

co do zasady. studia i analizy prawne

1 / 2020 [półrocznik]

co do zasady. studia i analizy prawne

1 / 2020 [półrocznik]

Kolegium redakcyjne

dr Przemysław Szymczyk, redaktor naczelny
dr Maciej Kielbowski, z-ca redaktora naczelnego

Redakcja językowa

Justyna Zandberg-Malec, Joanna Gonczarow

Rada Naukowa

prof. Alexander Bělohávek, prof. Elżbieta Chojna-
-Duch, prof. Lech Garlicki, prof. Tomasz Giaro,
prof. Roman Hauser, prof. Carlos Flores Juberías,
prof. Bertrand Mathieu, prof. Witold Modzelewski,
prof. Fryderyk Zoll

Zespół recenzentów

prof. Jan Barcz, prof. Andrzej Kidyba, prof. Elżbieta
Kornberger-Sokołowska, prof. Adam Łazowski,
prof. Zygmunt Niewiadomski, prof. Gertruda
Uścińska, prof. Jerzy Zajadło, dr hab. Jarosław
Grykiel (prof. UAM), dr hab. Michał Krakowiak
(prof. UŁ), dr Adam Błachnio, dr Wiktor Klimiuk,
dr Marta Kozłowska, dr Olga Piaskowska,
dr Piotr Piesiewicz, dr Beata Rogalska, dr Mateusz
Tchórzewski, dr Radosław Wiśniewski

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania
zmian redakcyjnych w nadsyłanych tekstach, w tym
skracać ich, zmiany tytułów, umieszczania
śródtytułów, redukowania liczby przypisów, jak
również wprowadzania poprawek merytorycznych
i stylistycznych. Opracowań niezamówionych
redakcja nie zwraca. Z chwilą przekazania tekstu
do redakcji Autor przenosi wyłączne prawo do
jego publikacji (prawa autorskie i wydawnicze) na
wydawcę. Wymogi redakcyjne wobec Autorów,
zasady recenzowania opracowań oraz warunki
prenumeraty są dostępne na stronie:
www.codozasady.pl/studia-analizy.

Co do zasady. Studia i analizy prawne
In principle. Legal studies and analyses

Wersją podstawową
(referencyjną) czasopisma
jest wersja papierowa.

wardynski.com.pl
codozasady.pl

ISSN 2658-0098

Nakład: 150 egz.

Wydawca

WIW Services
Al. Ujazdowskie 10
00-478 Warszawa
Tel.: 22 437 82 00, 22 537 82 00
e-mail: redakcja@wardynski.com.pl



Rozmowa z prof. dr. Alexandrem J. BĚLOHLÁVKIEM

[profesor prawa i ekonomii, *advokát*, Law Offices Prof. Dr. Alexander Bělohlávek]

Trendy w arbitrażu międzynarodowym

Redakcja: Czy dostrzega Pan jakieś trendy w międzynarodowym arbitrażu, dotyczące np. rodzajów spraw lub związanych z nimi problemów?

Alexander J. Bělohlávek: Rzeczywiście różne statystyki wskazują, że wiele sporów w arbitrażu dotyczy np. branży budowlanej czy projektów rozwojowych. Nie można jednak stwierdzić, że jakiś konkretny rodzaj spraw lub problemów jest tradycyjnie związany z arbitrażem jako metodą rozwiązywania sporów wynikających z relacji między stronami. Zależy to również od koncepcji rzeczowej właściwości arbitrażu nie tylko w miejscu lub siedzibie arbitrażu (tj. w miejscu, w którym sąd arbitrażowy ma siedzibę prawną), ale także w państwie, w którym miałyby dojść do egzekwowania wyroku i w którym można by podważyć jego wykonalność ze względu na brak rzeczowej właściwości arbitrażu. Można jednak ogólnie stwierdzić, że arbitraż jest coraz częściej stosowany przede wszystkim w sporach wynikających ze skomplikowanych stosunków prawnych (zwłaszcza handlowych i inwestycyjnych).

