

**DOWODY
I POSTĘPOWANIE DOWODOWE
W MIĘDZYNARODOWYM
ARBITRAŻU HANDLOWYM
ORAZ INWESTYCYJNYM**
Zagadnienia wybrane

Konrad Czech

MONOGRAFIE



Wolters Kluwer

**DOWODY
I POSTĘPOWANIE DOWODOWE
W MIĘDZYNARODOWYM
ARBITRAŻU HANDLOWYM
ORAZ INWESTYCYJNYM**
Zagadnienia wybrane

Konrad Czech

MONOGRAFIE

Stan prawny na 20 marca 2017 r.

Recenzent

Dr hab. Andrzej W. Wiśniewski

Wydawca

Małgorzata Stańczak

Redaktor prowadzący

Joanna Tchorek

Opracowanie redakcyjne

Małgorzata Masłowska

Łamanie

Fotoedytor

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

The logo for 'prawolubni' features the word in a stylized, lowercase font. Above the 'i' in 'lubni' is a small heart symbol. Below the text are three wavy horizontal lines.

SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by

Wolters Kluwer Polska SA, 2017

ISBN: 978-83-8107-396-7

ISSN: 1897-4392

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Mojej żonie i bliskim

Spis treści

Wykaz skrótów / 13

Wstęp / 21

1. Przedmiot monografii / 21

2. Międzynarodowy arbitraż / 27

2.1. Uwagi ogólne / 27

2.2. Holistyczne spojrzenie na spory handlowe
i inwestycyjne / 43

3. Systematyka monografii / 52

4. Literatura i źródła / 54

Część I

**Wybrane aspekty regulacji przeprowadzenia dowodów
w międzynarodowym arbitrażu / 59**

Rozdział 1

**Zasada autonomii woli stron – elastyczność proceduralna
międzynarodowego arbitrażu / 61**

Rozdział 2

**Systematyzacja płaszczyzn działania zasady autonomii woli
stron / 71**

2.1. Płaszczyzny, przykłady i ograniczenia autonomii woli stron / 71

2.2. Pierwsza konferencja organizacyjna i zarządzenie
proceduralne / 84

2.3. Umowy dowodowe jako przejaw autonomii woli stron / 104

2.4. Organizacja rozprawy głównej jako przejaw autonomii woli
stron / 112

Rozdział 3

Znaczenie Regulaminu dowodowego IBA dla regulacji dowodów / 132

- 3.1. Geneza i rola Regulaminu dowodowego IBA / 132
- 3.2. Regulamin dowodowy IBA jako uzupełnienie regulaminu arbitrażowego / 135
- 3.3. Sposoby stosowania Regulaminu dowodowego IBA / 140
- 3.4. Zmiany wprowadzone do Regulaminu dowodowego IBA w 2010 r. / 147
- 3.5. Podstawowe zalety i wady Regulaminu dowodowego IBA / 161
 - 3.5.1. Zalety Regulaminu dowodowego IBA / 161
 - 3.5.2. Wady Regulaminu dowodowego IBA / 163

Rozdział 4

Podsumowanie – specyfika regulacji przeprowadzenia dowodów / 167

Część II

Środki dowodowe i sposób ich zastosowania / 171

Rozdział 1

Dowód z dokumentu w międzynarodowym arbitrażu / 173

- 1.1. Dowód z dokumentu w instrumentach arbitrażowych i praktyce / 173
 - 1.1.1. Regulacja dowodu z dokumentu w wybranych regulaminach arbitrażowych / 173
 - 1.1.2. Regulacja dowodu z dokumentu w Regulaminie dowodowym IBA / 176
 - 1.1.3. Forma przedstawienia dokumentów w praktyce międzynarodowej / 180
 - 1.1.3.1. Dokumenty w posiadaniu strony / 180
 - 1.1.3.2. Dokumenty ujawniane na rzecz przeciwnika / 188
 - 1.1.3.3. Praca z dokumentami podczas rozprawy głównej / 192
- 1.2. Procedura ujawnienia dokumentów / 194
 - 1.2.1. Uwagi ogólne i prawnoporównawcze / 194
 - 1.2.2. Dokumenty w posiadaniu strony przeciwnej / 206

- 1.2.2.1. Charakterystyka wniosków o ujawnienie dokumentów / **206**
 - 1.2.2.1.1. Terminy składania, treść i format wniosków / **206**
 - 1.2.2.1.2. Specyfika wniosków o ujawnienie dokumentów w postaci elektronicznej / **222**
- 1.2.2.2. Dobrowolne ujawnienie dokumentów po otrzymaniu wniosku / **229**
- 1.2.2.3. Podstawy odmowy ujawnienia dokumentów / **231**
- 1.2.2.4. Konsultacje i zarządzenie co do spornych dokumentów / **242**
- 1.2.2.5. Kultura prawna a ujawnienie dokumentów stronie przeciwnej / **251**
- 1.2.3. Dokumenty w posiadaniu osób trzecich / **258**
- 1.2.4. Zakres ujawnienia dokumentów w sporach handlowych a inwestycyjnych / **274**
- 1.3. Różnice wobec postępowania przed sądami państwowymi / **276**

Rozdział 2

Dowody z zeznań świadka i opinii biegłego w międzynarodowym arbitrażu / 278

- 2.1. Uwagi ogólne / **278**
- 2.2. Modele przeprowadzenia dowodów z zeznań świadka i opinii biegłego / **284**
- 2.3. Przegląd regulacji wybranych instrumentów międzynarodowego arbitrażu w zakresie dowodów z zeznań świadka i opinii biegłego / **290**
 - 2.3.1. Regulacja dowodów z zeznań świadka i opinii biegłego w regulaminach arbitrażowych / **290**
 - 2.3.2. Regulacja dowodów z zeznań świadka i opinii biegłego w Regulaminie dowodowym IBA oraz wybrane aspekty jej zastosowania / **294**
- 2.4. Wzrost znaczenia biegłych ekonomistów w międzynarodowym arbitrażu i rozwój sektora usług *forensic* / **312**

- 2.5. Przebieg przesłuchania świadka lub biegłego strony w międzynarodowym arbitrażu / **317**
 - 2.5.1. Uwagi ogólne / **317**
 - 2.5.2. Przesłuchanie świadków i biegłych stron w praktyce międzynarodowej / **318**
 - 2.5.2.1. Przygotowanie świadków i biegłych stron do przesłuchania / **318**
 - 2.5.2.2. Przedstawienie świadka albo biegłego strony i przesłuchanie przez stronę przedstawiającą / **326**
 - 2.5.2.3. Przesłuchanie świadka albo biegłego strony przez stronę przeciwną / **333**
 - 2.5.2.4. Ponowne przesłuchanie świadka albo biegłego strony przez stronę przedstawiającą / **340**
 - 2.5.2.5. Zadawanie pytań świadkom i biegłym stron przez sąd arbitrażowy / **342**
 - 2.5.2.6. Konfrontowanie świadków lub biegłych stron / **345**
 - 2.5.2.7. Kultura prawna a przesłuchanie świadków i biegłych stron / **349**
 - 2.5.3. Przeprowadzenie dowodów z zeznań świadka i opinii biegłego z inicjatywy sądu arbitrażowego / **352**
 - 2.5.3.1. Przesłuchanie świadka z inicjatywy sądu arbitrażowego / **352**
 - 2.5.3.2. Wyznaczenie biegłego z inicjatywy sądu arbitrażowego / **355**
- 2.6. Różnice wobec postępowania przed sądami państwowymi / **362**

Rozdział 3

Dowód z oględzin w międzynarodowym arbitrażu / 365

Rozdział 4

Podsumowanie sposobu zastosowania podstawowych środków dowodowych / 370

Część III

Podsumowanie monografii / 373

Rozdział 1

Wpływ kultury prawnej na przeprowadzenie dowodów / 375

Rozdział 2

Przemieszczenie wpływów kulturowych a *lex evidentialis* / 380

Rozdział 3

Przewidywania co do ewolucji międzynarodowego arbitrażu / 383

Bibliografia / 387

Lista orzecznictwa/zarządzeń proceduralnych / 417

Wykaz skrótów

1. Skróty podstawowe

arb.	arbitraż/arbitrażowy
art.	artykuł
cz.	część
lit.	litera
n.	następny/-e
nb	numer boczny
nt	numer tezy
par.	paragraf
pkt	punkt
por.	porównaj
poz.	pozycja
ppkt	podpunkt
prozdz.	podrozdział
prot.	protokół
r.	rok
red.	redakcja
reg.	regulamin
rozdz.	rozdział
s.	strona
t.	tom
ust.	ustęp

wyt.	wytyczne
zm.	zmiany
zob.	zobacz

2. Lista terminów zdefiniowanych

BIT	Umowy o wzajemnej ochronie i popieraniu inwestycji/Bilateral Investment Treaties
CIArb	Chartered Institute of Arbitrators
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
CIETAC Arbitration Rules lub Regulamin CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) Arbitration Rules
Digest/UNCITRAL 2012 Digest of Case Law	UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration
FAA	The United States Arbitration Act/Federal Arbitration Act
FRCP/Federal Rules of Civil Procedure	Federal Rules of Civil Procedure for the United States District Courts
Grupa Robocza i Podkomisja ds. Rewizji Regulaminu dowodowego IBA	1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee
HKIAC	Hong Kong International Arbitration Centre
HKIAC Administered Arbitration Rules lub Regulamin HKIAC	Hong Kong International Arbitration Centre Administered Arbitration Rules
IBA lub Międzynarodowe Stowarzyszenie Prawników	International Bar Association

IBA Guidelines on Conflicts lub Wytyczne IBA dot. konfliktu interesów	IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration
IBA Guidelines on Party Representation lub Wytyczne IBA dot. zastępstwa procesowego w międzynarodowym arbitrażu	IBA Guidelines on Party Representa- tion in International Arbitration
IBA Rules of Evidence lub Regulamin dowodowy IBA ICC lub Międzynarodowa Izba Handlowa w Paryżu ICCA	IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration International Chamber of Commerce International Council for Commercial Arbitration
ICCA Drafting Sourcebook lub Materiały źródłowe ICCA ICSID	ICCA Drafting Sourcebook for Logisti- cal Matters in Procedural Orders International Centre for Settlement of International Disputes
Karta energetyczna	Traktat Karty Energetycznej (Dz.U. z 2003 r. poz. 985)
k.p.c. lub pol. k.p.c.	Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks po- stępowania cywilnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1822 ze zm.)
konwencja europejska	konwencja europejska o międzynaro- dowym arbitrażu handlowym, sporzą- dzona w Genewie 21.04.1961 r. (Dz.U. z 1964 r. poz. 270)
konwencja ICSID	Convention on the Settlement of In- vestment Disputes Between States and Nationals of Other State ¹

¹ Z uwagi na fakt, że Polska nie jest stroną konwencji ICSID, autor korzysta z nazwy angielskiej.

konwencja nowojorska	konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych wyroków arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku 10.06.1958 r. (Dz.U. z 1962 r. poz. 41)
LCIA	London Court of International Arbitration
NAFTA	Północnoamerykańska Strefa Wolnego Handlu/North American Free Trade Agreement
Notatki UNCITRAL nt. organizacji postępowania arbitrażowego lub UNICTRAL Notes, w odniesieniu do konkretnego punktu instrumentu jako Notatka²	UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings
ONZ	Organizacja Narodów Zjednoczonych/United Nations
PCA	Permanent Court of Arbitration
Protokół CIArb dot. biegłych stron lub CIArb Protocol for Party-Appointed Experts	Chartered Institute of Arbitrators Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration
Prawo modelowe UNCITRAL lub pr. modelowe	Prawo modelowe UNCITRAL z 1985 r. (ze zm. z 2006 r.)
Protokół CIArb dot. e-disclosure/ dokumentów elektronicznych	CIArb Protocol for E-disclosure in Arbitration
reg. dodatkowy ICSID	ICSID Additional Facility Rules

² Skrócony termin oficjalny to „Notes” (bez dodania „UNCITRAL...”). Dodanie „UNCITRAL” w nazwie ma na celu sprecyzowanie odniesienia. Skrót taki jest często używany w doktrynie zagr.

