

Dorota Paczoska

Zdatność arbitrażowa w prawie niemieckim i szwajcarskim : analiza prawnoporównawcza

Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego 7, 69-90

2010

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Dorota Paczoska

Zdatność arbitrażowa w prawie niemieckim i szwajcarskim

Analiza prawnoporównawcza

Abstract: The paper aims to present a comparative law study on the issue of arbitrability, which defines the material scope of arbitration and constitutes the basis for the jurisdiction of the arbitration court, in the legal systems of Germany and Switzerland. In the opinion of the author the rules on arbitrability in the law of these two abovementioned states have been more accurate than the one existing in the Polish law.

The analysis of Polish legal doctrine shows that since the amendment of the Polish Law on Civil Procedure the issue of arbitrability has been strongly debated due to the ambiguous wording of the provision thereon. According to a view prevailing in the Polish jurisprudence, under Polish law the disputes are arbitrable, if the issue of the accordant dispute may be settled by agreement of the parties. In view of the author the criterion chosen by the Polish legislator unnecessarily narrows the scope of arbitrability.

In the light of the existing strong tendency in the arbitration practice to expand the scope of the disputes that are arbitrable, which may be observed in the law of Germany and Switzerland, the interpretation of the Polish provision on arbitrability needs to be revised.

Keywords: material scope of arbitration; law on arbitration in Germany and Switzerland; arbitrability; need for revision of Polish provisions

1. Uwagi wstępne

Pojęcie „zdatność arbitrażowa”¹ oznacza cechę sprawy, która powoduje, że może ona zostać poddana przez strony pod rozstrzygnięcie sądu polu-

¹ Termin „zdatność arbitrażowa” (ang. *arbitrability*, fr. *arbitrabilité*, niem. *Schiedsfähigkeit* — w Niemczech rozróżnia się *objektive Schiedsfähigkeit*, będącą odpowiednikiem zdatności arbitrażowej, oraz *subjektive Schiedsfähigkeit*, która oznacza w za-

bownego, a więc poddana jego kompetencji jurysdykcyjnej w wyniku sporządzenia zapisu na sąd polubowny². Termin ten wyznacza zatem zakres właściwości sądu polubownego od strony przedmiotowej³. Regulacja zdatności arbitrażowej otwiera państwu zainteresowanemu sporem możliwość zapewnienia sobie monopolu przy jego rozstrzygnięciu. Stanowi to w konsekwencji istotne ograniczenie dla sądów polubownych, jeśli chodzi o zakres rozstrzyganych przez nie sporów.

Poszczególne systemy prawne różnią się w stosunku do siebie w sposobie podejścia do zagadnienia zdatności arbitrażowej sporów. Na płaszczyźnie międzynarodowej brakuje jednolitego uregulowania w tym względzie. Zarówno w Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń sądowych z 1958 r.⁴, w konwencji genewskiej z 1961 r.⁵, jak i w Ustawie modelowej UNCITRAL z 1985 r.⁶ nie ma przepisów, które gwarantowałyby jednolitość rozstrzygnięć. Z uwagi jednak na odmienne tradycje prawne państw-stron oraz ścisły związek problemu zdatności arbitrażowej z *ordre public* poszczególnych państw⁷ ostrożne podejście autorów międzynarodowych konwencji do tego zagadnienia jest uzasadnione.

W Polsce przepisy regulujące dziedzinę sądownictwa polubownego, w tym zdatność arbitrażową, zostały znowelizowane w drodze Ustawy o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 28 lipca 2005 r.⁸ W ten sposób do polskiego kodeksu postępowania cywilnego⁹ wprowadzono nową część V — *Sąd polubowny (arbitrażowy)*. Jak wynika z nazewnictwa zamieszczonego

sadzie zdolność do zawarcia umowy o arbitraż) w polskim piśmiennictwie zaproponował A.W. Wiśniewski: *Rozstrzygnięcie sporów korporacyjnych spółek kapitałowych przez sądy polubowne — struktura problemu*. Cz. 1. „Prawo Spółek” [dalej: PS] 2005, nr 4, s. 12. Został on przyjęty w doktrynie i trafnie odzwierciedla istotę problemu (por. R. Morek: *Mediacja i arbitraż. Komentarz*. Warszawa 2006, s. 114 i nast.).

² T. Ereciński, K. Weitz: *Sąd arbitrażowy*. Warszawa 2008, s. 116.

³ T. Ereciński, w: J. Ciszewski, T. Ereciński: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Część piąta: *Sąd polubowny (arbitrażowy)*. Warszawa 2006, s. 355.

⁴ Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych [dalej: Konwencja nowojorska]. Dz.U. 1962, nr 9, poz. 41.

⁵ Konwencja europejska o międzynarodowym arbitrażu handlowym, sporządzona w Genewie w 1961 r. Dz.U. 1964, nr 31 poz. 84.

⁶ Uchwalona 21.06.1985 r. przez UNCITRAL — Komisję ONZ do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego [dalej: Ustawa modelowa UNITRAL lub Ustawa modelowa], w języku polskim opublikowana w: „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”. T. 16. Katowice 1992, s. 122—132.

⁷ R. Morek: *Mediacja i arbitraż...*, s. 114 i nast.

⁸ Ustawa z dnia 28.07.2005 r. o zmianie ustawy — *Kodeks postępowania cywilnego*. Dz.U. 2005, nr 178, poz. 1478.

⁹ Ustawa z dnia 17.11.1964 r. — *Kodeks postępowania cywilnego*. Dz.U. 1964, nr 43, poz. 296 ze zm.

w kodeksie, ustawodawca zaakceptował użycie zapożyczonego terminu „arbitraż” w polskiej regulacji, które to pojęcie dużo wcześniej zostało przyjęte w języku prawniczym¹⁰. Nowelizacja prawa arbitrażowego w Polsce nawiązała w dużym stopniu do regulacji Ustawy modelowej UNCITRAL¹¹. Zamierzeniem autorów nowelizacji było stworzenie nowych ram prawnych właściwego i zgodnego z systemem gospodarki rynkowej funkcjonowania instytucji sądownictwa polubownego. Nie ulega wątpliwości, że zamysł ten pod względem wielu aspektów zdołano zrealizować. Niestety, niektóre przepisy zostały sformułowane na tyle nieprecyzyjnie, że w doktrynie powstały istotne rozbieżności w przedmiocie ich interpretacji. W szczególności kwestia wykładni art. 1157 k.p.c. poświęconego zdatności arbitrażowej wzbudziła wiele wątpliwości, z uwagi na zawarty w tym przepisie podział sporów o prawa majątkowe i niemajątkowe, które mogą być przedmiotem ugody. Wątpliwości te szeroko omawia piśmiennictwo¹². W tym miejscu należy jedynie stwierdzić, że ogromna większość przedstawicieli polskiej doktryny prawnej uznaje za bardziej zasadny pogląd, zgodnie z którym w świetle art. 1157 k.p.c. zdatność ugodowa przedmiotu sporu stanowi przesłankę zdatności arbitrażowej **we wszystkich kategoriach sporów**, a więc bez względu na to, czy spór toczy się o prawa majątkowe, czy też o prawa niemajątkowe¹³. Należy zaznaczyć,

¹⁰ T. Ereciński, w: J. Ciszewski, T. Ereciński: *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 355.

¹¹ A.W. Wiśniewski: *Rozstrzygnięcie sporów korporacyjnych przez sądy polubowne w świetle nowej regulacji zdatności arbitrażowej sporów*. W: *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurkowskiemu*. Red. A. Tynel, P. Nowaczyk, S. Pieckowski, A. Szumański, J. Poczobut. Warszawa 2008, s. 267.