Uważam jednak za wysoce niepokojący fakt, że arbitraż jest coraz rzadziej stosowany w rozwiązywaniu bardzo prostych sporów. Przecież arbitraż został pierwotnie stworzony jako szybka, niedroga i nieformalna metoda rozwiązywania tego typu sporów cywilnoprawnych. Często pozwalam sobie cytować profesora Jerne-
ra Sekoleca, który w styczniu 2010 roku na seminarium w Salzburgu dał przykład z początków swojej kariery zawodowej, kiedy to arbitraż służył do rozwiązywania sporów z targowisk i portu w Mariborze. Handlowcy stawiali się przed sądem arbitrażowym ze swoim sporem dotyczącym wadliwych towarów i już następnego dnia otrzymywali orzeczenie arbitrażowe. Obecnie właściwie nie prowadzi się takich postępowań, być może z wyjątkiem sporów rozstrzyganych przez giełdowe sądy arbitrażowe. Zmiany te wiążą się z rosnącą liczbą skomplikowanych procedur, które, co logiczne, odzwierciedlają też rosnące wymagania sądów w zakresie formalizacji standardów proceduralnych w arbitrażu, jak również, niestety, wymagania stron i ich doradców prawnych.

Niepokojąca jest rosnąca liczba wniosków stron i wymogów dotyczących rygorystycznych procedur formalnych. Pomimo że sądy arbitrażowe, a przede wszystkim stałe instytucje arbitrażowe, starają się stosować różne środki w celu przyspieszenia postępowania i obniżenia kosztów, wzrasta sformalizowanie procedur i złożoność arbitrażu. Powodem nie musi być wcale dążenie adwokatów do maksymalizacji kosztów, a co za tym idzie, wysokości ich wynagrodzenia. Często są oni zmuszeni do przestrzegania tych procedur w obawie przed własną potencjalną odpowiedzialnością, jeśli nie skorzystają w wystarczającym stopniu ze wszystkich środków lub nie wykorzystają wszystkich możliwości proceduralnych. Jest to błędne koło, a raczej spirala obracająca się z wciąż rosnącą prędkością. Wprawdzie podobne tendencje można zaobserwować również w postępowaniu sądowym, ale w arbitrażu są one szczególnie widoczne. Obawiam się, że jeżeli radykalna zmiana nie odwróci obecnych tendencji w tym zakresie, to rzeczywiście możemy doprowadzić do tego, że początkowo bardzo prosta i tania metoda rozwiązywania sporów stanie się procedurą wyjątkową i ekskluzywną.

W rzeczywistości strony chcą czegoś dokładnie odwrotnego, chcą wrócić do źródeł. Jest to jednak coś, co wszyscy muszą zrozumieć – strony sporu, ich doradcy prawni i arbitrzy, ale także w znacznej mierze sędziowie, którzy są zajęci działaniami mającymi na celu uchylenie orzeczeń arbitrażowych. Kraje Europy Wschodniej i Środkowej nadal mają tu pewną przewagę. Wiele sporów wciąż wykazuje elementy nieformalności i prostoty typowe dla arbitrażu sprzed około trzydziestu, a nawet pięćdziesięciu lat. Obawiam się jednak, że możemy szybko tę przewagę stracić.

Nieco niedorzecznie brzmi dziś twierdzenie, że strony w umowie o arbitraż wyrażają wolę dobrowolnego poddania się arbitrażowi i natychmiastowego wykonania wszelkich orzeczeń arbitrażowych. Obecnie powszechną praktyką jest to, że natychmiast po wydaniu orzeczenia arbitrażowego strona przegrywająca szuka wszelkich możliwości uniknięcia wykonania orzeczenia arbitrażowego. Nie ma ona żadnego poważania dla faktu, że orzeczenie jest decyzją organu, który sama wyznaczyła, lub na którego utworzenie sama mogła mieć wpływ. Powszechne stały się powództwa o uchylenie orzeczenia arbitrażowego lub skomplikowane postępowania, w których strony kwestionują wykonanie orzeczenia. Czynniki te znacznie opóźniają również stosowanie prawa przez arbitrów.