Regulamin ICC lub ICC Rules of Arbitration	International Chamber of Commerce Rules of Arbitration
Regulamin ICSID lub Arbitration Rules of ICSID³	Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (the Arbitration Rules) of ICSID
Regulamin LCIA	LCIA Arbitration Rules
Regulamin SA KIG	Regulamin Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej
Regulamin SA LEWIATAN	Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan
Regulamin VIAC lub Vienna Rules	Rules of Arbitration and Conciliation of VIAC/Der Schiedsordnung des VIAC
SA KIG	Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej
SA PKPP LEWIATAN	Sąd Arbitrażowy przy Polskiej Kon- federacji Pracodawców Prywatnych LEWIATAN
SCC	Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
SCC Arbitration Rules⁴ lub Regulamin SCC	Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
SIAC	Singapore International Arbitration Centre
SIAC Rules lub Regulamin SIAC	Arbitration Rules of the Singapore In- ternational Arbitration Centre
UNCITRAL	United Nations Commission on Inter- national Trade Law

³ Skrócony termin oficjalny to „Arbitration Rules” (bez dodania „...of ICSID”). Autor dodaje jednak nazwę „ICSID” dla uniknięcia nieporozumień.

⁴ Skrócony termin oficjalny to „Arbitration Rules” (bez dodania „SCC...”). Z uwagi na to, że termin „Arbitration Rules” mógłby być zbyt ogólnikowy, autor dodaje do niego skrót „SCC”.

UNCITRAL Arbitration Rules lub Regulamin UNCITRAL	Arbitration Rules of the United Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
VIAC	Vienna International Arbitral Centre/ Das Internationalen Schiedsgerichtsge- richtszentrums der Wirtschaftskammer Österreich
Zasady transparentności w traktatowym arb. inwest. lub Rules on Transparency	Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

Objaśnienia formatu przypisów

W zależności od potrzeby, przypisy czynione są do numerów stron poszczególnych publikacji lub numerów stron i numerów bocznych (ew. innych oznaczeń akapitów) w powoływanych pozycjach. Numeracja przypisów jest prowadzona osobno w każdej części pracy. Podobnie same przypisy konstruowane są w poszczególnych częściach pracy niezależnie od siebie, tj. z pełnym podaniem tytułu źródła przy jego pierwszym powołaniu w danej części pracy. Jednak terminy zdefiniowane w przypisach pracy, bez względu na miejsce zdefiniowania, używane są następnie w kolejnych częściach pracy. Tak zwane cross-referencje odwołują się co do zasady do numerów przypisów w danej części pracy. W przypadku odejścia od tej reguły, obok numeru przypisu, zamieszczony jest także numer części pracy.

Obcojęzyczne nazwy regulaminów arbitrażowych (pełne oraz skrócone) zaczerpnięte zostały z oficjalnych tekstów lub stron internetowych poszczególnych instytucji. Autor korzysta przy tym z najnowszych wersji regulaminów. Gdy oficjalna strona internetowa danej instytucji dodaje do nazwy regulaminu rok jego wydania lub ostatniego zaktualizowania, autor opuszcza w nazwie datę. W przypadku korzystania z innej wersji regulaminu arbitrażowego niż aktualnie obowiązująca autor dodaje do nazwy zdefiniowanej dopisek „w wersji z [...] r.”. Jak wyjaśniono we wstępie pracy, co do zasady, punktem odniesienia są angielskojęzyczne wersje regu-

laminów oraz innych instrumentów „miękkiej regulacji”. Z tego względu niektóre angielskojęzyczne terminy zaczerpnięte z wiodących regulaminów arbitrażowych, choć zostają przetłumaczone na język polski, to nie zostają zdefiniowane i używane są w rozumieniu nadanym im przez dany instrument (np. autor używa zamiennie pojęć *Terms of reference* i „akt misji” w odniesieniu do instytucji uregulowanej w art. 23 reg. ICC). Przypadki zamiennego operowania danymi pojęciami po ich przetłumaczeniu są każdorazowo wyjaśniane w toku wywodu lub w przypisach. W sposób opisowy, bez dodatkowego definiowania, autor operuje także niektórymi terminami angielskiego języka prawniczego (np. pojęcie *Procedural order no. 1* i zamiennie „pierwsze zarządzenie proceduralne”).

Wstęp

1. Przedmiot monografii

Monografia stanowi próbę analizy sposobu przeprowadzenia dowodów w międzynarodowym arbitrażu – ukazuje specyfikę zastosowania poszczególnych środków dowodowych w tym postępowaniu adjudykacyjnym. Ogniskuje się przede wszystkim na przedstawieniu sposobów korzystania z najpopularniejszych nośników informacji o wydarzeniach, jak też potencjalnie towarzyszących im przepisach prawnych, będących zarzewiem sporu arbitrażowego. Ze względów objętościowych – z zastrzeżeniem dygresji i z niezbędnymi wyjątkami, które zostaną przedstawione dalej – pomija kompleksowe omówienie zasad i reguł postępowania dowodowego. Stanowi skróconą adaptację rozprawy doktorskiej przygotowanej w 2016 r. pod kierunkiem prof. dr. hab. Tadeusza Wiśniewskiego. Nie doszłaby do skutku bez wsparcia merytorycznego ze strony Pana Profesora i Szanownych Recenzentów rozprawy doktorskiej w osobach prof. dr. hab. Karola Weitza oraz dr. hab. prof. nadzw. Andrzeja Torbusa, którym autor pragnie serdecznie podziękować.

Jakkolwiek monografia nie omawia całości problematyki dowodowej w międzynarodowym arbitrażu, to ukazanie postępowania dowodowego przez pryzmat najważniejszych środków dowodowych – rezultat analizy prowadzonej w monografii – wymaga zdefiniowania pojęcia „postępowanie dowodowe”.

Przez postępowanie dowodowe w międzynarodowym arbitrażu rozumieć można ogół czynności przeprowadzanych dla ustalenia podstawy faktycznej, a w części spraw również podstawy prawnej, wyroku sądu

polubownego (sądu arbitrażowego, względnie trybunału arbitrażowego lub inwestycyjnego)¹.

Zaproponowana definicja wynika z faktu, że kontrowersyjne, jeśli nie wręcz fikcyjne, wydaje się bezwzględne przyjęcie zasady *iura novit arbiter* w sprawach o charakterze międzynarodowym². Oznacza to, że omawiane w tej monografii środki dowodowe niekoniecznie służą tylko i wyłącznie udowodnieniu faktów³. Cel postępowania dowodowego w międzynarodowym arbitrażu jest zatem zasadniczo – lecz zdecydowanie nie w każdym przypadku – zbieżny z celem postępowania dowodowego przed polskim sądem państwowym⁴. Jak zasugerowano na wstępie, sposób jego przeprowadzenia, w tym korzystania ze środków dowodowych, może okazać się przy tym odmienny, a ponadto zróżnicowany zależnie od charakteru sporu.

Analiza sposobu korzystania ze środków dowodowych w międzynarodowym arbitrażu pozwala wypowiedzieć się co do tego, w jakim stopniu zostały w minionych trzech dekadach rozluźnione związki tego postępowania adjudykacyjnego – konkretniej modelu przeprowadzenia w nim dowodów – z rozwiązaniami prawnymi funkcjonującymi w krajach *civil law*

¹ Pojęcia „sąd polubowny” nie należy mylić z rzekomo „partnerskim” charakterem tej metody rozwiązywania sporów lub możliwością zawarcia ugody. Używane jest w monografii tylko jako wyraz poszanowania dla tradycji polskiego języka prawniczego. Konotacja tego terminu wydaje się nie oddawać współcześnie charakteru spraw innych niż krajowe. Stosowane jest w monografii zamiennie z pojęciem „sąd arbitrażowy” w odniesieniu do zespołów orzekających w arb. instytucjonalnym lub *ad hoc* (w sprawach uznawanych za „handlowe” i nie tylko). Autor nie odnosi tych terminów do organizacji administrujących określoną sprawą. W odniesieniu do tych organizacji używane są pojęcia „instytucja” lub „instytucja arbitrażowa”. Jednocześnie wykorzystywany bywa publicznoprawny termin „trybunał inwestycyjny” (rzadziej termin „trybunał arbitrażowy”). Stosowany jest podczas omawiania konkretnych orzeczeń zespołów orzekających w sprawach inwestycyjnych. Większość rozważań dot. sądów arbitrażowych ma jednak walor ogólny i odnosi się do spraw inwestycyjnych.

² Szerzej zob. m.in.: Ch.P. Alberti, *Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How Much Justice Do You Want?* [w:] *International Arbitration and International Commercial Law...*, Kluwer Law International 2011, s. 30; M. Salahudine, A. Wahab, *Iura Novit Arbiter in International Commercial Arbitration: The Known Unknown* [w:] *Festschrift Ahmed Sadek El-Koshery*, red. Nassib G. Ziadé, Kluwer Law International 2015, s. 6 i n. Na tle spraw inwestycyjnych zob. Z. Marossi Ali, *Shifting the Burden of Proof in the Practice of the Iran–United States Claims Tribunal*, „Journal of International Arbitration” 2011, vol. 28, nr 5, s. 432.