¹² T. Ereciński, K. Weitz: *Sąd arbitrażowy...*, s. 116 i nast., T. Ereciński: *Zdatność arbitrażowa*. W: *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy...*, s. 1 i nast.; Idem, w: J. Ciszewski, T. Ereciński: *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 355 i nast.; M. Kocur: *Kłopotliwe zaskarżanie uchwał*. „Rzeczpospolita” 2005, 18 lipca; R. Morek: *Mediacja i arbitraż...*, s. 114 i nast.; K. Falkiewicz, R.L. Kwaśnicki: *Arbitraż i mediacja w świetle najnowszej nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego*. „Przegląd Prawa Handlowego” [dalej: PPH] 2005, nr 11, s. 32; G. Suliński: *Dopuszczalność poddania sporu ze stosunku spółki pod rozstrzygnięcie sądu polubownego*. PPH 2005, nr 12, s. 31; Idem: *Rozstrzygnięcie sporów ze stosunku spółki kapitałowej przez sąd polubowny*. Warszawa 2008; A. Szumański: *Zapis na sąd polubowny w sprawie zaskarżenia uchwały zgromadzenia spółki kapitałowej*. W: *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*. Red. W. Czapliński. Warszawa 2006; A.W. Wiśniewski: *Rozstrzygnięcie...* Cz. 1, s. 10 i nast.; Idem: *Rozstrzygnięcie sporów korporacyjnych spółek kapitałowych przez sądy polubowne — perspektywa ustawowego rozstrzygnięcia* (Cz. 2). PS 2005, nr 5; Idem: *Rozstrzygnięcie sporów korporacyjnych przez sądy polubowne w świetle nowej regulacji...*, s. 267—298.

¹³ T. Ereciński, K. Weitz: *Sąd arbitrażowy...*, s. 120 i nast.; G. Suliński: *Dopuszczalność poddania sporu...*, s. 31; A. Szumański: *Zapis...*, s. 890; podobny pogląd

że wybór kryterium zdatności ugodowej dla uznania zdatności arbitrażowej został skrytykowany w polskim piśmiennictwie, ponieważ ustalenie w każdym oddzielnym przypadku zdatności ugodowej sporów rodzi poważne trudności¹⁴. Również doświadczenia innych państw wskazują, że przesłanka zdatności ugodowej jest niejasna sama w sobie, a tym bardziej trudna do zdefiniowania w roli czynnika ograniczającego zdatność arbitrażową¹⁵.

W dalszych rozważaniach przedstawimy unormowanie zdatności arbitrażowej w prawie niemieckim i szwajcarskim. Wybór tych dwóch niemieckojęzycznych państw europejskich był nieprzypadkowy. Z jednej strony, polskie prawo prywatne jest w dużym stopniu podobne do prawa niemieckiego, a obecne uregulowanie zdatności arbitrażowej w polskich przepisach nawiązuje szczególnie do dawnego uregulowania niemieckiego, co zostanie szerzej zaprezentowane. Z drugiej strony, Szwajcaria, z uwagi na swą neutralność, jest jednym z najpopularniejszych miejsc odbywania się arbitrażu międzynarodowych. Co więcej, ma ona rozbudowane, nowoczesne i poparte bogatym doświadczeniem praktycznym ustawodawstwo dotyczące arbitrażu międzynarodowego, które w Europie uważane jest za wzorcowe¹⁶. Analiza omawianego zagadnienia w prawie tych dwóch państw powinna ułatwić ocenę polskiego rozwiązania legislacyjnego.

2. Niemcy

2.1. Wprowadzenie

W Niemczech nowe przepisy dotyczące sądownictwa polubownego zostały wprowadzone mocą ustawy Schiedsverfahrens — Neuregelungs-

wyrazili K. Falkiewicz, R.L. Kwaśnicki: *Arbitraż...*, s. 32 i nast.; A.W. Wiśniewski: *Rozstrzygnięcie sporów korporacyjnych przez sądy polubowne w świetle nowej regulacji...*, s. 271.

¹⁴ Por. A.W. Wiśniewski: *Rozstrzygnięcie...* Cz. 1, s. 16.

¹⁵ A.W. Wiśniewski: *Rozstrzygnięcie sporów korporacyjnych przez sądy polubowne w świetle nowej regulacji...*, s. 275 oraz cytowana tam literatura.

¹⁶ M. Zieliński: *Klauzula porządku publicznego przy uznawaniu i wykonywaniu wyroków w międzynarodowym arbitrażu handlowym w świetle systemów prawnych Polski, Niemiec, Austrii oraz Szwajcarii*. Warszawa 2001, s. 10 i nast.

gesetz¹⁷. Weszły w życie w dniu 1 stycznia 1998 r. Od początku panowało w Niemczech przekonanie, że reforma sądownictwa polubownego powinna nawiązywać przede wszystkim do Ustawy modelowej opracowanej przez UNCITRAL (United Nations Commissions on International Trade Law)¹⁸. Opublikowanie Ustawy modelowej stanowiło zachętę do przeprowadzenia nowelizacji przepisów dotyczących sądownictwa polubownego w wielu państwach, między innymi w: Wielkiej Brytanii, Belgii, Holandii, Niemczech, jak również nieco później w Polsce i w Austrii. Ponadto Ustawę modelową UNCITRAL w jej dosłownym brzmieniu przyjęło ponad 40 państw, w tym: Bułgaria, Kanada, Australia, Hongkong, Cypr, Nigeria oraz niektóre stany USA¹⁹.

Wcześniej obowiązywały w Niemczech przepisy 10. Księgi niemieckiego kodeksu postępowania cywilnego [dalej: ZPO] z 1877 r.²⁰ Przeszły przepisy dotyczące postępowania przed sądem polubownym były przyczyną niskiej atrakcyjności Niemiec jako państwa, w którym przeprowadza się postępowania arbitrażowe. Jednym z najbardziej krytykowanych przepisów był § 1025 ust. 1 ZPO, przewidujący przesłankę zdatności ugodowej sporu jako konieczną, aby spór mógł być rozstrzygany przez sąd polubowny²¹.

W przeciwieństwie do Ustawy modelowej oraz regulacji szwajcarskiej, niemieckie przepisy regulują zarówno międzynarodowe, jak i wewnętrzne sądownictwo polubowne. Przy okazji nowelizacji utraciły moc anachroniczne przepisy odnoszące się do kwestii, w których niemiecki sąd arbitrażowy jest właściwy do rozpatrzenia sporu. Nawiązując do art. 1 ust. 2 Ustawy modelowej, wprowadzono tzw. zasadę terytorialności, oznaczającą, że niemieckie prawo w przedmiocie postępowania arbitrażowego jest właściwe, gdy strony na podstawie zapisu na sąd polubowny zdecydowały się na rozstrzygnięcie powstałego między nimi sporu przez sąd polubowny z siedzibą na terenie Niemiec. Podobne unormowanie zostało również wprowadzone w prawie szwajcarskim. Zmiana ta nie pozostała

¹⁷ Schiedsverfahrens — Neuregelungsgesetz z dnia 22.12.1997 r. BGBl 1997, 3224. Przepisy ustawy weszły w życie w dniu 1 stycznia 1998 r.

¹⁸ K.P. Berger: *Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht*. „ZIP Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht“ 1998, Nr. 2, s. 49.

¹⁹ Dokładna lista państw, które implementowały do swych porządków prawnych Ustawę modelową UNCITRAL znajduje się na stronie internetowej: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (ostatnie wejście: 4.01.2010 r.).

²⁰ Tekst niemieckiej ustawy *Kodeks postępowania cywilnego* jest dostępny na stronie internetowej: www.gesetzesweb.de/ZPO (ostatnie wejście: 4.01.2010 r.).

²¹ G. Zerbe: *Die Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts auf der Grundlage des UNCITRAL — Modellgesetzes über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*. Baden-Baden 1995, s. 85.

bez znaczenia, jeśli chodzi o sprawę konkurencyjności Niemiec jako państwa, w którym warto przeprowadzać postępowania arbitrażowe.