W związku z tym za bardzo interesującą uważam procedurę wdrożoną już przez niektóre państwa europejskie, a mianowicie postępowanie o uchylenie orzeczeń arbitrażowych lub postępowanie o uznanie i wykonanie orzeczeń arbitrażowych, w których nie przysługuje odwołanie ani żaden inny środek prawny (Szwajcaria wdrożyła to rozwiązanie 35 lat temu, potem w jej ślady poszły Bułgaria, Austria i inne kraje; niektóre inne państwa również rozważają obecnie wdrożenie tego rozwiązania). Pomocne byłyby z pewnością dodatkowe elementy, takie jak ustalenie terminów podejmowania decyzji lub ograniczenie kosztów postępowania. Ważne jest jednak, aby wszystkie składowe całego procesu były uwzględniane w poszukiwaniu właściwych rozwiązań tych problemów.

Czy dla klientów korzystniejsze jest rozwiązywanie sporów przed sądami powszechnymi czy w postępowaniu arbitrażowym?

Nie da się tu sformułować żadnych ogólnych zaleceń co do przewagi jednej metody nad drugą. Ja sam co do zasady wolę arbitraż. Ale musi to być prosta procedura arbitrażowa.

Można powiedzieć, że prawnicy są obecnie stosunkowo dobrze zaznajomieni z klauzulami arbitrażowymi. Rzeczywiście, są one powszechnie stosowane w praktyce, chociaż większość praktykujących prawników nie ma pojęcia, jak je właściwie stosować, i ma tendencję do zapominania o wielu głównych aspektach. Jak już wspomniałem powyżej, arbitraż powinien być prostą, taną i elastyczną metodą rozwiązywania sporów. Jednak w końcu często okazuje się on bardzo skomplikowanym, długotrwałym i kosztownym postępowaniem.

Prawnicy, którzy mają doświadczenie z arbitrażem w swojej codziennej praktyce, z pewnością potwierdzą, że coraz częściej spotykane są błędne, a nawet patologiczne klauzule arbitrażowe. Na przykład strony błędnie wyznaczają instytucję arbitrażową albo odwołują się do reguł, których stosowanie jest niezgodne z miejscem arbitrażu lub instytucją arbitrażową, która powinna zarządzać arbitrażem. Strony bardzo często uzgadniają w swoich klauzulach arbitrażowych warunki, które dla nich samych są uciążliwe i powodują wiele problemów w przyszłości. Na przykład wiele klauzul arbitrażowych stanowi, że „arbitr mus być osobą cieszącą się doskonałą opinią wśród specjalistów i w swojej społeczności zawodowej”. Kim jest *osoba ciesząca się doskonałą reputacją wśród specjalistów i w swoim środowisku zawodowym*? Takie sformułowania to błaganie o zakwestionowanie osoby arbitra z powodu niespełnienia określonych wymagań.

Z drugiej strony, formułując swoje klauzule arbitrażowe, strony całkowicie ignorują kwestie, które mogłyby znacznie uprościć niektóre procedury w przypadku sporu. Przykładem może być umowa, zgodnie z którą dokumenty składane przez strony nie będą tłumaczone na język arbitrażu i będą odczytywane jako dowody w ich oryginalnej wersji. W takim przypadku strony muszą zadbać jedynie o dobór odpowiednich arbitrów, żeby mieć pewność, że trybunał arbitrażowy będzie w stanie pracować z dokumentami w danym języku.

Takie przykłady są niezliczone. Można tu wymienić chociażby *document production* (wystąpienie do drugiej strony z żądaniem przekazania dokumentów mogących stanowić dowody w sprawie), ograniczenie zakresu i liczby rund składania wniosków przez strony, ograniczenie dotyczące oświadczeń biegłych (na przykład jeżeli pewne okoliczności wymagają udowodnienia przez biegłego, zostanie on wyznaczony wyłącznie przez trybunał arbitrażowy), jak również porozumienie dotyczące możliwości przesłuchiwania świadków przy użyciu środków porozumiewania się na odległość. Bardzo ważna może być również zgoda stron na ograniczenie kosztów arbitrażu, ponieważ coraz bardziej krytykowany jest rosnący jego koszt.

Jednak to przede wszystkim strony są odpowiedzialne za uwzględnienie tych kwestii i włączenie odpowiednich mechanizmów do umów o arbitraż. Co prawda regulaminy stałych instytucji arbitrażowych dążą do wdrażania odpowiednich mechanizmów w coraz większym stopniu. Jednak regulaminy te są i pozostaną jedynie standardem ogólnym i nie mogą uwzględniać specyfiki poszczególnych sporów (potencjalnych sporów, sytuacji wynikających z poszczególnych umów). Nie są także w stanie uwzględnić tak istotnych aspektów jak prowadzenie sporu w konkretnym regionie o określonych zwyczajach albo prowadzenie sporu związanego z kolizją kultur prawnych, a w konsekwencji z różnymi oczekiwaniami stron co do stosowanych procedur.