³ Podobnie zob. P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska, *Regulamin arbitrażowy UNCITRAL*, Warszawa 2011, s. 364, szczególnie nb 8.

⁴ Co do wątpliwości rodzimej doktryny w zakresie uznania prawa za przedmiot dowodu zob. T. Ereciński, *Prawo obce w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1981, s. 214.

(szeroko pojmowanych systemach kontynentalnych)⁵. Służy weryfikacji rozpowszechnionej tezy, że międzynarodowy arbitraż uległ znacznej „amerykanizacji”. Przez „amerykanizację” międzynarodowego arbitrażu należy rozumieć stopniowe zbliżanie się modelu przebiegu typowego sporu arbitrażowego z elementami zagranicznymi do sporów sądowych w państwach *common law* – w tezie tej kładzie się nacisk na podobieństwa do najszerzej rozumianego modelu procesu amerykańskiego i tamtejszej kultury procesowej⁶. Wykształciła się w latach 80. XX w. i od tamtej chwili stała się przedmiotem polemik. Wpisuje się w długotrwałą w literaturze komparatystycznej dyskusję na temat podziałów między kulturą *civil law* oraz *common law*. Ma swoich licznych zwolenników i przeciwników⁷. Pojęcie „amerykanizacja” nie ma przy tym ściśle ustalonego znaczenia. Objąć nim można nie tylko podobieństwo pewnych instytucji prawnych, lecz także kopiowanie na grunt międzynarodowego arbitrażu zasad etyki i technik prowadzenia sporów dominujących w procesie amerykańskim⁸. Nakreślenie sposobu zastosowania najpopularniejszych środków dowodowych w międzynarodowym arbitrażu pozwala włączyć się do dyskusji na temat zarysowanej tezy.

Jednocześnie zauważyć trzeba, że dostrzegalne są niekiedy pewne odrębności między sposobem przeprowadzenia dowodów w ramach różnych

⁵ Operowanie ang. terminem „*civil law*” i przeciwstawianie pojęciu „*common law*” jest uproszczeniem makrokomparatystycznym. Dla bliższej analizy zob. K. Funken, *The Best of Both Worlds: The Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common System*, wersja *pdf. za: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=476461 (dostęp: 30.07.2016 r.), s. 3–4. Dla zakwestionowania zasadności przeciwstawiania tych pojęć zob.: O.G. Chase, J. Walker, *Common Law, Civil Law and the Future of Categories: An Introduction* [w:] *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, red. J. Walker, O.G. Chase, LexisNexis 2010, s. 11–lxviii; O.G. Chase, *Legal Processes and National Culture*, „Cardozo Journal of International and Comparative Law” 1997, vol. 5, nr 1, s. 14–17.

⁶ Bliżej nt. genezy pojęcia „amerykanizacja” zob.: E.V. Helmer, *International Commercial Arbitration: Americanized, „Civilized”, or Harmonized?*, „Ohio State Journal of Dispute Resolution” 2003, vol. 19, nr 1, s. 35; R.P. Alford, *The American Influence on International Arbitration*, „Ohio State Journal on Dispute Resolution” 2003, vol. 19, nr 1, s. 69 i n.

⁷ Wśród głosów aprobujących zob. R.P. Alford, *The American...*, s. 87. Zob. także Y. Dezalay, B.E. Garth, *Dealing in Virtue*, Chicago-London 1996, s. 53. Dla opinii sceptycznych lub powściągliwych zob.: F.T. Schwarz, Ch.W. Konrad, *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria*, Kluwer Law International 2009, s. 416; S.L. Karamanian, *Overstating the Americanization of International Arbitration: Lessons from ICSID*, „Ohio State Journal on Dispute Resolution” 2003, vol. 19, nr 1, s. 5 i n.; E. Bergsten, *Americanization of International Arbitration*, „Pace International Law Review” 2006, vol. 18, nr 1, s. 300–301.

⁸ E. Bergsten, *Americanization...*, s. 294.

sporów arbitrażowych. Różnice takie mogą znacznie utrudniać zbadanie „amerykanizacji” międzynarodowego arbitrażu (mogą istnieć zarówno między sporami handlowymi, jak też szerzej między sporami o charakterze handlowym a inwestycyjnym)⁹. Jest to ważny aspekt prowadzonej w monografii analizy, który zasygnalizowano już wyżej. Dalsza część uwag wstępnych – precyzujących zakres monografii – wskazuje, że nawet samo pojęcie „międzynarodowy arbitraż” nie jest jednoznacznie definiowane w literaturze przedmiotu. Nie sposób wskazać współcześnie liczby różnego rodzaju regulaminów arbitrażowych i instrumentów uzupełniających stosowanych na potrzeby spraw międzynarodowych. Jednocześnie praktyka międzynarodowego arbitrażu zmienia się z dekady na dekadę. Wobec polimorficznego charakteru międzynarodowego arbitrażu, licznych instrumentów go regulujących – stosowanie których najczęściej nakłada się na siebie – należy postawić pytanie, czy można mówić o jednolitym modelu przeprowadzenia dowodów w tym postępowaniu spornym?

Celem monografii jest zatem odpowiedź na pytanie o wykształcenie się uniwersalnego modelu przeprowadzenia dowodów w międzynarodowym arbitrażu. Kwestia ta zostanie rozwinięta dalej. Będzie przedmiotem analizy równoległej do badania „amerykanizacji” międzynarodowego arbitrażu. Dopiero jeśli założyć, że w międzynarodowym arbitrażu funkcjonuje aktualnie w miarę jednolity model wykorzystania poszczególnych środków dowodowych, kolejnym krokiem może być weryfikacja tezy o jego „amerykanizacji”. Wynikałoby z tego, że ustalenie, z jaką kulturą prawną sposób przeprowadzenia dowodów ma najwięcej wspólnego, może nie być łatwe. Trzeba przyjąć niezweryfikowaną hipotezę o powstaniu wzorca międzynarodowego arbitrażu, aby zbadać, czy w ramach przeprowadzenia dowodów przeważają w nim elementy z państw *civil law* bądź państw *common law*. Możliwe jest przy tym dojście do wniosku, że podczas stosowania środków dowodowych mamy do czynienia z wypadkową tych dwóch podstawowych kultur prawnych. Jeśli zgodzić się z taką tezą, to można mówić o swego rodzaju „internacjonalizacji” przeprowadzenia dowodów w sprawach międzynarodowych.

⁹ Szerzej zob. K. Böckstiegel, *Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?*, „Arbitration International” 2012, vol. 28, nr 4, s. 585.

Choć jako przykład definiowania *idem per idem* sugerowanie „internacjonalizacji” wzorca międzynarodowego arbitrażu lub jego części może wydawać się logicznie błędne, to termin taki pojawił się już kilkakrotnie w międzynarodowej doktrynie¹⁰. Na potrzeby prowadzonej analizy utożsamiać można go z globalną popularyzacją tej metody rozwiązywania sporów połączoną z przemieszaniem się w instrumentach regulujących przeprowadzenie dowodów elementów o różnej proveniencji. Rozumieć przez niego należy przeprowadzenie dowodów w dzisiejszym międzynarodowym arbitrażu w swoistym oderwaniu od poszczególnych odmian krajowych zarówno sądownictwa arbitrażowego, jak też sądowego postępowania cywilnego.

Sugerowałby tym samym, że międzynarodowy arbitraż rozwija się współcześnie w dużym stopniu niezależnie od kierunków zmian zachodzących w modelu procesu cywilnego państw *civil law* i *common law*. „Internacjonalizacja” oznaczałaby więc zjawisko przeciwstawne rzekomej „amerykanizacji” międzynarodowego arbitrażu. Termin ten podkreślałby specyfikę tej coraz bardziej samodzielnej metody rozwiązywania sporów gospodarczych, lecz nie wiązałby jej z wpływami amerykańskimi.

Poruszoną problematykę badawczą można spróbować podsumować słowami paremii *lex multiplex, universa curiositas, lex [ius] evidentia* (w oryginale *ius unum* – przyp. aut.), która od przeszło stulecia stanowi wyraz komparatystycznej, być może utopijnej, idei stworzenia uniwersalnego systemu prawnego¹¹. Słowa te – sparafrazowane i umieszczone na wstępie – wyrażają pytanie o stopień uzgodnienia jednolitego sposobu przeprowadzenia dowodów w międzynarodowym arbitrażu.

Jakkolwiek dla zajęcia stanowiska w przedmiocie „amerykanizacji” międzynarodowego arbitrażu – w tym sposobu stosowania środków dowodowych – trzeba roboczo przyjąć, że stopień uniformizacji instrumentów arbitrażowych i praktyki jest co najmniej wysoki, to niekoniecznie musi to oznaczać całkowitą jednolitość stosowanych rozwiązań, tj. wykształcenie

¹⁰ Tak m.in. E.V. Helmer, *International...*, s. 35–36. Zob. także E. Bergsten, *Americanization...*, s. 289.

¹¹ Dewiza pierwszego Międzynarodowego Kongresu Porównawczego w Paryżu. Szerzej nt. tego wydarzenia zob. Ch. Jamin, *Saleilles' and Lambert's Old Dream Revisited*, „American Journal of Comparative Law” 2002, vol. 50, nr 4, s. 701 i n.

się ustabilizowanego i standardowego modelu przeprowadzenia dowodów, który zasługiwałby na określenie mianem *lex evidentialia*. Możliwe są aberracje od typowego, jak mogłoby wydawać się po wstępnej refleksji, sposobu zastosowania zuniformizowanych instrumentów arbitrażowych. W tym kontekście, nawet dalece posunięta harmonizacja wiodących instrumentów arbitrażowych lub wykształcenie się wokół nich podstawowego nurtu praktyki mogą nie być wystarczające do kategoriycznego postawienia tezy o powstaniu *lex evidentialia*. Inspiracją do rozważań w tym przedmiocie jest materialnoprawna problematyka *lex mercatoria*¹². Być może bowiem, przenosząc znane rozważania dotyczące *lex mercatoria* z gruntu materialnoprawnego na grunt proceduralny, można stwierdzić wykształcenie się jego warstwy procesowej, w tym *lex evidentialia*, czyli przepisów i zwyczajów oddających typowy przebieg przeprowadzenia dowodów¹³.

Jak pokaże monografia, problem powstania uniwersalnego korpusu reguł i praktyk niepodważalnie rządzących sposobem wykorzystania poszczególnych środków dowodowych nie jest oczywisty, a odniesienie się do niego wymaga wzięcia pod uwagę wielu różnic kulturowych widocznych w środowisku arbitrażowym. W znacznym stopniu determinują one ocenę istniejącego poziomu standaryzacji przeprowadzenia dowodów w międzynarodowym arbitrażu.