2.2. Regulacja zdatności arbitrażowej w prawie niemieckim

W prawie niemieckim sprzed nowelizacji obiektywna zdatność arbitrażowa²² była uregulowana w § 1025 ust. 1 ZPO. Na podstawie ówczesnego unormowania dany spór był zdalny arbitrażowo wówczas, gdy zawarcie ugody co do przedmiotu sporu było dopuszczalne²³. Na podobieństwo polskiej regulacji zdatności arbitrażowej przez oparcie jej na kryterium zdatności ugodowej sporu do regulacji obecnej w prawie niemieckim sprzed nowelizacji zwraca uwagę polska doktryna²⁴. Rzeczywiście, wyznaczenie zdatności arbitrażowej sporu przez pryzmat jego zdatności ugodowej (*Vergleichsfähigkeit*) stanowi zasadniczo to samo kryterium, którym posługuje się polski ustawodawca w art. 1157 k.p.c. Należy przy tym zaznaczyć, że niemiecki przepis § 1025 ZPO, w przeciwieństwie do art. 1157 k.p.c. i związanych z nim trudności interpretacyjnych, był precyzyjny w zakresie rodzaju sporów, co do których wymagane jest spełnienie przesłanki zdatności ugodowej dla uczynienia ich zdalnymi arbitrażowo.

Przez cały okres obowiązywania przepisu § 1025 ZPO nie zdołano jednoznacznie zdefiniować przesłanki zdatności ugodowej na potrzeby uznania zdatności arbitrażowej sporu. Twórcy nowego prawa arbitrażowego w Niemczech postanowili więc zrezygnować z wymogu spełnienia tej przesłanki w stosunku do sporów majątkowych. Wymóg ten został natomiast utrzymany w przypadku sporów dotyczących praw niemajątkowych, na przykład z zakresu prawa rodzinnego i osobowego²⁵.

²² W prawie niemieckim tradycyjnie rozróżnia się pojęcie obiektywnej zdatności arbitrażowej (*objektive Schiedsfähigkeit*) od subiektywnej zdatności arbitrażowej (*subjektive Schiedsfähigkeit*), przez którą rozumie się zdolność strony do zawarcia umowy arbitrażowej.

²³ W wersji oryginalnej: „§ 1025 Abs. 1 ZPO: Die Vereinbarung, dass die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle, **hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schliessen**“ [wyróżnienie D.P.].

²⁴ T. Ereciński, K. Weitz: *Sqd...*, s. 121; A.W. Wiśniewski: *Rozstrzygnięcie sporów korporacyjnych przez sądy polubowne w świetle nowej regulacji...*, s. 267.

²⁵ J. Albers, in: A. Baumbach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann: *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen*. Aufl. 58. München 2000, s. 2283; R. Geimer, in: *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalen Zivilprozessrecht, Kostenanmerkungen*. Hrsg. R. Zöllner. Aufl. 22. Köln 2001, s. 2374.

Na podstawie znowelizowanego przepisu traktującego o zdatności arbitrażowej (obecnie § 1030 ust. 1 ZPO), podobnie jak w prawie szwajcarskim²⁶, wszystkie spory o charakterze majątkowym są zdatne arbitrażowo. Ponadto pojęcie „zdatność arbitrażowa” powinno być rozumiane możliwie jak najszerzej, co zostało potwierdzone przez niemieckie orzecznictwo²⁷. Jedyną przesłanką, która powinna zostać spełniona przez stronę żądającą rozstrzygnięcia danego sporu przed sądem polubownym, jest powołanie się przez nią na interes majątkowy w jego rozstrzygnięciu. Innymi słowy, decydujący jest fakt, że wniesienie skargi ma na celu osiągnięcie w dalszej perspektywie jakiegoś gospodarczego celu. Zdatne arbitrażowo są spory majątkowe z zakresu prawa umów, konkurencji, własności intelektualnej oraz prawa spółek²⁸. Jeżeli chodzi o prawo spółek, to wszystkie sprawy z tego zakresu są zdatne arbitrażowo, nawet w przypadku przewidzianej w przepisach szczególnych wyłącznej właściwości sądu²⁹. W piśmiennictwie niemieckim podkreśla się, że pozbawienie cechy zdatności arbitrażowej danego sporu niemajątkowego może nastąpić wyłącznie w razie uzasadnionego monopolu państwa na orzekanie w jego przedmiocie³⁰.

Warto w tym miejscu zasygnalizować, że już przed wejściem w życie nowych przepisów panowała w niemieckiej doktrynie opinia, że przepisy regulujące zdatność arbitrażową sporów stanowią istotne ograniczenie właściwości sądów polubownych³¹. Powszechnie uważa się³², że kwe-

²⁶ R. Geimer: *Zivilprozessordnung...*, s. 2374, uw. 14 oraz cytowana tam literatura.

²⁷ Wyrok BGH (Niemieckiego Sądu Najwyższego) z dnia 29 marca 1996 r., sygn. akt II ZR 124/95, orzeczenie dostępne na stronie internetowej: <http://ruessmann.jura.uni-sb.de/zpo2004/Entscheidungen/schiedsf.htm> (ostatnie wejście: 4.01.2010 r.) oraz wyrok BGH z dnia 6 kwietnia 2009, sygn. akt II ZR 255/08, orzeczenie dostępne na stronie internetowej: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung> (ostatnie wejście: 4.01.2010 r.).

²⁸ K.P. Berger: *Das neue...*, s. 48; R. Geimer: *Zivilprozessordnung...*, s. 2375, uw. 8—10.

²⁹ K.P. Berger: *Das neue...*, s. 49. Warto jednak podkreślić, że na podstawie ust. 3 § 1030 ZPO ograniczenie zdatności arbitrażowej sporów o prawa majątkowe może nastąpić **tylko** na podstawie wyraźnego przepisu zawartego w ustawie, por. Raport Komisji Ministerstwa Sprawiedliwości ds. nowelizacji prawa arbitrażowego (Bundesministerium für Justiz, Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts), 1994, s. 92; także M. Lehmann: *Die Schiedsfähigkeit wirtschaftlicher Streitigkeiten als transnationales Rechtsprinzip*. Baden-Baden 2003, s. 100.

³⁰ R. Geimer: *Zivilprozessordnung...*, s. 2374, uw. 1.

³¹ P. Schlosser: *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*. Kapitel 2: *Die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes*. Aufl. 2. Tübingen 1989, s. 208—237.

³² H. Raeschke Kessler: *Die neuere Rechtssprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit*. „Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit, Recht und Wirtschaft“ [Heidelberg] 1988, Bd. 2, s. 229—230.

stia uregulowania zdadności arbitrażowej ma decydujące znaczenie dla praktyki sądów arbitrażowych w danym porządku prawnym, zwłaszcza w przypadku sporów o charakterze międzynarodowym. W doktrynie niemieckiej od dawna krytykowany jest również fakt występowania niejednolitej regulacji zdadności arbitrażowej w poszczególnych krajach. Podkreśla się bardzo niekorzystny wpływ takiego stanu rzeczy na efektywność rozstrzygania sporów międzynarodowych przed sądami polubownymi. Wynika to z faktu, że na podstawie art. V ust. 2 lit. a Konwencji nowojorskiej kryterium zdadności arbitrażowej jest brane pod uwagę przez sądy na etapie uznania i wykonywania wyroku, mocą którego dany spór został rozstrzygnięty. Dlatego też powinno się dążyć do jak najszerszego i jednolitego unormowania tej kwestii. Przemawia za tym okoliczność, że przekazanie sądom arbitrażowym kompetencji do rozstrzygania sporów między uczestnikami obrotu międzynarodowego w sprawach gospodarczych jest rozwiązaniem dla nich najkorzystniejszym.

2.3. Przesłanka zdadności ugodowej sporu w świetle prawa niemieckiego

W doktrynie niemieckiej w okresie obowiązywania dawnych przepisów zarysowały się trzy koncepcje w przedmiocie zdadności ugodowej sporu, mianowicie: teoria materialno-prawna, teoria procesowa oraz teoria obiektywnej dyspozytywności przedmiotu sporu. Zostaną one teraz krótko scharakteryzowane.