Ogólnie rzecz biorąc, uważam, że arbitraż jest często bardziej odpowiedni niż postępowanie sądowe. Jeśli chodzi o spory o wymiarze międzynarodowym (transgranicznym), gdy strony mają wątpliwości, co powinny wybrać, tj. czy zawrzeć umowę o arbitraż, czy poddać się jurysdykcji sądów powszechnych, prawdopodobnie preferowanym rozwiązaniem powinien być arbitraż. Wykonywanie orzeczeń arbitrażowych jest nadal znacznie mniej skomplikowane niż wykonywanie orzeczeń sądów powszechnych. Jest tak pomimo wzmocnionej i zaawansowanej współpracy sądowej w UE oraz uproszczenia procedur przez nowoczesne międzynarodowe traktaty o pomocy prawnej. Nadal prawdą jest, że Konwencja nowojorska o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych (1958 r.) jest prawdopodobnie jednym z najważniejszych filarów handlu międzynarodowego, a wszelkie dążenia do zmiany, rewizji lub zastąpienia konwencji nowojorskiej innym instrumentem są bardzo ryzykowne. Przede wszystkim jednak wszelkie rozważania dotyczące tego, czy należy zawrzeć umowę o arbitraż, czy też nie, muszą być poparte profesjonalnym opracowaniem umowy o arbitraż, która odzwierciedlałaby specyfikę konkretnych stosunków prawnych (umów).

Czy z Pana perspektywy znajomość więcej niż jednego systemu prawnego jest przydatna dla prawników i korzystna dla ich klientów?

Znajomość więcej niż jednego systemu prawnego (prawa więcej niż jednego państwa) z pewnością nie zaszkodzi, ale nie można jej automatycznie uznać za zaletę. Spory o wymiarze międzynarodowym wymagają, aby prawnik miał *świadomość* znaczenia różnych aspektów obcych systemów prawnych i obcych kultur prawnych. Prawniki powinni umieć uwzględnić fakt, że dany stosunek prawny ma wymiar transgraniczny, niezależnie od jego zakresu. Jednakże ten wymiar, ta *świadomość*, jest czymś zupełnie innym niż znajomość innego systemu prawnego.

Trzeba zdawać sobie sprawę, że dane pojęcie, z pozoru identyczne, może mieć inny zakres znaczeniowy w prawie obcym, a nawet może oznaczać coś zupełnie innego. Istnieje wiele przykładów, w których jedno i to samo pojęcie (np. ograniczenie czynności, jurysdykcja) w jednej kulturze prawnej podlega prawu materialnemu, a w innej jest wyłączną domeną prawa procesowego. Ale też dane pojęcie w ramach jednego i tego samego systemu prawnego może być różnie postrzegane przez sędziów lub arbitrów z różnych państw, mimo że prawo to musi być zasadniczo

stosowane w sposób jednolity, przy należyтым uwzględnieniu orzecznictwa dotyczącego takiego prawa w państwie pochodzenia. W związku z tym chodzi o coś innego niż znajomość dwóch lub więcej systemów prawnych. Chodzi w istocie o *świadomość* wymiaru międzynarodowego i zdolność do uwzględnienia wymiaru międzynarodowego przy sporządzaniu konkretnej umowy lub przy reprezentowaniu strony w konkretnym sporze. Mogę mieć pełne kwalifikacje w zakresie dwóch, pięciu lub więcej systemów prawnych, ale jeśli nie mam żadnej *świadomości* w powyższym znaczeniu, znajomość tak wielu systemów prawnych nadal mi nie pomoże, nie mówiąc już o moim kliencie.

Ale każdy prawnik musi przede wszystkim umieć określić granice swojej wiedzy i umiejętności, które wcale nie ograniczają się do granic danego systemu prawnego.

Czy perspektywa akademicka w praktykowaniu prawa przynosi korzyść klientowi?