Wskazana wyżej problematyka, choć od pewnego czasu częściowo obecna w kręgu zainteresowań polskiej doktryny, nie została do tej pory przekrojowo opracowana. Zauważalny jest brak polskojęzycznej monografii

¹² Bliżej nt. *lex mercatoria* w międzynarodowym arb. zob.: W.W. Park, *Arbitration of International Business Disputes. Studies in Law and Practice*, Oxford 2006, s. 527–556; O. Lando, *The Lex mercatoria in International Commercial Arbitration*, „International and Comparative Law Quarterly” 1985, vol. 34, nr 4, s. 747–768; M. Pryles, *Application of the Lex mercatoria in International Commercial Arbitration*, „Australian Law Journal” 2004, vol. 78, nr 6, s. 396–416; M. Mustill, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, „Arbitration International” 1988, vol. 4, nr 2, s. 86–119. W doktrynie pol. zob. m.in. A.W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrów*, Warszawa 2011, s. 87–90.

¹³ Szerzej zob. U. Draetta, *The Transnational Procedural Rules for Arbitration and the Risks of Overregulation and Bureaucratization*, „ASA Bulletin” 2015, vol. 33, nr 2, s. 329. Zob. także L. Nottage, *The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration*, „Sydney Law School Research Paper” 2006/6/51, wersja *pdf. za: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=838028 (dostęp: 30.07.2016 r.), s. 1–30; S. Luttrell, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a „Real Danger” Test*, Kluwer Law International 2009, s. 187–209.

poświęconej dowodom w międzynarodowym arbitrażu. W szczególności nie podjęto analizy wpływu kultury prawnej uczestników postępowania dowodowego na jego przebieg (sposób korzystania z poszczególnych środków dowodowych). Monografia ma na celu wypełnienie tej luki w jak najszerszym zakresie.

2. Międzynarodowy arbitraż

2.1. Uwagi ogólne

Tematyka publikacji wydaje się wpisywać w rosnące w Polsce ogólne zainteresowanie arbitrażem. Wzrost taki wynika z rozwoju szeroko rozumianego obrotu gospodarczego z przedsiębiorcami zagranicznymi, który wpisuje się w globalny trend wzrostu międzynarodowej wymiany potwierdzony przez dane statystyczne¹⁴. Prawdopodobnie przyczyną rosnącego zainteresowania arbitrażem są także głośnie międzynarodowe spory arbitrażowe z udziałem polskich stron, w tym rodzimego Skarbu Państwa/Rzeczypospolitej Polskiej, który uczestniczy w sporach handlowych i inwestycyjnych (spory inwestycyjne odbijają się głośnym echem w prasie biznesowo-prawniczej).

Jednocześnie standardem podczas transakcji handlowych z dziedziny prawa spółek, prawa rynków kapitałowych, prawa bankowego, czy w różnego rodzaju innych umowach gospodarczych, stało się uzgadnianie klauzul arbitrażowych. Zawieranie umów o arbitraż w postaci klauzul arbitrażowych nie zawsze jest przy tym poparte należytą refleksją stron i pełnomocników. Można to tłumaczyć z perspektywy behawioralnej. Podczas podejmowania wielu decyzji biznesowych, w tym dotyczących zagadnień transakcyjnych, przeważać może tendencja do wyboru *status quo*, czyli rozwiązań najlepiej znanych negocjującym stronom¹⁵. Bardzo często zdarza się, że klauzule arbitrażowe uzgadnianie są przez zespoły prawników

¹⁴ Aktualizowane cyklicznie dane Organizacji Narodów Zjednoczonych, dalej jako „ONZ”, dot. rozwoju międzynarodowego obrotu gospodarczego dostępne na: <http://comtrade.un.org/db/help/ServiceMessage.aspx?rowID=554> (dostęp: 28.07.2016 r.). Zob. także S.P. Finizio, D. Speller, *A practical Guide to International Commercial Arbitration: Assessment, Planning and Strategy*, Thomson Reuters 2010, s. 31–32.

¹⁵ Bliżej zob. m.in. W. Samuelson, R. Zeckhauser, *Status Quo Bias in Decision Making*, „Journal of Risk and Uncertainty” 1988/1, s. 8.

transakcyjnych dopiero na końcu rozmów z kontrahentem reprezentowanego klienta. Może to wiązać się z brakiem czasu na dogłębną analizę potrzeby ich zawarcia i skonsultowanie z działem procesowym danej kancelarii. Z tego powodu bywają określane w literaturze przedmiotu jako tzw. *midnight clauses*¹⁶.

Gdy jedną ze stron umowy gospodarczej jest podmiot zagraniczny, wprowadzenie klauzuli arbitrażowej bywa niejako oczekiwane. Zagraniczny kontrahent często pośrednio wymusza zastosowanie tej klauzuli. Jej wprowadzenie do tekstu umowy jest zarazem w znacznym stopniu zautomatyzowane. W praktyce działania międzynarodowych firm oraz kancelarii prawnych zastosowanie klauzuli wynika w wielu przypadkach z posługiwania się wzorami umownymi należącymi do globalnego *know-how* danego podmiotu, które znaleźć można na firmowym intranecie.

Niemniej, niezależnie od przyczyn, rozpowszechnienie tego rodzaju postanowień pozwala ostrożnie założyć, że w najbliższych latach nastąpi wzrost liczby sporów handlowych z udziałem polskich podmiotów rozstrzyganych w drodze międzynarodowego arbitrażu. Procesowi temu towarzyszyć będzie dalszy wzrost zainteresowania arbitrażem w Polsce (nie tylko w kontekście międzynarodowym). Wskazana tendencja jest zgodna z od dawna rosnącym zainteresowaniem międzynarodowym arbitrażem dostrzegalnym w zagranicznej literaturze prawnej¹⁷.

Dotychczas mała liczba rozpoczynających się rok do roku międzynarodowych arbitraży z siedzibą na terytorium Polski powinna powoli rosnąć. Jednocześnie wiele klauzul arbitrażowych zawartych w umowach prawa handlowego polskich podmiotów wskazuje miejsce poza Polską jako siedzibę międzynarodowego arbitrażu. Umowy takie również przyczyniają się do wzrostu uczestnictwa polskich podmiotów w międzynarodowym arbitrażu. Pociągają za sobą większe obeznanie z nim wśród pracowników wewnętrznych działów prawnych największych firm (jednak dochodzi do przypadków, że przedsiębiorcy rezygnują z zawierania klauzul arbitrażo-

¹⁶ N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford 2009, s. 86–87.

¹⁷ Dla potwierdzenia tego zapatrywania zob. A. Casella, *Arbitration in International Trade*, „National Bureau of Economic Research Working Paper” 1992/4136, s. 1–2.

wych podczas formowania polityki korporacyjnej). Najczęściej nie ma przeszkód formalnych, aby polscy pełnomocnicy reprezentowali swoich rodzimych klientów w sporach arbitrażowych z siedzibą poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

W odróżnieniu od wskazanej tendencji do rozwoju arbitrażu w stosunkach typowo handlowych z podmiotami zagranicznymi, można oczekiwać wyhamowania stopnia jego wykorzystania w międzynarodowych sporach inwestycyjnych. Przypuszczalnie wyższemu zaangażowaniu polskich przedsiębiorców w międzynarodowy arbitraż handlowy towarzyszył będzie prawdopodobny spadek zaangażowania – o trudnym do antycypowania tempie – polskiego Skarbu Państwa/Rzeczypospolitej Polskiej w spory inwestycyjne.

Bliżej o nominalnym podziale międzynarodowego arbitrażu na dwie wzmiankowane kategorie sporów, w tym o ich zasadniczych podobieństwach proceduralnych, mowa nieco dalej. Abstrahując w tym miejscu od kryterium tego podziału i jego znaczenia, należy wskazać na fakt, że ciężar popularności wykorzystania arbitrażu inwestycyjnego przesuwają się na wschód od naszej części Europy. Jednocześnie zarysowuje się światowa tendencja do zatrzymania jego szybkiego rozwoju, która związana jest z krytyką arbitrażu inwestycyjnego¹⁸. Pozwala to ostrożnie założyć,

¹⁸ Po 2004 r. roczna liczba nowych arb. inwestycyjnych zaczęła się wahać. Dla danych w tym zakresie zob. United Nations Conference on Trade and Development, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, IIA Issues Note 2013/2, wersja *pdf. za: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf (dostęp: 30.07.2016 r.), s. 2. Co do krytyki tej metody rozwiązywania sporów zob. United Nations Conference on Trade and Development, *Reform of Investor-State Dispute Settlement...*, s. 3–4. Zob. także *The Backlash against Investment Arbitration*, red. C. Balchin, Kluwer Law International 2010, s. XXXIX i n. W zakresie sporów traktatowych zob.: J.W. Yackee, *Do We Really Need Bits? Toward a Return to Contract in International Investment Law*, „Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy” 2008, vol. 3, nr 1, s. 136 i n.; G. van Harten, *Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion*, Trade, Law & Development 2010, vol. 2, nr 1, s. 31; Z. Douglas, *Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex*, „Arbitration International” 2006, vol. 22, nr 1, s. 51. Ponadto zob.: P. Eberhardt, C. Olivet, *Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, Brussels, Amsterdam 2012, s. 13 i s. 71 i n.; P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford University Press 2007, s. 660; W. Spröte, *Negotiations on a United Nations Code of Conduct for Transnational Corporations*, German Yearbook of International Law 1990, vol. 33, s. 331. Znamienne jest, że Argentyna zdecydowała się nie wykonywać wyroków inwestycyjnych. Szerzej zob.: D. Vis-Dunbar, *Argentina ordered to reconsider its position on payment*

że liczba zagranicznych pozwów (w pierwszej kolejności tzw. notyfikacji sporów) przeciwko Skarbowi Państwa/Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie bilateralnych umów o wzajemnej ochronie oraz popieraniu inwestycji pozostanie na dotychczasowym poziomie albo spadnie¹⁹.

Rozważane jest zakończenie lub rewizja licznych BIT przez Polskę²⁰. Kwestionowana jest zgodność tych umów z prawem Unii Europejskiej, która stała się przedmiotem zainteresowania Komisji Europejskiej²¹. Niezależnie

of ICSID awards, za: <http://www.iisd.org/itn/2008/10/14/argentina-ordered-to-reconsider-its-position-on-payment-of-icsid-awards/> (dostęp: 30.07.2016 r.); L. Peterson, *Argentina by the numbers: where things stand with investment treaty claims arising out of the Argentine financial crisis*, za: http://www.iareporter.com/articles/20110201_9 (dostęp: 30.07.2016 r.). Z kolei rząd Australii zadeklarował w 2011 r. zaprzestanie polityki zawierania jakichkolwiek klauzul dotyczących rozstrzygania sporów inwestycyjnych. Dla oświadczenia australijskiego Ministerstwa Spraw Zagranicznych i Handlu z 11.04.2011 r. zob. *Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity*, wersja *pdf, za: <http://pdf.aigroup.asn.au/trade/Gillard%20Trade%20Policy%20Statement.pdf> (dostęp: 30.07.2016 r.), s. 14.