Teoria materialno-prawna pojawiła się jako pierwsza. W świetle tej koncepcji, zawarcie hipotetycznej ugody w przedmiocie zaistniałego sporu musiało być zgodne ze wszystkimi przepisami prawa materialnego, by mógł on zostać uznany za zdadny arbitrażowo, a tym samym zawarta umowa arbitrażowa — za skuteczną³³. W konsekwencji, w świetle teorii materialno-prawnej, wszystkie normy obowiązujące w sposób bezwzględny (normy *iuris cogentis*) zawarte w przepisach prawa materialnego stanowiły przesłankę negatywną uznania zdadności ugodowej danego sporu. W piśmiennictwie niemieckim jako przykład zastosowania w praktyce teorii materialno-prawnej podaje się często zakaz zawierania

³³ W nauce prawa niemieckiego, w sytuacji uznania sporu za niezadadny arbitrażowo, umowa o arbitraż jest uznawana za bezskuteczną (*unwirksam*). Wniosek ten pośrednio wynika z treści samego przepisu dotyczącego zdadności arbitrażowej. Wydaje się, że w prawie polskim brak zdadności arbitrażowej wywoła podobny skutek w zakresie wadliwości czynności prawnych. Por. M. Pazda n: *Bezskuteczność lub nieważność zapisu na sąd polubowny w prawie polskim*. W: *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy...*, s. 109—122.

ugody w przedmiocie sporu wynikającego z umowy sprzecznej z dobrymi obyczajami³⁴. W pewnych przypadkach zakaz ten nie jest jednak logicznie uzasadniony, na co słusznie zwróciła uwagę niemiecka doktryna³⁵. I tak spór o zwrot pożyczki, od której strony ustaliły odsetki w nadmiernej wysokości, byłby w świetle teorii materialno-prawnej niezdatny arbitrażowo ze względu na fakt, że umowa, na podstawie której wyniknął, sprzeciwia się dobrym obyczajom. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że spory o wypłatę zaległych odsetek są zdatne arbitrażowo. Brak jest zatem argumentu za odebraniem cechy zdatności arbitrażowej zasadniczo zdatnemu arbitrażowo sporowi tylko z tego powodu, że strony ustaliły w umowie rażąco wysokie odsetki, zwłaszcza że spór między nimi może powstać również na innej podstawie aniżeli z powodu ustalonej przez strony nadmiernej wysokości odsetek. Na marginesie warto zauważyć, że nic nie stoi na przeszkodzie, by wybrany dla rozstrzygnięcia sporu sąd arbitrażowy, w przypadku rzeczywiście ustalonych przez strony w umowie będącej podstawą rozstrzyganego sporu rażąco wygórowanych odsetek, obniżył je stosownie do obowiązującego prawa względnie zgodnie z zasadami słuszności. Gdyby przesłanka zdatności ugodowej została określona na podstawie odmiennego kryterium, podany w przykładzie spór wynikający z umowy pożyczki mógłby zostać rozstrzygnięty przez sąd polubowny.

Teoria materialno-prawna została w latach osiemdziesiątych ubiegłego wieku poddana szerokiej krytyce ze względu na jej skutek w postaci nadmiernego ograniczenia zdatności arbitrażowej sporów³⁶. W doktrynie stwierdzono jednoznacznie, że teoria ta jest błędna nawet wówczas, gdy uzna się, że umowa arbitrażowa ma charakter materialno-prawny³⁷.

W miejsce teorii materialno-prawnej zaproponowano teorię procesową³⁸, zgodnie z którą zdatność ugodowa miała polegać nie na materialnym, ale procesowym uprawnieniu do dysponowania prawem do zawarcia ugody w danym sporze. Punktem wyjścia opisywanej teorii jest stwier-

³⁴ K.H. Schwab: *Schiedsgerichtsbarkeit*. Aufl. 3. München 1979, s. 23; ogólnie w przedmiocie teorii materialno-prawnej por. również: Wyrok BGH z dnia 4 lipca 1951; G. Henn: *Schiedsverfahrensrecht*. Aufl. 2. Heidelberg 1991, s. 9 i nast.; J. Kessler: *Schiedsgerichtsvertrag und Schiedsverfahren*. München 1970, s. 16 i nast.

³⁵ R. Bork: *Der Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit (§ 1025 Abs. 1 ZPO)*. „Zeitschrift für Zivilprozess” [dalej: ZZZ] 100 (1987), s. 249, 256.

³⁶ M. Lehmann: *Die Schiedsfähigkeit...*, s. 98.

³⁷ W. Schick: *Die Schiedsfähigkeit von Rechtsstreitigkeiten über Gesellschaftsbeschlüsse im GMBH — Recht*. Münster 1992, s. 58—65 oraz cytowana tam literatura.

³⁸ U. Kornmeier: *Vergleichsbefugnis und Schiedsfähigkeit — dargestellt am Beispiel GmbH-rechtlicher Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen*. Göttingen 1982; Idem: *Schiedsfähigkeit und materielle Vergleichsbefugnis — Überlegungen zur Auslegung des Merkmals „Vergleich“ in § 1025 Abs. 1 ZPO*. ZZZ 94 (1981), s. 27—49.

dzenie, że tylko wówczas, gdy państwo ma interes prawny umotywowany przesłankami prawnoprocesowymi, może odebrać stronom możliwość dysponowania ich roszczeniami procesowymi wynikającymi z łączącego je stosunku prawnego, a tym samym uczynić je niezdatnymi ugodowo. Tak dzieje się w sytuacji, gdy:

- istnieje obowiązek wynikający z przepisów *iuris cogentis* przeprowadzenia określonego postępowania przez sąd państwowym bądź
- spór wynikający z danego stosunku prawnego wymaga postępowania prowadzonego przez ściśle określony przez prawo sąd państwowy (np. sąd rejestrowy), bądź też
- w przypadku sporu mającego ścisły związek z wydaniem aktu przez organ państwowy określony przez odpowiednie przepisy prawne.

Tym samym, w myśl teorii procesowej, dla uznania bądź nieuznania zdatności ugodowej danego sporu decydujące jest istnienie uprawnienia stron do zawarcia ugody w świetle przepisów postępowania cywilnego³⁹. Jednakże teza ta, a tym samym teoria procesowa w przedmiocie uznania zdatności ugodowej sporu, została również poddana krytyce, głównie ze względu na pominięcie przez nią istotnej kwestii, a mianowicie faktu, że prawo procesowe pełni funkcję pomocniczą w stosunku do prawa cywilnego materialnego, jest swego rodzaju jego narzędziem. Najistotniejszym zadaniem postępowania cywilnego jest realizacja norm prawa cywilnego materialnego. Zatem to prawo cywilne materialne pełni wobec prawa cywilnego procesowego funkcję nadrzędną⁴⁰. W związku z tym brak jest uzasadnienia dla stwierdzenia, że wyłącznie przepisy prawa procesowego mają stanowić podstawę prawną interesu państwa w rozwiązaniu danego sporu i jego monopolu w zakresie jego rozstrzygnięcia⁴¹.

W odpowiedzi na obie opisane teorie w doktrynie niemieckiej pojawiła się teoria obiektywnej dyspozytywności przedmiotu sporu⁴². Nawiązywała ona zarówno do teorii materialno-prawnej, z uwagi na uwzględnienie w przedmiocie zdatności ugodowej przepisów prawa materialnego, jak i do teorii procesowej — przez umotywowanie odebrania zdatności ugodowej danego sporu istnieniem uzasadnionego monopolu państwa na rozstrzygnięcie danego rodzaju sporów. W myśl omawianej teorii, brak zdatności ugodowej danego sporu ma miejsce tylko wtedy, gdy państwo w związku

³⁹ W. Schick: *Die Schiedsfähigkeit...*, s. 66—72 oraz cytowana tam literatura.

⁴⁰ Ibidem, s. 67 oraz cytowana tam literatura.

