[Sądu Konstytucyjnego](#). Sąd zbadał jej zgodność ze [słoweńską Konstytucją z 1991 r.](#) i [Podstawową Konstytucyjną Kartą Suwerenności i Niepodległości Republiki Słowenii z 1991 r.](#)

Badaniu zostały poddane postanowienia dotyczące zakresu kompetencji trybunału arbitrażowego w przedmiocie wyznaczenia przebiegu morskiej i lądowej granicy między Chorwacją a Słowenią oraz postanowienia wskazujące prawo międzynarodowe jako właściwe do rozstrzygnięcia sporu. Zostały one zbadane pod kątem zgodności z art. 4 Konstytucji stanowiącego o jedności terytorialnej i niepodzielności państwa oraz rozdziału II. Karty definiującego granicę państwową między niepodległą Słowenią i niepodległą Chorwacją jako identyczną z ich granicą w ramach Jugosławii.

W [Opinii Nr RM-1/09 z dnia 18 marca 2010 r.](#)

Sąd Konstytucyjny stwierdził, że Umowa o Arbitraż nie narusza przepisów słoweńskiego prawa konstytucyjnego. W ocenie sądu ustanowienie w tych przepisach konstytucyjnej ochrony granic państwa nie oznacza, że granice zostały wytyczone na poziomie słoweńskiego prawa konstytucyjnego. Sąd wskazał, że podlegające konstytucyjnej ochronie granice lądowe i morskie Słowenii powinny być delimitowane na poziomie prawa międzynarodowego. Umowa, w opinii Sądu, służy zatem do osiągnięcia tego celu poprzez nadanie trybunałowi arbitrażowemu kompetencji do wyznaczenia granic państwowych zgodnie z prawem międzynarodowym. Sąd podkreślił, że Umowa sama w sobie nie przesądza o przebiegu granicy, a jedynie ustanawia mechanizmy umożliwiające pokojowe i zgodne prawem międzynarodowym jej wyznaczenie. Sąd stwierdził jednoznacznie, że sposób organizacji i zakres kompetencji trybunału arbitrażowego nie są niekonstytucyjne.

Już po rozstrzygnięciu Sądu, w kwietniu 2010 r., Umowa o Arbitraż została ratyfikowana przez słoweński parlament i zaakceptowana przez Słoweńców w referendum w czerwcu 2010 r. Postępowanie arbitrażowe ma rozpocząć się 12 miesięcy po podpisaniu przez Chorwację

traktatu akcesyjnego z Unią Europejską, co uzależnia rozwiązanie sporu od odblokowania przez Słowenię negocjacji akcesyjnych Chorwacji.

25 lipca-7 sierpnia 2010, Berlin
[12th International Summer School on Alternative Dispute Resolution](#), Uniwersytet Humboldta, Fakultet Prawa.

Konferencja [“Recent Developments in Investment Arbitration Procedure”](#). Organizatorem jest [British Institute of International and Comparative Law](#).

Konferencja [„Cross-Border Dispute Resolution: The Perspective for Russia and CIS”](#). Organizatorem jest [ABA International Section Program](#).

16- Konferencja [“Damages and Other Relief in International Arbitration”](#) organizowana w ramach “szwedzkich dni arbitrażu” (*Swedish Arbitration Days*) przez Swedish Arbitration Association we współpracy z [Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce](#) i International Chamber of Commerce. [Program](#).

20- [The 4th Düsseldorf International Arbitration School](#), Uniwersytet w Düsseldorfie, Fakultet Prawa.

Konferencja [“Arbitration and Sport”](#) organizowana przez ICC Institute of World Business Law w Paryżu. [Program](#).

22- [Foreign Direct Investment International Moot Competition](#), Pepperdine University School of Law.

Konferencja [“Międzynarodowy arbitraż inwestycyjny – potrzeba zmian regulacji prawnych”](#). Organizatorami konferencji są [Sąd Arbitrażowy przy PKPP Lewiatan](#) i [Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa](#). [Program](#).

[s-Jamka sp.k.](#)

J. Zekoll / P. Giessen, Das ex parte Verfahren und Anspruch und Wirklichkeit einer Reform, SchiedsVZ 2010, s. 1843.

B. U. Graf / A. E. Appleton, ECJ Case C 40/08 Asturcom EU Unfair Terms Law Confirmed as a Matter of Public Policy ASA Bulletin 2010, Vol. 28, Issue 2s. 413418.

K. Noussia, Punitive Damages in Arbitration: Panacea or Curse?, Journal of International Arbitration 2010, Vol. 27, Issue 37294.

Rzeczpospolita, 09.06.2010 r.

A. J. van den Berg, Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia, Journal of International Arbitration 2010, Vol. 27, Issue 179198.

T. T. Pham, International investment treaties and arbitration as imbalanced instruments: aist, International Arbitration Law Review 2010, Volume 13, Issue 3, 8195.

T. Isele, The principle iura novit curia in international commercial arbitration, International Arbitration Law Review 2010, Volume 13, Issue 1, 1426.

A. V. Schlaepfer, P. Bartsch, A few reflections on the assessment of evidence by international arbitrators, International Business Law Journal 2010, s. 211223.

T. Ishikawa, Third party participation in investment treaty arbitration, International & Comparative Law Quarterly 2010, pp931

K. Sobczak, popularne, Dziennik Gazeta Prawna, 29.06.2010 r.

s-Jamka sp.k.