¹⁹ W terminologii ang. bilateralne umowy o wzajemnej ochronie i popieraniu inwestycji powoływane są skróto jako *Bilateral Investment Treaties*, dalej jako „BIT”. Szerzej zob.: E. Zagórska-Prątnicka, *Dwustronne umowy o wzajemnej ochronie inwestycji*, „Biuletyn Arbitrażowy” 2009/9, s. 55 i n.; Ł. Kaługa, *Specyfika międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego* [w:] *Arbitraż w prawie międzynarodowym*, red. C. Mik, Warszawa 2014, s. 204–205.

²⁰ Zob. posiedzenie Sejmu nr 12 z 25.02.2016 r. (2. dzień obrad): <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/wypowiedz.xsp?posiedzenie=12&dzien=2&wyp=248&view=1> (dostęp: 29.04.2016 r.). Zob. także Zarządzenie nr 1 Prezesa Rady Ministrów z 5 stycznia 2017 r. w sprawie Międzyresortowego Zespołu do spraw prawno-międzynarodowych aspektów polityki inwestycyjnej Rzeczypospolitej Polskiej: <https://bip.kprm.gov.pl/kpr/bip-rady-ministrow/organy-pomocnicze/organy-pomocnicze-rady/3918,Miedzyresortowy-Zespol-do-spraw-prawno-miedzynarodowy-ch-aspektow-polityki-inwest.html> (dostęp: 10.03.2017 r.).

²¹ Zob. komunikat prasowy Komisji Europejskiej z 18.06.2015 r. dot. BIT zawartych przez Austrię, Holandię, Rumunię, Słowację i Szwecję: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm (dostęp: 29.04.2016 r.). Bliżej nt. kolizji z prawem Unii Europejskiej i możliwej krytyki BIT na tym tle zob.: T. Fecák, *International Investment Agreements and EU Law*, Kluwer Law International 2016, s. 1–10; M. Burgstaller, *European Law and Investment Treaties*, „Journal of International Arbitration” 2009, vol. 26, nr 2, s. 181–216; Ch. Söderlund, *Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty*, „Journal of International Arbitration” 2007, vol. 24, nr 5, s. 455–468; J. Kleinheisterkamp, *The Future of the BITs of European Member States after Lisbon*, „ASA Bulletin” 2011, vol. 29, nr 1, s. 212–223. W kontekście potencjalnej zdolności trybunałów do zadawania pytań prejudycjalnych zob.: M. Olik, D. Frybach, *The Competence of Investment Arbitration Tribunals to Seek Preliminary Rulings from European Courts* [w:] *Czech Yearbook of International Law 2011*, vol. 2, red. N. Rozehnalova, s. 191 i n.; R. Siwik, *Sąd arbitrażowy a postępowanie prejudycjalne do ETS*, „Prawo Europejskie w Praktyce” 2009/3, s. 9 i n. Szerzej w doktrynie pol. zob. S. Sołtyśński, *Arbitraż inwestycyjny, kohabitacja z wymiarem sprawiedliwości, rosnące koszty i inne problemy sądownictwa polubownego* [w:] *Aurea Praxis. Aurea Theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, red. J. Gudowski, K. Weitz, Warszawa 2011, s. 1851–1861. Nie wszyscy autorzy w doktrynie zagr. są krytyczni wobec arb.

od tych wątpliwości, nie można natomiast wykluczyć, że arbitraż inwestycyjny na podstawie różnych instrumentów prawa międzynarodowego (bilateralnych lub też multilateralnych) zaczął być coraz śmielej wszczynane przez polskich przedsiębiorców wraz ze wzrostem ich znaczenia w Europie Środkowo-Wschodniej lub na świecie – kilkakrotnie miały miejsce przypadki „polskich” pozwów arbitrażowych przeciwko państwom²². Nie należy więc przekreślać możliwości dalszej, być może intensywnej, styczności polskich prawników z tą odmianą arbitrażu.

Warto przy tym zauważyć, że w 2013 r. aż 52% przedstawicieli międzynarodowych firm przebadanych przez *Queen Mary College, University of London* oraz firmę konsultingową PwC wskazało arbitraż jako zdecydowanie najbardziej preferowaną metodę rozstrzygania sporów, a odsetek ten wzrósł do 56% w 2015 r.²³. Pomijając sytuacje, gdy respondenci

inwestycyjnego na podstawie BIT. Wśród głosów aprobujących zob. m.in. S.D. Franck, *Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration*, „Harvard International Law Journal” 2009, vol. 50, nr 2, s. 435 i n., szczególnie s. 487. Zob. także: P.J. Turner, M. Mangan, *Investment Treaty Arbitration*, „Journal of International Arbitration” 2007, vol. 24, nr 2, s. 103–128; A. Ali Ghouri, *The Evolution of Bilateral Investment Treaties, Investment Treaty Arbitration and International Investment Law*, „International Arbitration Law Review” 2011, vol. 14, nr 6, s. 191 i n.

²² Publicznie dostępne informacje podają różną liczbę takich sporów. W 2016 r. rozpoczęło się postępowanie arb. przeciwko Republice Słowacji, które wszczął polski producent wody mineralnej. Zob. informacje o sprawie w serwisie *Global Arbitration Review*: L. Yong, <http://globalarbitrationreview.com/article/1069573/water-investor%E2%80%99s-claim-against-slovakia-sees-challenge-to-bulgarian-arbitrator> (dostęp: 19.10.2016 r.). Ponadto w 2009 r. zostały wydane dwa wyroki w arb. inwestycyjnych wszczętych przeciwko Republice Turcji przez spółki z siedzibą w Polsce na podstawie Traktatu Karty Energetycznej (Dz.U. z 2003 r. poz. 985), dalej jako „Karta energetyczna”. Zob. informacje o sprawach na stronie internetowej Karty energetycznej: <http://www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/investment-dispute-settlement-cases/15-cementownia-nowa-huta-sa-poland-v-republic-of-turkey/>; oraz: <http://www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/investment-dispute-settlement-cases/16-europe-cement-investment-and-trade-sa-poland-v-republic-of-turkey/> (dostęp: 30.07.2016 r.). Odnośnie do spraw przeciwko Republice Turcji zob. także M. Świątkowski, *Investment Treaty Arbitration* [w:] *Arbitration in Poland*, Warszawa 2011, s. 163–164.

²³ Zob. ankiety *Queen Mary College, University of London* i PwC, *International Arbitration Survey 2013: Corporate choices in International Arbitration*, wersja *pdf. za: <http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf> (dostęp: 8.02.2017 r.), s. 6; *Queen Mary College, University of London* i *White & Case, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, wersja *pdf. za: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> (dostęp: 8.02.2017 r.), s. 5. Dla statystyk wzrostu liczby spraw w poszczególnych ośrodkach arb. między 1992–2009 r. zob. L.A. Mistelis, *Arbitral Seats – Choices and Competition* [w:] *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, red. S.M. Kröll, L.A. Mistelis, s. 365–366.

wskazali w 2013 r. i 2015 r. preferencję połączenia arbitrażu z mediacją lub innymi metodami rozstrzygania sporów, można z pewnością stwierdzić wzrost popularności międzynarodowego arbitrażu w stosunku do wcześniejszego badania z 2006 r. W pierwszej z serii ankiet jedynie 11% ankietowanych wyraźnie stwierdziło, że międzynarodowy arbitraż jest preferowanym przez nich sposobem rozstrzygania sporów²⁴. Co ciekawe, zdaniem większości respondentów ankiety *Queen Mary College, University of London* z 2013 r., kryzys finansowy z przełomu dekad nie wpłynął na stopień wykorzystania arbitrażu²⁵. Badania *Queen Mary College, University of London* wydają się wiele mówić o znaczeniu międzynarodowego arbitrażu.

Zaprezentowane statystyki ilustrują zarazem – fundamentalne dla monografii – znaczenie podziału na arbitraż krajowy i międzynarodowy²⁶. W świetle tematu rozprawy jedynie drugi z wymienionych rodzajów arbitrażu jest przedmiotem analizy. Niestety problematycznym w praktyce może być wskazanie, kiedy arbitraż ma charakter „międzynarodowy”. Zwraca uwagę brak powszechnie obowiązujących w Polsce źródeł prawa, z których można zaczerpnąć definicję legalną „międzynarodowego arbitrażu”. Jakkolwiek definicja taka nie ma znaczenia praktycznego dla funkcjonowania i rozwoju międzynarodowego arbitrażu, wskazany stan utrudnia terminologiczne uporządkowanie rozważań.

W przyjętych przez Polskę multilateralnych umowach międzynarodowych dotyczących arbitrażu nie zawarto bezpośredniej definicji „międzynarodowego arbitrażu”. W konwencji europejskiej o międzynarodowym

²⁴ Zob. ankietę *Queen Mary College, University of London* i *PricewaterhouseCoopers, International Arbitration: Corporate attitudes and practices 2006*, wersja *pdf. za: http://www.pwc.be/en_BE/be/publications/ia-study-pwc-06.pdf (dostęp: 8.02.2017 r.), s. 5.

²⁵ Zob. ankietę *Queen Mary College, University of London* i *PwC, International Arbitration Survey 2013...*, s. 10.