⁴¹ Krytycznie na temat opisanej teorii: R. Bork: *Der Begriff...*, s. 249—272; K.H. Schwab, G. Walter: *Schiedsgerichtsbarkeit. Systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozessordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren*. Aufl. 4. München 1990, s. 29.

⁴² R. Bork: *Der Begriff...*, s. 249—272.

z ochroną szczególnie istotnych wartości bądź zasad państwa prawnego powinno zachować monopol w jego rozstrzygnięciu. Istnienie monopolu państwa na rozstrzygnięcie określonych sporów znajduje jednak swą podstawę w przepisach prawa materialnego, a nie w przepisach prawa procesowego, jak uzasadniała monopol państwa teoria procesowa. Jednocześnie w świetle teorii obiektywnej dyspozytywności przedmiotu sporu dany spór jest zdatny ugodowo, a tym samym zdatny arbitrażowo również wówczas, gdy umowa, na której podstawie spór powstał, jest sprzeczna z przepisami prawa materialnego. W piśmiennictwie niemieckim podkreśla się bowiem, że przepisy w przedmiocie uznania oraz wykonania wyroku sądu arbitrażowego zapewniają wystarczającą kontrolę nad tym, aby przepisy bezwzględnie wiążące nie zostały naruszone w postępowaniu przed sądem polubownym⁴³. Podsumowując, spór traci przymiot zdatności ugodowej (a tym samym zdatności arbitrażowej), gdy jest „obiektywnie niedyspozytywny”⁴⁴, gdy powinien zostać wyłączony z obrotu cywilnoprawnego⁴⁵.

Teoria obiektywnej dyspozytywności przedmiotu sporu została przychylnie przyjęta w doktrynie niemieckiej, zwłaszcza z uwagi na fakt, że na jej podstawie cecha zdatności arbitrażowej sporów może „w uprawniony sposób” zostać przyznana ogromnej większości rozstrzyganych sporów, w tym sporów wynikających ze stosunku spółki⁴⁶, co zostało również potwierdzone przez niemiecki Sąd Najwyższy we wspomnianych wcześniej orzeczeniach w przedmiocie zdatności arbitrażowej sporów korporacyjnych⁴⁷.

2.4. Wnioski płynące z niemieckiej regulacji zdatności arbitrażowej

Zatem niemiecka doktryna i orzecznictwo przez długi czas zmagaly się z przesłanką zdatności ugodowej dla uznania zdatności arbitrażowej sporów, by w końcu z niej zrezygnować ze względu na niedostateczną precyzyjność tego kryterium i wiążące się z nim trudności interpretacyjne. Z tych samych powodów kryterium zdatności ugodowej odrzuciła Austria, reformując własne przepisy dotyczące sądownictwa arbitrażowego, na co słusznie zwraca uwagę polska doktryna⁴⁸.

⁴³ Ibidem, s. 259.

⁴⁴ Ibidem, s. 249—272.

⁴⁵ M. Lehmann: *Die Schiedsfähigkeit...*, s. 99.

⁴⁶ K.H. Schwab, G. Walter: *Schiedsgerichtsbarkeit...*, s. 31; R. Zöller, R. Geimer: *Zivilprozessordnung. Kommentar*. Aufl. 16. Köln 1990, § 1025, ak. 37.

⁴⁷ Zob. przyp. 27.

⁴⁸ A.W. Wiśniewski: *Rozstrzygnięcie sporów korporacyjnych przez sądy polubowne w świetle nowej regulacji...*, s. 275, przyp. 18.

Jak wcześniej wspomniano, na podstawie obecnie obowiązujących przepisów w Polsce, w świetle poglądu przeważającego w doktrynie, przesłanka zdatności ugodowej sporu musi być spełniona w przypadku uznania zdatności arbitrażowej zarówno sporów o prawa niemajątkowe, jak i sporów o prawa majątkowe. Niewątpliwie dorobek doktryny niemieckiej w przedmiocie ugody i zdatności ugodowej zasługuje na uwagę przy poszukiwaniu rozstrzygnięć w przedmiocie zdatności arbitrażowej sporu w prawie polskim⁴⁹.

⁴⁹ W polskiej doktrynie powszechnie uważa się, że sformułowanie zawarte w art. 1157 k.p.c., dotyczące zastrzeżenia o dopuszczalności zawarcia ugody sądowej, należy rozumieć w ten sposób, że gdyby spór podlegał rozpoznaniu przez sąd państwowy, strony mogłyby zawrzeć ugodę w przedmiocie praw będących przedmiotem sporu (J. Ciszewski, T. Ereciński: *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 99). W odniesieniu do charakteru prawnego ugody sądowej w polskim piśmiennictwie przeważa pogląd, że ugoda sądowa stanowi przykład umowy mieszanej o podwójnym charakterze materialno-procesowym. W konsekwencji ugoda sądowa podlega zarówno przepisom prawa cywilnego materialnego, a więc w prawie polskim art. 917 oraz art. 918 k.c., jak i przepisom prawa cywilnego procesowego, w tym w szczególności art. 10 k.p.c. Ponadto zdatność ugodowa jest kategorią określoną nie tylko przez przepisy prawne, lecz także przez naturę danego sporu, co wynika bezpośrednio z art. 184 k.p.c., który stanowi, że w drodze ugody mogą być uregulowane sprawy cywilne, „których charakter na to zezwala”. Za taką można uznać jedynie sprawę, w której przedmiotem postępowania jest stosunek prawny, w zakresie którego w świetle prawa materialnego możliwe jest samodzielne dysponowanie przez strony prawami lub roszczeniami, które z tego stosunku wynikają (Z. Fenichel: *Ugoda sądowa*. „Nowy Proces Cywilny” 1933, nr 10, s. 298; R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania*. Lwów 1938, s. 607; K. Piasecki, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. T. 1. Red. K. Piasecki. Wyd. 4. Warszawa 2006, art. 10, s. 119—120; M. Pyziak-Szafnicka, w: *System prawa prywatnego*. T. 8: *Prawo zobowiązań — część szczegółowa*. Red. J. Panowicz-Lipska. Warszawa 2004, s. 857—863). W tym kontekście warto zwrócić uwagę na interesujący wywód A.W. Wiśniewskiego, w którego opinii dopuszczalność zawarcia ugody o określonej treści należy kategorycznie odróżniać od zdatności ugodowej sporu dla uznania jego zdatności arbitrażowej. W szczególności A.W. Wiśniewski podkreśla bezużyteczność kryterium wzajemności ustępstw w omawianym zakresie (por. A.W. Wiśniewski: *Rozstrzygnięcie sporów korporacyjnych przez sądy polubowne w świetle nowej regulacji...*, s. 276—282).

W doktrynie podnosi się, że literatura i orzecznictwo na temat ugody sądowej są zbyt ubogie, aby mogły stanowić drogowskaz dla praktyki obrotu (A.W. Wiśniewski: *Rozstrzygnięcie...* Cz. 1, s. 16 i nast.). Podobny wniosek wynika z opracowania T. Wojciechowskiego w przedmiocie ugody sądowej, mianowicie że „polska doktryna postępowania cywilnego nie wykazuje zbyt wielkiego zainteresowania problematyką ugody”. T. Wojciechowski: *Charakter prawny ugody sądowej*. „Przegląd Sądowy” 2001, nr 6, s. 36.

3. Szwajcaria

3.1. Wprowadzenie

Szwajcaria jest państwem o jednej z najdłuższych tradycji w Europie w dziedzinie sądownictwa arbitrażowego. Z uwagi na neutralność Szwajcarii oraz wieloletnie doświadczenie w sferze sądownictwa polubownego⁵⁰ kraj ten jest często wybierany jako forum rozstrzygania sporów międzynarodowych. Ponadto szwajcarska kodyfikacja przepisów dotyczących sądownictwa arbitrażowego jest uważana przez wielu przedstawicieli doktryny za wzorcową, tym bardziej więc zasługuje na szczegółowe omówienie.