Akademickie spojrzenie na sprawę jest zdecydowanie korzystne dla klientów. Jednak klienci, a nawet praktykujący prawnicy, nie zawsze są w stanie docenić i zaakceptować tę przewagę. Wielu moich kolegów (praktykujących prawników) spogląda na prawników z doświadczeniem akademickim z pewnym wyrzutem, mówiąc, że „akademyki zbyt komplikują sprawy”. Z drugiej strony wielu z moich kolegów ze świata akademickiego jest skłonnych do postrzegania mnie jako „renegata”, który „zdradził” czystą akademicką linię. Jest to ciekawy, ale bardzo smutny paradoks. Można z powodzeniem łączyć działalność akademicką z praktyką prawniczą i na odwrót, a oba rodzaje działalności mogą być realizowane z wystarczającą intensywnością i perfekcją.

W niektórych profesjach, na przykład w ochronie zdrowia, takie podejście jest uważane za warunek *sine qua non* wykonywania zawodu. Jednak konieczność łączenia teorii i praktyki w prawie nie jest w pełni popierana. Naturalnie nikt nie będzie otwarcie twierdził, że takie połączenie jest niepożądane. Nikt nie ma odwagi, by sformułować i wyrazić tę tezę. Ale rzeczywistość jest często inna, nawet jeśli nie można generalizować. Niestety, oddzielenie teorii prawa od praktyki jest stosunkowo częste – przynajmniej w Europie Środkowej. Praktykujący prawnicy sięgają po teorię prawa jako swoją wymaginowaną *podporę lub kulę* dopiero wtedy, gdy zabraknie im innych argumentów. Procedura ta powinna być jednak odwrócona. Rozumowanie praktyczne powinno być oparte na fundamencie teoretycznym. Prawo jest bardzo skomplikowaną dziedziną, w rzeczywistości coraz bardziej skomplikowaną. Łączenie teorii i praktyki jest niezbędne. Ja sam uważam, że łączenie działalności akademickiej i praktyki jest dobre, szczególnie dla klienta. Pytanie polega na tym, czy klient jest w stanie to docenić.

Nie ma znaczenia, czy opinię lub pismo procesowe podpisuje osoba, która ma więcej tytułów *przed i po nazwisku*. W praktyce jest to coraz mniej ważne. Problem polega na tym, że osoba z doświadczeniem akademickim często nie chce powiedzieć klientowi tego, co faktycznie chce on usłyszeć, tzn. że jego roszczenie jest uza-

sadnione lub, mówiąc wprost, że klient ma rację i może odnieść sukces. Niestety, prawnicy bez doświadczenia akademickiego są często bardziej skłonni do wspierania klientów w ich przekonaniach. I odwrotnie, ludzie z doświadczeniem akademickim mają tendencję do zachowania większej ostrożności i są w stanie zobaczyć sprawę z różnych perspektyw. Pomaga to otworzyć klientowi oczy. Prawo i sprawiedliwość to czasem zupełnie różne kategorie. Taka jest surowa prawda. Pytanie polega na tym, czy klient jest rzeczywiście gotów, by oczy otworzyć. Uważam, że praktykujący prawnicy, którzy mają duże doświadczenie akademickie, są bardziej otwarci na takie podejście. Ale jest to, oczywiście, tylko jeden z wielu możliwych poglądów na ten problem.

„Akademy” nie muszą koniecznie mieć lepszych kwalifikacji. Ich przewaga wynika raczej ze znacznie szerszej analizy sprawy, która stanowi istotę sporu. Łatwo to dostrzec na przykład w publikacjach. Publikacje, czy to monografie, czy to artykuły prawnicze, przygotowane przez praktykującego prawnika bez wykształcenia akademickiego, bardzo często prezentują jednostronne spojrzenie na analizowane zagadnienia. Praktykujący prawnicy z dużym doświadczeniem akademickim lepiej identyfikują wszystkie *za i przeciw* oraz trafniej zalecają określoną strategię na podstawie tej oceny. Miałem okazję obserwować to wielokrotnie, zarówno w praktyce, jak i na arenie akademickiej, a także jako redaktor lub recenzent wielu publikacji.

Rozmawiał Maciej Kiełbowski

Tłumaczyła Joanna Gonczarow