²⁶ Ankiety przeprowadzane periodycznie przez *Queen Mary College, University of London* dotyczą zasadniczo spraw międzynarodowych. Rodzaje arb. mogą być wyszczególniane według różnych kryteriów. Podział na arb. krajowy i międzynarodowy (często z dodatkiem przymiotnika „handlowy”) jest wyłącznie jednym z możliwych ujęć. Blżej nt. tego rozróżnienia zob. m. in.: T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 43 i s. 52; A. Szumański, *Pojęcie, rodzaje i charakter prawny arbitrażu handlowego* [w:] *System prawa handlowego*, red. A. Szumański, t. 8, *Arbitraż handlowy*, Warszawa 2010, s. 28–38. W doktrynie zagr. zob. R. Goode, *Commercial arbitration* [w:] R. Goode, *Commercial Law*, London–Edinburgh 2004, s. 1165.

arbitrażu handlowym z 1961 r. określenie „międzynarodowego arbitrażu” jest dokonane wyłącznie pośrednio w przepisie regulującym zakres przedmiotowy tej umowy²⁷. Poza tym konwencja europejska ma obecnie znikome znaczenie praktyczne i jak wskazuje jej tytuł odnosi się wyłącznie do „międzynarodowego arbitrażu handlowego”. Jako umowa powstała w 1961 r., wydaje się mało przydatnym narzędziem w próbie zdefiniowania „międzynarodowego arbitrażu” uwzględniającej spory inwestycyjne. Szybki rozwój międzynarodowych sporów inwestycyjnych nastąpił dopiero w ostatnim dwudziestoleciu. Pomocna nie jest również w najmniejszym stopniu konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych wyroków arbitrażowych z 1958 r.²⁸ opracowana pod egidą *United Nations Commission on International Trade Law*²⁹, choć w praktyce służy wsparciu nie tylko arbitrażu handlowego³⁰. Twórcy konwencji nowojorskiej dla wskazania zakresu przedmiotowego tej umowy nie wykorzystali w ogóle terminu „międzynarodowy arbitraż”.

Z kolei przepis art. 1 ust. 3 Prawa modelowego UNCITRAL z 1985 r.³¹ określa wyraźnie, kiedy arbitraż jest międzynarodowy, ale wszystkie prze-

²⁷ Konwencja europejska o międzynarodowym arbitrażu handlowym, sporządzona w Genewie 21.04.1961 r., Dz.U. z 1964 r. poz. 270. Bliżej nt. konwencji europejskiej zob. D.T. Hascher, *European Convention on International Commercial Arbitration (European Convention, 1961) – Commentary* [w:] *XX Yearbook Commercial Arbitration*, red. A.J. van den Berg, Kluwer Law International 1995, s. 1006 i n.

²⁸ Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych wyroków arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku 10.06.1958 r., Dz.U. z 1962 r. poz. 41. Dla wprowadzenia do jej problematyki zob. m.in. ICCA's *Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges*, red. P. Sanders, Kluwer Law International 2011, s. 12–31.

²⁹ Strona internetowa *United Nations Commission on International Trade Law*: http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html (dostęp: 8.02.2017 r.); dalej jako „UNCITRAL”.

³⁰ Tak m.in. M. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International 2000, s. 309–310. Niemniej można argumentować na rzecz wymagania uzyskania dodatkowej zgody państwa celem jej zastosowania do wyroku arb. wydanego w sprawie, której przyczyną był akt władczy. Szerzej zob. H. Bagner, *Article I* [w:] *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, red. N.C. Port, Kluwer Law International 2010, s. 27.

³¹ Strona internetowa UNCITRAL z prawem modelowym w wersji z 2006 r.: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html (dostęp: 8.02.2017 r.); dalej opisowo jako „Prawo modelowe UNCITRAL”, w wersji skróconej podczas powoływania przepisów jako „pr. modelowe”. Bliżej nt. genezy Prawa modelowego UNCITRAL zob.: G. Herrmann, *UNCITRAL adopts Model Law on International Commercial Arbitration*, „*Arbitration International*” 1986, vol. 2, nr 1, s. 2–10; G. Herrmann, *The UNCITRAL Model Law – its background, salient features and purposes*, „*Arbitration International*” 1985, vol. 1, nr 1, s. 6–29.

pisy tego popularnego instrumentu unifikacyjnego – przynajmniej jeśli wykładane językowo – dotyczą tylko i wyłącznie sporów o charakterze handlowym. Jakkolwiek zagraniczne orzecznictwo sądowe – w nielicznych wymagających takiego kroku przypadkach – rozciąga zakres przedmiotowy Prawa modelowego UNCITRAL na sprawy inwestycyjne, to podejście zakładające holistyczne spojrzenie na wszystkie kategorie spraw gospodarczych trafiających do międzynarodowego arbitrażu nie jest z licznych względów przyjmowane³².

Poglądy przeciwstawiające arbitraż inwestycyjny i handlowy są szczególnie często wyrażane przez przedstawicieli tej generacji doktryny europejskiej, którzy pracą naukową oraz praktykę rozpoczęli, zanim spory inwestycyjne stały się powszechne, tj. głównie przez uznanych arbitrów z Francji i Niemiec³³.

Powszechnie podnosi się publicznoprawny lub mieszany charakter arbitrażu inwestycyjnego, gdyż zgoda stron na ten rodzaj arbitrażu wyni-

³² Na gruncie Prawa modelowego UNCITRAL za „handlowe” można uznać również spory z dziedziny międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Warto zwrócić uwagę, że *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, dalej jako *Digest* lub *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law*, omawia przypadek wniesienia skargi o uchylenie wyroku trybunału inwestycyjnego do sądu kanadyjskiego w Vancouver (Kolumbia Brytyjska). Argumentacja wskazująca na „niehandlowy” charakter sporu inwestycyjnego nie znalazła uznania. Bliżej zob. United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law*., wersja *pdf. za: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf> (dostęp: 8.02.2017 r.), s. 10, par. 7, przypis 30. Dla całości uzasadnienia zob. *United Mexican States v. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 664 (CanLII), za stroną internetową *Canadian Legal Information Institute*: <http://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2001/2001bcsc664/2001bcsc664.html> (dostęp: 8.02.2017 r.), par. 44 i n. Próbe sformułowania podobnej argumentacji podjęto w sprawie *Saar Papier Vertriebs GmbH v. Poland* (pierwszy arb. inwestycyjny według Regulaminu UNCITRAL). Zob. materiały udostępnione przez: <http://www.italaw.com/cases/946> (dostęp: 8.02.2017 r.); a także informacja o sprawie w *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin* z 5.01.2004 r., wersja *pdf. za: http://italaw.com/documents/investment_investsd_jan5_2004_000.pdf (dostęp: 8.02.2017 r.). Niemniej spory handlowe i inwestycyjne są najczęściej rozgraniczane. Szerzej zob. A.W. Wiśniewski, *Międzynarodowy...*, s. 135. Zob. także A. Szumański, *Pojęcie...* [w:] *System...*, red. A. Szumański, s. 23–24.

³³ Wśród publikacji przedstawicieli doktryny europejskiej zob. m.in.: B. Hanotiau, *Investment Treaty Arbitration And Commercial Arbitration: Are They Different Ball Games?* [w:] *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, red. A.J. van den Berg, „ICCA Congress Series”, nr 14, Kluwer Law International 2009, s. 148–150; K. Böckstiegel, *Commercial...*, s. 579. Zob. także J.D.M. Lew, L.A. Mistelis, S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003, s. 4. Niemniej podobnie m.in. C. McLachlan, *Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework* [w:] *50 Years...*, red. A.J. van den Berg, s. 142.

ka zazwyczaj po części z umowy międzypaństwowej³⁴. Jedynie z rzadka sugeruje się w literaturze przedmiotu jego prywatnoprawny charakter (np. różnicując arbitraż inwestycyjny w zależności od podstawy traktatowej albo kontraktowej)³⁵.

Problematyką inwestycyjną zajmuje się *United Nations Conference on Trade and Development*, a zatem odrębna od UNCITRAL komisja Organizacji Narodów Zjednoczonych³⁶. Zarazem Prawo modelowe UNCITRAL, jak też towarzyszący temu instrumentowi *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law*, nie mają charakteru normatywnego, a europejskie porządki prawne, z którymi arbitraże inwestycyjne są najczęściej związane w praktyce przez swoją siedzibę, nie są wzorowane na Prawie modelowym UNCITRAL³⁷. Powoduje to tradycyjne rozgraniczanie sporów inwestycyjnych od handlowych, mimo że strony arbitrażu inwestycyjnych czerpią z instrumentów opracowanych przez UNCITRAL, w tym potencjalnie mogą szukać wsparcia sądu państwowego dla przebiegu arbitrażu inwestycyjnego

³⁴ W literaturze spotykane są różne wariacje tych stanowisk. Do poglądu o mieszanym charakterze arb. inwestycyjnego skłania się m.in. A.W. Wiśniewski, *Międzynarodowy...*, s. 135–137. W doktrynie zagr. zob. m.in. J. Collier, V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*, Oxford University Press 1999, s. 59 i n. Dla poglądu traktującego arb. inwestycyjny jako część międzynarodowego prawa inwestycyjnego (implikowałoby to publicznooprawny charakter) zob.: M. Jeżewski, *Natura współczesnego arbitrażu międzynarodowego* [w:] *Abitraż...*, red. C. Mik, Warszawa 2014, s. 45; M. Jeżewski, *Natura...*, s. 424–425. Zob. także P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska, *Regulamin...*, s. 22.

³⁵ Dla zróżnicowania w zależności od podstawy zob. M.H. Koziński, *Arbitraż...* [w:] *System...*, red. A. Szumański, s. 896. Zob. także: Ł. Błaszczak, *Wyrok sądu polubownego w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010, s. 300–301; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 4–5.

³⁶ Strona internetowa *United Nations Conference on Trade and Development*: <http://unctad.org/en/Pages/AboutUs.aspx> (dostęp: 8.02.2017 r.); dalej jako „UNCTAD”. Zasygnalizowany podział kompetencji nie jest sztywny. Podczas gdy analizy dot. rozwoju arb. inwestycyjnych są tworzone przez UNCTAD, w gestii UNCITRAL leży opracowywanie dokumentów wspierających arb. inwestycyjny w praktyce. Od 1.04.2014 r. wszedł w życie pierwszy instrument UNCITRAL dedykowany tylko arb. inwestycyjnemu (*UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*), a następnie 10.12.2014 r. przyjęto *United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*. Zob. stronę internetową UNCITRAL z tymi dwoma instrumentami: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html; oraz: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention.html (dostęp: 8.02.2017 r.), dalej w odniesieniu do pierwszego z tych instrumentów jako „Zasady transparentności w traktatowym arb. inwest.” lub *Rules on Transparency*.

³⁷ Siedziba arb. inwestycyjnego znajduje się często na terytorium Dystryktu Kolumbii w USA (Waszyngton), a w Europie we Francji (Paryż), Holandii (Haga) albo Szwecji (Sztokholm).

w państwie, które ekstensywnie wzorowało się w ustawodawstwie wewnętrznym na przepisach Prawa modelowego UNCITRAL.

Jednocześnie definicja „międzynarodowego arbitrażu” zamieszczona w Prawie modelowym UNCITRAL ma charakter zdecydowanie kompromisowy. Tym samym nie przystaje do dwóch konkurujących ze sobą tradycyjnych koncepcji jego definiowania.