Przepisy dotyczące sądownictwa polubownego w Szwajcarii zostały zamieszczone w ostatnim — XII rozdziale Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1987 r. (IPRG)⁵¹. Przepisy te weszły w życie z dniem 1 stycznia 1989 r. Przez długi czas w doktrynie szwajcarskiej toczył się spór w przedmiocie natury prawnej sądownictwa arbitrażowego, mianowicie czy należy je zakwalifikować do dziedziny prawa cywilnego materialnego, czy też prawa cywilnego procesowego. Ostatecznie zwyciężył pogląd, że sądownictwo arbitrażowe należy do obszaru prawa procesowego⁵². Również sama umowa o arbitraż, względnie klauzula arbitrażowa, ma — zdaniem większości przedstawicieli szwajcarskiej doktryny — charakter czysto procesowy⁵³. Z tego powodu zadziwia fakt, że w przedmiocie

⁵⁰ Za początek nowoczesnego sądownictwa arbitrażowego w zakresie prawa publicznego w Szwajcarii uważa się postępowanie w przedmiocie naruszenia przez Wielką Brytanię neutralności przez umożliwienie budowy na swym terytorium statku „Alabama”, wykorzystanego w trakcie amerykańskiej wojny domowej w latach 1861—1865; postępowanie arbitrażowe w tej sprawie odbyło się w Genewie.

⁵¹ Ustawa prawo prywatne międzynarodowe z dnia 18 grudnia 1987 r. [Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht], AS 1988, 1776, tekst ustawy w języku niemieckim jest dostępny na stronie internetowej: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/c291.html> (ostatnie wejście: 4.01.2010 r.).

⁵² D. Hochstrasser, M. Blessing, in: H. Honsell, N.P. Vogt, A.K. Schnyder, S.V. Berti: *Kommentar zum Internationalen Privatrecht*. Bazylea—Frankfurt am Main 2007, s. 1459.

⁵³ Por. orzeczenie szwajcarskiego Sądu Najwyższego (BGer — Schweizerische Bundesgericht), sygn. akt BGE 101 II 168, dostępne na stronie internetowej: <http://www.bger.ch> (ostatnie wejście: 4.01.2010 r.), które odsyła również do wcześniejszych orzeczeń tego sądu: BGE 41 II 537, BGE 59 I 179, BGE 59 II 188, BGE 60 II 60, BGE 67 II 148, 71 II 116 oraz 179, BGE 78 II 395, BGE 85 II 150; T. Rüede, R. Hadenfeldt: *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*. Zürich 1980, § 91, s. 38—39; M. Guldener: *Schweizerisches Zivilprozessrecht*. Aufl. 3. Zürich 1979, s. 263; M. Stacher: *Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung*. Zürich—St. Gallen 2007, ak. 176 i nast., ak. 318 i nast.; O. Vogel,

zdatności arbitrażowej Szwajcarzy zdecydowali się na kryterium o charakterze materialno-prawnym.

Zakres przedmiotowy przepisów rozdziału XII IPRG obejmuje jedynie spory międzynarodowe, co częściowo uzasadnia liberalny charakter tej regulacji. Warto zaznaczyć, że w poszczególnych porządkach prawnych pojęcie „spór międzynarodowy” jest odmiennie definiowane. Przepis art. 176 ust. 1 IPRG szeroko określa zakres przedmiotowy tego pojęcia. Mianowicie, w świetle prawa szwajcarskiego spór ma charakter międzynarodowy wówczas, gdy przynajmniej jedna ze stron klauzuli arbitrażowej ma miejsce zamieszkania lub miejsce zwykłego pobytu poza Szwajcarią. Treść przepisu należy uzupełnić o uwagę, że w stosunku do osób prawnych kryterium miejsca zamieszkania należy zastąpić kryterium miejsca siedziby osoby prawnej⁵⁴. Jest to zupełnie inne podejście ze strony szwajcarskich legislatorów aniżeli na przykład podejście twórców regulacji francuskiej. We Francji spór ma charakter „międzynarodowy” wówczas, gdy dotyczy interesów handlu międzynarodowego. Wykładnia unormowania francuskiego w praktyce może okazać się bardzo trudna, ponieważ łącznik, jakim się ono posługuje, nie wymaga spełnienia obiektywnych kryteriów, a podlega ocenie, nieraz subiektywnej, dokonywanej oddzielnie w każdym indywidualnym przypadku. Natomiast szwajcarskie przepisy wymagają spełnienia przesłanki neutralnej, niewywołującej wątpliwości co do swej wykładni. Ocena, czy dany spór ma charakter międzynarodowy, może być dzięki temu dokonywana niemal automatycznie. Drugą przesłankę, wymaganą, aby przepisy rozdziału XII IPRG były właściwe w stosunku do danego postępowania arbitrażowego, stanowi to, że zapis na sąd polubowny winien przewidywać, że wybrany przez strony sąd arbitrażowy ma siedzibę na obszarze Szwajcarii.

W przypadku sporów czysto wewnętrznych stosuje się przepisy, które obowiązywały już przed wejściem w życie nowej ustawy o prywatnym prawie międzynarodowym, a mianowicie przepisy tzw. Konkordatu⁵⁵, regu-

K. Spühler: *Grundriss des Zivilprozessrechts*. Aufl. 8. Berno 2006, rozdz. 14. Należy jednak zaznaczyć, że podczas gdy szwajcarski Sąd Najwyższy w zasadzie konsekwentnie uznaje procesowy charakter umowy arbitrażowej, w piśmiennictwie wyrażony został również pogląd na rzecz mieszanego charakteru umowy arbitrażowej. Stanowisko to pozostaje jednak w dalszym ciągu w mniejszości (por. w szczególności: B. Berger, F. Kellerhals: *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*. Berno 2006, s. 104 i nast.; P. Lalive, J.-F. Poudret, C. Reymond: *Le droit de l'arbitrage interne et international en suisse*. Lausanne 1989, Ak. 5).

⁵⁴ F.R. Ehrat, D.C. Pfiffner, in: H. Honsell, N.P. Vogt, A.K. Schnyder, S.V. Berti: *Kommentar...*, s. 1510, uw. 34.

⁵⁵ Konkordat o sądownictwie arbitrażowym z dnia 27 marca 1969 r. [Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit angenommen von der Konferenz kantonaler Justizdirektoren am 27. März 1969, vom Bundesrat genehmigt am 27. August 1969], tekst ustawy

lujące stosunki między stronami na poziomie kantonalnym. Konkordat był pomyślany jako ustawa harmonizująca obowiązujące w różnych kantonach przepisy postępowania cywilnego w części dotyczącej postępowania przed sądami arbitrażowymi. Z uwagi na to, że z polskiego punktu widzenia problem unormowania sporów o charakterze międzynarodowym w Szwajcarii jest o wiele istotniejszy, tylko unormowanie zawarte w IPRG zostanie tu szerzej omówione. Warto jedynie wspomnieć, że przepisy Konkordatu są o wiele bardziej zachowawcze niż przepisy zawarte w IPRG.

Zwraca uwagę nowoczesność szwajcarskich przepisów w przedmiocie sądownictwa arbitrażowego oraz prekursorskie spojrzenie na wiele jego aspektów. Szwajcarzy jako pierwsi zerwali z tradycyjną koncepcją podziału stosunków majątkowych na takie, w zakresie których strony mogą swobodnie dysponować roszczeniami, oraz takie, w stosunku do których swoboda ta jest ograniczona. W ten sposób zrezygnowano z kryterium zdatności ugodowej sporu jako niezbędnego do przyznania danemu sporowi przymiotu zdatności arbitrażowej. Artykuł 177 ust. 1 IPRG określił zakres właściwości sądów arbitrażowych jako obejmujący wszystkie roszczenia o charakterze majątkowym.

Ustawa szwajcarska jest również pierwszą, która wyraźnie uregulowała problem, gdy jedną ze stron w sporze przed sądem arbitrażowym jest państwo lub podmiot kontrolowany przez państwo. Na podstawie art. 177 ust. 2 IPRG państwo, państwowa osoba prawna bądź państwowa jednostka organizacyjna nie mogą powoływać się na przepisy prawa ojczystego w celu kontestowania swej zdolności do zawarcia umowy o arbitraż bądź zdatności arbitrażowej sporu. Tak naprawdę zasada ta była już ugruntowana w praktyce⁵⁶. Nawiązano do tego problemu między innymi w rezolucji *Santiago de Compostela* Instytutu Prawa Międzynarodowego UNIDROIT z dnia 14.09.1989 r. Jednak to przepisy prawa szwajcarskiego po raz pierwszy precyzyjnie wyraziły tę zasadę⁵⁷.

Nowelizacja szwajcarskich przepisów dotyczących zakresu sądownictwa arbitrażowego zbiegła się w czasie z opublikowaniem Ustawy modelowej UNCITRAL, a następnie jej całkowitą bądź częściową inkorporacją do ich porządków prawnych przez kolejne państwa. Szwajcaria nie zdecydowała się na wprowadzenie Ustawy modelowej do swego porządku prawnego przede wszystkim dlatego, że prace nad rozdziałem XII IPRG rozpoczęły się dużo wcześniej aniżeli prace nad projektem Ustawy mode-

w języku niemieckim jest dostępny na stronie internetowej: http://www.zrk.ch/dms/dokument/dokument_datei_id_28_rnd1564.pdf (ostatnie wejście: 4.01.2010 r.).

⁵⁶ K.P. Berger: *International economic arbitration*. Deventer 1993, s. 184, w szczególności przyp. 973.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 184—185.

lowej⁵⁸. Ponadto były one prowadzone w ramach całościowej kodyfikacji szwajcarskiego prawa prywatnego międzynarodowego i przepisy odnoszące się do sądownictwa arbitrażowego stanowiły jej istotne dopełnienie. Wreszcie, w oczach szwajcarskich legislatorów przedmiot regulacji Ustawy modelowej był obszerniejszy niż projektowane przepisy dotyczące sądownictwa polubownego. Rozdział XII IPRG poświęcony sądownictwu arbitrażowemu ogranicza się zaledwie do 19 zwięzłych przepisów, co powszechnie uważa się za jego ogromną zaletę.

3.2. Zakres art. 177 ust. 1 IPRG

Jak już powiedziano, art. 177 ust. 1 IPRG uznaje wszystkie spory o charakterze majątkowym za zdatne arbitrażowo (*dispute of financial interest, vermögensrechtlicher Anspruch*)⁵⁹. Przepis ten posługuje się w istocie kryterium należącym do dziedziny prawa materialnego dla uznania danego sporu za zdatny bądź niezdatny arbitrażowo. Ocena zdatności arbitrażowej danego sporu dokonywana jest w pierwszej kolejności na podstawie przepisów *legis arbitrii*, czyli zgodnie z przepisami prawa obowiązującego tam, gdzie sąd arbitrażowy ma swą siedzibę (w praktyce

⁵⁸ D. Hochstrasser, M. Blessing, in: H. Honsell, N.P. Vogt, A.K. Schnyder, S.V. Berti: *Kommentar...*, s. 1466 i nast.

⁵⁹ Za taką wykładnią art. 177 ust. 1 IPRG wypowiada się większość przedstawicieli doktryny (por.: P. Lalive, J.-F. Poudret, C. Reymond: *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*. Lausanne 1989, uwaga 3 do art. 177, s. 306 i nast.; R. Briner, in: H. Honsell, N.P. Vogt, A.K. Schnyder, S.V. Berti: *Kommentar...*, s. 1517; G. Walter, W. Bosch, J. Brönnimann: *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz*. Berno 1991, s. 60 i nast.), uzasadniając taką interpretację przepisu samodzielnym charakterem rozdziału XII IPRG. Jednak część doktryny prezentuje pogląd, że przepisy prawa szwajcarskiego, które przewidują wyłączną właściwość jednego z sądów państwowych, również znajdują zastosowanie w przedmiocie uznania bądź nieuznania zdatności arbitrażowej danego sporu (tak w szczególności: F. Vischer, in: D. Girsberger, A. Heini, M. Keller, J. Kren Kostkiewicz, K. Siehr, F. Vischer, P. Volken: *Zürcher Kommentar zum IPRG*. Aufl. 2. Zürich 2004, s. 1962; A. Bucher: *Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*. Bazylea—Frankfurt am Main 1989, s. 42). Pogląd ten uzasadniony jest zakazem nadużycia prawa w celu pozbawienia jednej ze stron uprawnienia do procedowania przed sądem zagwarantowanym przez prawo, np. w przypadku umów konsumenckich. Ponadto podkreśla się, że również w przypadku zawierania umowy o arbitraż obowiązuje zasada dobrej wiary, która należy do szwajcarskiego porządku publicznego. Jej naruszenie skutkuje brakiem uznania zdatności arbitrażowej danego sporu. Na marginesie warto zaznaczyć, że klauzula porządku publicznego w świetle prawa szwajcarskiego jest interpretowana restryktywnie, a wręcz zwiężając, o czym świadczy bardzo mała liczba orzeczeń, w których zarzut naruszenia porządku publicznego został uwzględniony przez sąd szwajcarski.

będzie nim z reguły prawo szwajcarskie⁶⁰). Poddanie zdatności arbitrażowej kryterium należącemu do dziedziny prawa materialnego powoduje, że sąd arbitrażowy nie musi sięgać do skomplikowanych zasad służących ustaleniu prawa właściwego dla oceny spełnienia tej przesłanki⁶¹.

W przedmiocie interpretacji pojęcia „spór o charakterze majątkowym” doktryna⁶² odsyła do art. 43a i art. 44 OG⁶³. Pojęcie sporu o charakterze majątkowym ujmuje się bardzo szeroko. Roszczeniami majątkowymi, zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny, są również wszystkie roszczenia wynikające z członkostwa w korporacji o charakterze gospodarczym (*association économique*)⁶⁴. W ślad za orzecznictwem szwajcarskim, roszczeniami majątkowymi są również roszczenia, które jedynie w pośredni sposób wpływają na sytuację majątkową strony⁶⁵, którą to tezę uzasadnia się za pomocą definicji prawa majątkowego jako takiego, które należy do majątku strony. W świetle tak sformułowanej definicji prawa majątkowego, charakter majątkowy mają zarówno prawa odznaczające się wartością pieniężną bądź użytkową, które są zbywalne i mogą stanowić źródło zaspokojenia roszczeń osób trzecich, jak i prawa, które co prawda samodzielnie nie mają wartości pieniężnej czy użytkowej, są niezbywalne, ale **wykazują ścisły związek z danym majątkowym stosunkiem prawnym**⁶⁶. Na podstawie przytoczonej definicji prawa majątkowego będzie nim również prawo akcjonariusza do zaskarżenia uchwały zgromadzenia czy też prawo pracownika do wydania mu świadectwa pracy⁶⁷.

Podsumowując, zgodnie z prawem szwajcarskim, roszczenia o charakterze majątkowym wynikają przede wszystkim z prawa umów, prawa spółek oraz częściowo z zakresu prawa własności intelektualnej. Również roszczenia wynikające z umowy o pracę, która w Szwajcarii jest uregulo-

⁶⁰ F. Vischer, in: D. Girsberger, A. Heini, M. Keller, J. Kren Kostkiewicz, K. Siehr, F. Vischer, P. Volken: *Zürcher Kommentar...*, s. 1960.

⁶¹ R. Briner, in: H. Honsell, N.P. Vogt, A.K. Schnyder, S.V. Berti: *Kommentar...*, s. 1516.

⁶² A. Bucher: *Die neue...*, s. 41.

⁶³ Ustawa federalna z dnia 16 grudnia 1943 r. o organizacji i administracji federalnego sądownictwa [Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110) OJ/OG, Obergericht].