Definicja z art. 1 ust. 3 pr. modelowego łączy tzw. elementy przedmiotowe z elementami podmiotowymi. Elementem przedmiotowym w definicji z Prawa modelowego UNCITRAL jest przyjęcie, że dla uznania danego arbitrażu za „międzynarodowy” przedmiot umowy o arbitraż powinien być związany z więcej niż jednym państwem (art. 1 ust. 3 lit. „c”). Elementem typowo podmiotowym jest natomiast odwołanie do siedziby stron umowy o arbitraż (art. 1 ust. 3 lit. „a” i częściowo „b”). Tego rodzaju hybrydowe zredagowanie definicji nie jest przyjmowane przez wszystkich ustawodawców³⁸. Niektórzy mogą zdecydować się podążyć wyłącznie za jedną z tradycyjnych koncepcji, tj. zdefiniować międzynarodowy arbitraż tylko w oparciu o kryteria przedmiotowe albo podmiotowe.

Możliwość konstruowania definicji międzynarodowego arbitrażu w oparciu o kryteria przedmiotowe lub podmiotowe doprowadzić może do sytuacji, że spór uznany w przepisach jednego państwa za krajowy, będzie miał charakter międzynarodowy z perspektywy przepisów innego państwa³⁹. Dla uniknięcia tego rodzaju niepożądanych przypadków, możliwa jest całkowita rezygnacja z jakiegokolwiek definicji ustawowej międzynarodowego arbitrażu. W części V polskiego Kodeksu postępowania cywilnego⁴⁰ (art. 1154–1217) termin „międzynarodowy arbitraż” nie został w ogóle zastosowany przez ustawodawcę⁴¹. Jak już wspomniano, nie rodzi

³⁸ Definicja „międzynarodowego arbitrażu” z Prawa modelowego UNCITRAL bywa w doktrynie uznawana za powszechnie akceptowaną. Bliżej zob. A. Szumański, *Pojęcie.... [w:] System...,* red. A. Szumański, s. 29. Zob. także Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo...,* s. 9, gdzie autorzy omawiają przykłady odstępstw od Prawa modelowego UNCITRAL.

³⁹ T. Ereciński, K. Weitz, *Sqd...,* s. 44.

⁴⁰ Dz.U. z 2016 r. poz. 1822 ze zm.

⁴¹ Choć wskazany brak definicji nie jest głównym powodem, to na marginesie można stwierdzić, że nie ma przeszkód teoretycznych, aby polski Kodeks postępowania cywilnego funkcjonował jako *lex arbitrii* w arbitrażu inwestycyjnym z siedzibą w Polsce. Odnośnie do tej możliwości

to większych problemów praktycznych, ale na pewno utrudnia precyzyjne zakreslenie granic refleksji. Można także argumentować, że monistyczna regulacja arbitrażu w Polsce utrudnia wyodrębnienie rodzimych orzeczeń sądowych i komentarzy odnoszących się do problematyki międzynarodowych sporów arbitrażowych. Z tych względów należy poszukać alternatywnego sposobu określenia „międzynarodowego arbitrażu”. Istnieją dwie możliwości.

Pojęcie to rozumieć można jako nazwę stosunkowo nowej gałęzi prawoznawstwa (tzw. *international arbitration law & practice*). W jej ramach powstała bogata międzynarodowa literatura obejmująca zarówno kraje kultury prawa precedensowego, jak również prawa stanowionego.

Możliwe jest też przyjęcie za T. Erecińskim i K. Weitzem, że określenie arbitrażu mianem „międzynarodowego” ma głównie sens opisowy⁴². Informuje o występowaniu w sporze dowolnego zagranicznego elementu lub jeszcze częściej pewnej kombinacji elementów zagranicznych, w tym potencjalnie o udziale państwa w sporze inwestycyjnym prowadzonym z zagranicznym przedsiębiorcą. Można wówczas stwierdzić obrazowo, że dochodzi do „sytuacji” międzynarodowej. Tego rodzaju szerokie rozumienie „międzynarodowego arbitrażu” jest najbliższe autorowi. Ma elastyczny charakter i pozwala uniknąć doktrynalnego sporu o kryteria zdefiniowania „międzynarodowości”. Deskryptywne, a zatem z istoty nieostre, ujęcie terminu „międzynarodowy arbitraż” dobrze oddaje też tradycyjną elastyczność tej metody rozwiązywania sporów. Koresponduje tym samym z jej podstawową zaletą. Poza tym przyjęcie deskryptywnego rozumienia „międzynarodowego arbitrażu” pozwala łącznie opisać zjawiska wspólne dla międzynarodowego arbitrażu handlowego i inwestycyjnego (pod wspólnym szyldem „międzynarodowego arbitrażu” bez dodatkowych przymiotników)⁴³. Pośrednio odzwierciedla proces swoistego zaciera się granic między prawem publicznym oraz prywatnym, który jest

zob. M. Świątkowski, *Investment Treaty Arbitration* [w:] *Arbitration in Poland*, Warsaw 2011, s. 164–166.

⁴² T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd...*, s. 45.

⁴³ Operowanie osobnymi terminami „międzynarodowego arbitrażu handlowego” lub „arbitrażu handlowego” i „arbitrażu inwestycyjnego” zostaje zachowane w pracy tam, gdzie wymaga tego precyzja wywodu lub specyfika tych dwóch odmian sporów.

często omawiany w literaturze komparatystycznej – rodzi poważne trudności metodologiczne dla dzisiejszego prawoznawstwa i wymaga głębszej refleksji⁴⁴. Potrzeba holistycznego spojrzenia na arbitraż z elementami zagranicznymi, szczególnie na proceduralne aspekty międzynarodowego arbitrażu, rozwinięta została bliżej w kolejnym punkcie.

Osobną kwestią jest natomiast, że we współczesnej praktyce arbitrażu handlowego najczęstszym elementem zagranicznym, który przesądza o „międzynarodowości” sporu, wydaje się pochodzenie stron umowy prawa gospodarczego z różnych państw. Najbardziej miarodajne dla określenia konkretnego sporu mianem „międzynarodowego” wydaje się tym samym kryterium podmiotowe. Jednocześnie to właśnie element podmiotowy (różne narodowości lub siedziby stron) decyduje o wyborze arbitrażu jako metody rozstrzygania sporów (katalizuje potrzebę poszukiwania neutralnego forum dla rozwiązywania przyszłych sporów). Wspomniane kryterium jest z zasady spełnione również w przypadku sporów inwestycyjnych z udziałem państwa i przedsiębiorcy zagranicznego (kontraktowych i traktatowych sporów z inwestorem)⁴⁵. Element przedmiotowy w postaci obcego prawa materialnego lub prawa międzynarodowego publicznego stosowanego w określonym sporze wydaje się w tym sensie drugoplanowy. Na sposób przeprowadzenia dowodów oddziaływało będzie przede wszystkim kryterium podmiotowe i związana z nim kultura prawna państw pochodzenia stron.

Międzynarodowy arbitraż pozwala na uniknięcie prowadzenia postępowania sądowego w państwie obcym przedsiębiorcy. Dzięki zasadzie autonomii woli stron jest atrakcyjną metodą rozstrzygania sporów dla nieobeznanych z miejscowym sądownictwem i procedurą przedsiębiorców

⁴⁴ Co do zacierania się granic między prawem publicznym a prywatnym zob. m.in.: A. Glendon, P.G. Carozza, C.B. Picker, *Comparative Legal Traditions. Text, Materials and Cases on Western Law*, Thomson-West 2006, s. 302; J.H. Merryman, R. Perez-Perdomo, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford University Press 2007, s. 98. Zob. także M. Watt, *Globalization and Comparative Law* [w:] *The Oxford Handbook of Comparative Law*, red. M. Reimann, R. Zimmermann, Oxford University Press 2006, s. 580 i s. 583.

⁴⁵ Odmienne zob. A.W. Wiśniewski, *Międzynarodowy...*, s. 136. Zdaniem A.W. Wiśniewskiego kryterium podmiotowe byłoby spełnione dopiero w przypadku sporu państwa z innym podmiotem publicznym prawa międzynarodowego. Niemniej A.W. Wiśniewski uznaje arb. inwestycyjny za międzynarodowy.

zagranicznych. Jest tak zarówno w przypadku sporu z lokalnymi partnerami biznesowymi, jak również w sytuacji sporu z państwem goszczącym daną inwestycję.

Przez miejscową procedurę należy rozumieć nie tylko procedurę sądową obowiązującą w państwie umiejscowienia projektu biznesowego, lecz także ustawową regulację postępowania arbitrażowego z siedzibą w tym państwie (prawo arbitrażowe) i regulaminy lokalnych sądów polubownych⁴⁶. Rozwiązania w nich przyjęte i praktyki arbitrażowe towarzyszące ich stosowaniu determinowane mogą być w znacznym stopniu przez kulturę prawną obcą dla przedsiębiorcy zagranicznego. Tym samym mogą ewoluować w kierunku przeciwnym do praktyki międzynarodowej.

Jak trafnie twierdzą A. Tweeddale oraz K. Tweeddale, za jedno z podstawowych kryteriów odróżniających międzynarodowy arbitraż od krajowego można przyjąć sposób przeprowadzenia postępowania⁴⁷. Najbardziej widoczne różnice obejmują m.in. udział wyspecjalizowanych pełnomocników i renomowanych arbitrów, czy rosnące znaczenie rozbudowanych, często niezwykle szczegółowych, pism arbitrażowych składanych w postępowaniu międzynarodowym⁴⁸. Niektórzy autorzy prognozują, że różnice między arbitrażem krajowym a międzynarodowym arbitrażem będą narastać⁴⁹.

Przez umiętny wybór arbitrów i pełnomocników, a także regulaminu arbitrażowego oraz szczegółowych zasad postępowania arbitrażowego, strony mogą w praktyce oderwać współczesny międzynarodowy arbitraż od

⁴⁶ Dla podkreślenia specyfiki spraw z elementami zagr. zob. M. Blessing, *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives* [w:] *Swiss Commercial Law Series*, red. P. Vogt, vol. 10, Helbing & Lichtenhahn 1999, s. 154 i n. Dla zilustrowania tezy, że arb. krajowy może okazać się mało atrakcyjny warto wskazać przykład tzw. *risk service contracts* w Brazylii. Szerzej zob. Z. Gao, *Brazil's Risk Service Contract* [w:] Z. Gao, *International Petroleum Contracts*, Graham & Trotman, Martinus Nijhoff 1994, s. 132–133.

⁴⁷ Tak A. Tweeddale, K. Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, Oxford 2005, s. 34. Zob. także K. Böckstiegel, *Assumptions regarding Common Law versus Civil Law in the Practice of International Commercial Arbitration. Presentation*, Frankfurt, 21–22.10.2010 r., wersja *pdf. za: http://www.arbitration-icca.org/media/1/13194214157020/1-common_law_versus_civil_law_.pdf (dostęp: 8.02.2017 r.), s. 1–2.

⁴⁸ S.I. Strong, *International Commercial Arbitration: A Guide for U.S. Judges*, Federal Judicial Center 2012, s. 4–5.

⁴⁹ M. Sornarajah, *The Settlement....*, s. 158.

rozwiązań typowych dla danego systemu prawnego (kraju pochodzenia jednej z nich lub miejsca siedziby arbitrażu). Zasygnalizowana możliwość różni międzynarodowy arbitraż od arbitrażu krajowego, w którym nie zachodzi potrzeba stosowania neutralnej kulturowo procedury. Dzięki możliwości oderwania sporu od praktyki krajowej, międzynarodowy arbitraż cieszy się zainteresowaniem wśród przedsiębiorców zagranicznych – osób nieobeznanych ze sposobami rozwiązywania sporów i metodami ich prowadzenia dominującymi w kraju pochodzenia partnera biznesowego.

W odróżnieniu od spraw *stricte* krajowych, w przypadkach sporów wynikających z międzynarodowego obrotu prawnego, arbitraż jest w wielu państwach dominującą metodą rozstrzygania sporów⁵⁰. Jak stwierdza K. Böckstiegel, na skutek wielu różnych czynników, w ostatnich kilkunastu latach przebył drogę od metody rozstrzygania sporów wykorzystywanej tylko w niektórych krajach, do metody o światowym znaczeniu⁵¹. Zauważyć można, że międzynarodowy arbitraż bywa przychylniej traktowany od arbitrażu krajowego w judykaturze sądowej⁵². Dla odpo-

⁵⁰ W doktrynie pol. zob. m.in. T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd...*, s. 43. W doktrynie zagr. zob. J.E. Beerbower, *International Arbitration: Can We Realise the Potential?*, „Arbitration International” 2011, vol. 27, nr 1, s. 75; D.E. McLaren, *Effective Use of International Commercial Arbitration: A Primer for In-house Counsel*, „Journal of International Arbitration” 2002, vol. 19, nr 5, s. 473 i n. Zob. także S.F. Ali, *Approaching the Global Arbitration Table: Comparing the Advantages of Arbitration as Seen by Practitioners in East Asia and the West*, „The Review of Litigation” 2009, vol. 28, nr 4, s. 736 i n., gdzie autorka omawia postrzeganie zalet międzynarodowego arb. z perspektywy kulturowej.

⁵¹ K. Böckstiegel, *The Role of Arbitration within Today's Challenges to the World Community and to International Law*, „Arbitration International” 2006, vol. 22, nr 2, s. 165. Dla zobrazowania wzrostu popularności międzynarodowego arb. handlowego i inwestycyjnego w latach 90. XX w. zob. C.R. Drahozal, *Arbitration by the Numbers: The State of Empirical Research on International Commercial Arbitration*, „Arbitration International” 2006, vol. 22, nr 2, s. 299. Zob. także C.R. Drahozal, *Business Courts and the Future of Arbitration*, „Cardozo Journal of Conflict Resolution” 2009, vol. 10, nr 2, s. 491 i n.

⁵² Tak m.in. Sąd Najwyższy USA, który w sprawie *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 627 (1985) stwierdził, że: „[...] international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes require that we enforce the parties' agreement, even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context [...]”. Z innych orzeczeń amer. zob. *Scherk v. Alberto-Culver Co.* 417 U.S. 506 (1974); *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969 (1974); *Chromalloy Aeroservices v. The Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (DDC, 1996); *Four Seasons Hotels and Resorts, B.V. v. Consorcio Barr, S.A.*, 267 F. Supp. 2d 1335 (S.D. Fla. 2003).

wiedniego wyeksponowania jego znaczenia warto przytoczyć pogląd wyrażony przez J. Jakubowskiego jeszcze w latach 70. ubiegłego wieku. Według J. Jakubowskiego międzynarodowy arbitraż stał się „[...] praktycznie monopolistą w rozstrzyganiu sporów wynikłych z międzynarodowego obrotu gospodarczego”⁵³. Przytoczony pogląd pozostaje nadal aktualny.

Dla podkreślenia istotnej funkcji międzynarodowego arbitrażu w literaturze użyto tak sugestywnych określeń jak *international business justice*⁵⁴, czy niezwykle barwne „*Rolls Royce*” *justice*⁵⁵. To drugie określenie oddawać ma ekskluzywny charakter współczesnego środowiska uczestników międzynarodowego arbitrażu. Oddaje również dobrze koszty, jakie muszą ponieść przedsiębiorcy uczestniczący w międzynarodowym sporze arbitrażowym⁵⁶. W realiach międzynarodowych zaczęto nawet mówić o sporach „milion+”, zaznaczając tym sposobem, że w większości przypadków środowisko arbitrażowe uznaje wynagrodzenia pełnomocników rzędu 1 mln dolarów i więcej za rynkową normę, którą trudno jest w praktyce obniżyć⁵⁷. Redukcja tych kosztów stała się w ostatnich latach przedmiotem dyskusji branżowych⁵⁸. Z powodu wysokich kosztów międzynarodowego arbitrażu, w tym wynagrodzeń arbitrów i pełnomocników, w niektórych państwach instytucja międzynarodowego arbitrażu uznawana jest wręcz za „cenny towar eksportowy”⁵⁹. Wysokie koszty międzynarodowego

⁵³ J. Jakubowski, *Uznanie i wykonywanie zagranicznych orzeczeń arbitrażowych w Polsce*, Studia Iuridica 1976, t. 5, s. 99.

⁵⁴ Y. Dezelay, B.E. Garth, *Dealing...*, wstęp, strony nienumerowane.

⁵⁵ R.J. Weintraub, *International Litigation and Arbitration. Practice and Planning*, Carolina Academic Press 1994, s. 455.

⁵⁶ Szerzej zob. M. Bühler, *Awarding Costs in International Commercial Arbitration: an Overview*, „ASA Bulletin” 2004, vol. 22, nr 2, s. 249, gdzie autor podaje powody wysokich kosztów. W zakresie kosztów ponoszonych w sporach inwestycyjnych zob. P. Nisztor, *Milionowe wydatki na prawników nie idą w błoto*, Puls Biznesu, wyd. elektroniczne, 8.08.2012 r., s. 5.

⁵⁷ P. Morton, *Can a World Exist Where Expedited Arbitration Becomes the Default Procedure?*, *Arbitration International* 2010, vol. 26, nr 1, s. 104 i s. 112–113. Zob. także N.C. Ulmer, *The Cost Conundrum*, „Arbitration International” 2010, vol. 26, nr 2, s. 225, gdzie autor podaje, że zetknął się z żądaniem zasądzenia wynagrodzenia prawniczego i eksperckiego wynoszącego 12 mln dolarów.

⁵⁸ Zob. P. Morton, *Can...*, s. 104 i powołana tam literatura. Zob. także J. Risse, *Ten Drastic Proposals for Saving Time and Costs in Arbitral Proceedings*, „Arbitration International” 2013, vol. 29, nr 3, s. 453 i n., gdzie autor sugeruje, że efektywność arb. leży w gestii stron (w tym redukcja kosztów).

⁵⁹ R. Bradgate, *Resolution of Commercial Disputes* [w:] R. Bradgate, *Commercial Law*, Oxford – New York 2005, s. 881.

arbitrażu można uznać za jego podstawową wadę, która daje się przy tym częściowo wytłumaczyć skomplikowaniem spraw rozpatrywanych w tym postępowaniu adjudykacyjnym.

Zarazem zgodzić się trzeba z poglądem, że w przypadku spraw krajowych arbitraż nie stał się nigdy konkurencją dla sądów państwowych⁶⁰. Arbitraż ogółem nie jest na tyle atrakcyjną metodą rozwiązywania sporów, aby mógł być w każdej sprawie bezkrytycznie rekomendowany. Z wielu przyczyn nie stanie się prawdopodobnie konkurencją dla systemu sądownictwa państwowego w sprawach, w które nie spełniają kryterium podmiotowego „międzynarodowości”⁶¹. Wątpliwości odnośnie do zasadności wykorzystania arbitrażu mogą również powstać w niektórych sprawach spełniających kryterium podmiotowe. Jak już zasygnalizowano, przede wszystkim koszty postępowania arbitrażowego nie zawsze okażą się współmierne do uzyskiwanych w danej sprawie korzyści z wyboru międzynarodowego arbitrażu. Nasila się ostatnimi czasy różnego rodzaju krytyka funkcjonowania wielu aspektów współczesnego międzynarodowego arbitrażu⁶². Jej przedstawienie wykraczałoby jednak poza granice monografii.

Z pewnością nie byłoby również dobrze, gdyby sądy prywatne miały konkurować z sądami państwowymi. Można stwierdzić, że sytuacja taka oznaczałaby osłabienie współczesnego paradygmatu stosowania prawa⁶³. Byłaby znakiem słabości państwowego sądownictwa. Mogłaby oznaczać swoistą „prywatyzację” ochrony prawnej – początek zjawiska budzącego obawy w literaturze akademickiej⁶⁴. Bezkrtyczna popularyzacja arbitra-

⁶⁰ W doktrynie pol. zob. T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd...*, s. 13. W doktrynie zagr. zob. S. Voigt, *Does Arbitration Blossom When State Courts are Bad?*, wersja *pdf. za: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1325479 (dostęp: 8.02.2017 r.), s. 23, gdzie autor opowiada się za tezą, że sądownictwo państwowe i arb. są komplementarne.

⁶¹ Podobnie zob. J. Dammann, H. Hansmann, *A Global Market for Judicial Services*, „Yale Law & Economics Research Paper”, marzec 2007/347, s. 22–24.

⁶² Niemniej zob. J. Dammann, H. Hansmann, *Globalizing Commercial Litigation*, „Cornell Law Review” 2008, vol. 94, nr 1, s. 37, gdzie autorzy stwierdzają, że mimo wad, międzynarodowy arb. może nadal być atrakcyjną metodą rozwiązania sporu.

⁶³ A. Sulikowski, *Wzrost znaczenia ADR jako przejaw osłabienia nowoczesnego paradygmatu stosowania prawa*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008/4, s. 185.

⁶⁴ Bliżej nt. zjawiska „prywatyzacji” współczesnej ochrony prawnej zob. C. Carr, M.R. Jencks, *The Privatization of Business and Commercial Dispute Resolution: A Misguided Policy Decision*, „Kentucky Law Journal” 1999–2000, vol. 88, nr 2, s. 185 i n.