⁶⁴ J.-F. Poudret, S. Sandoz-Monod: *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*. Bd. 3. Berno 1990—1992, § 44, s. 195—218.

⁶⁵ R. Briner, in: H. Honsell, N.P. Vogt, A.K. Schnyder, S.V. Berti: *Kommentar...*, s. 1516 i nast., por. również orzeczenie szwajcarskiego Sądu Najwyższego, sygn. akt BGE 108 II 77, dostępne na stronie internetowej: <http://www.bger.ch> (ostatnie wejście: 4.01.2010 r.), w którym sąd jednoznacznie stwierdził, że roszczenie członka wspólnoty mieszkaniowej (*Stockwerkeigentum*) w przedmiocie zasadzenia drzewa przed domem, w którym posiada mieszkanie własnościowe, ma charakter majątkowy.

⁶⁶ Podkreślenie D.P.

⁶⁷ M. Guldener: *Zivilprozessrecht ZPR*. Aufl. 3. Zürich 1979, s. 109.

wana w prawie zobowiązań⁶⁸, mają charakter majątkowy⁶⁹, tak jak roszczenia wynikające z praw korporacyjnych (organizacyjnych). Do przyznania roszczeniom wynikającym z praw korporacyjnych zdatności arbitrażowej wymagane jest umieszczenie zapisu na sąd arbitrażowy w statucie korporacji⁷⁰. Ponadto w doktrynie panuje pogląd, że zapis ten musi w swej treści wyraźnie umocować sąd arbitrażowy do rozstrzygania roszczeń będących następstwem stosunku korporacyjnego łączącego strony⁷¹. Warto zauważyć, że zazwyczaj każda klauzula arbitrażowa zawarta w statucie korporacji odnosi się do stosunków zachodzących między jej członkami, co wystarcza do spełnienia wspomnianego wymagania. Należy przy tym zauważyć, że w piśmiennictwie szwajcarskim poświęcono niewiele miejsca problemowi zdatności arbitrażowej sporów korporacyjnych, który tak wiele emocji wzbudza zarówno w niemieckiej, jak i w polskiej doktrynie. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest zgodnie przyjmowany pogląd o majątkowym charakterze praw ze stosunku spółki, co w konsekwencji pociąga za sobą zdatność arbitrażową sporów powstałych na ich tle. Dzięki precyzyjnemu, niesprawiającemu trudności interpretacyjnych sformułowaniu przepisu art. 177 ust. 1 IPRG regulującego kwestię zdatności arbitrażowej stan prawny w omawianym zakresie jest przejrzysty i zasadniczo nie rodzi wątpliwości w doktrynie.

3.3. Zakres art. 177 ust. 2 IPRG

Jak wspomniano wcześniej, art. 177 ust. 2 IPRG znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy jedną ze stron sporu jest państwo, państwowa osoba prawna bądź państwowa jednostka organizacyjna⁷². Na podstawie omawianego przepisu wspomniane podmioty nie mogą powoływać się na brak zdolności do zawarcia umowy arbitrażowej⁷³ (*capacity to arbitrate, subjektive Schiedsfähigkeit*) oraz na brak zdatności arbitrażowej przedmiotu

⁶⁸ Ustawa federalna z dnia 30 marca 1911 r. w przedmiocie uzupełnienia szwajcarskiego kodeksu cywilnego, Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), tekst ustawy w języku niemieckim jest dostępny na stronie internetowej: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/22> (ostatnie wejście: 4.01.2010 r.).

⁶⁹ F. Vischer, in: D. Girsberger, A. Heini, M. Keller, J. Kren Kostkiewicz, K. Siehr, F. Vischer, P. Volken: *Zürcher Kommentar...*, s. 1960.

⁷⁰ G. Walter, W. Bosch, J. Brönnimann: *Internationale...*, s. 59 i nast.

⁷¹ *Ibidem*, s. 54—62.

⁷² F. Vischer, in: D. Girsberger, A. Heini, M. Keller, J. Kren Kostkiewicz, K. Siehr, F. Vischer, P. Volken: *Zürcher Kommentar...*, s. 1966.

⁷³ W przedmiocie zdolności do zawarcia umowy arbitrażowej por. M. Pazdan: *Bezskuteczność...*, s. 115—118.

sporu, wynikający z prawa tego państwa (*objektive Schiedsfähigkeit*). Rozróżnienie to jest wbrew pozorom bardzo istotne, ponieważ zdolność do zawarcia umowy arbitrażowej stanowi atrybut strony umowy arbitrażowej, natomiast zdatność arbitrażowa jest kategorią charakteryzującą przedmiot sporu. Wagi tego rozróżnienia nie zmienia okoliczność, że brak zdolności do zawarcia umowy o arbitraż oraz brak zdatności arbitrażowej prowadzą do tego samego rezultatu, a mianowicie niedopuszczalności przeprowadzenia postępowania w danej sprawie przez sąd arbitrażowy⁷⁴. Mimo to w niektórych porządkach prawnych nie dokonuje się takiego podziału. Tak jest na przykład w prawie angielskim czy amerykańskim, gdzie obie wspomniane wcześniej sytuacje określane są wspólnym mianem: „brak zdatności arbitrażowej sporu”⁷⁵.

W świetle uzasadnienia do projektu szwajcarskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym przepis regulujący wprost omawianą kwestię został wprowadzony w interesie pewności i przewidywalności prawa⁷⁶. Co równie istotne, w zamyśle szwajcarskich legislatorów uregulowanie art. 177 ust. 2 IPRG ma zmierzać do zagwarantowania zasady równości stron. Istnieje bowiem niebezpieczeństwo, że państwo będzie chciało zapewnić sobie „lepszą pozycję” w razie ewentualnego sporu z podmiotem prawa prywatnego, ponieważ z racji swego statusu dysponuje ono środkami, które mogą przyczynić się do wzmocnienia jego sytuacji prawnej. Przykładem może być sprawa *Société des Grands Travaux de Marseille*, w której państwo francuskie powołało się na brak zdatności arbitrażowej sporu i zażądało unieważnienia zapisu na tenże sąd, uprzednio wprowadziwszy specjalny dekret odmawiający zdatności arbitrażowej kategorii sporów, do której należał prowadzony właśnie spór, a który to dekret miał skutek retroaktywny⁷⁷. Inaczej rzecz ujmując, można stwierdzić, że omawiany przepis został wprowadzony do szwajcarskiego porządku prawnego w celu prewencyjnym, to znaczy aby zapobiec łamaniu zasady *venire contra factum proprium*⁷⁸.

Należy uznać, że zamierzenie szwajcarskich legislatorów powiodło się, ponieważ tak wyraźne zaakcentowanie tej zasady w przepisach regulujących sądownictwo arbitrażowe w dużym stopniu wzmacnia zaufanie podmiotów prywatnych, potencjalnych stron sporów, których stroną jest

⁷⁴ K.P. Berger: *International...*, s. 183.

⁷⁵ K.H. Böckstiegel, in: P. Sanders: *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration (1987) ICCA Kongres nr 3, VIIIth International Arbitration Congress New York*, par. 181 i nast.

⁷⁶ R. Briner, in: H. Honsell, N.P. Vogt, A.K. Schnyder, S.V. Berti: *Kommentar...*, s. 1521.

⁷⁷ K.P. Berger: *International...*, s. 970 i nast.

⁷⁸ Ibidem, s. 184; R. Briner, in: H. Honsell, N.P. Vogt, A.K. Schnyder, S.V. Berti: *Kommentar...*, s. 1521, uw. 22.

państwo, państwowa osoba prawna bądź państwowa jednostka organizacyjna, do przeprowadzania postępowań arbitrażowych w Szwajcarii stosownie do przepisów IPRG. Należy jednak podkreślić, że również w świetle prawa szwajcarskiego zasada ta w praktyce doznaje pewnych ograniczeń. Państwo, państwowa osoba prawna bądź państwowa jednostka organizacyjna mają prawo powołać się na brak zdatności arbitrażowej sporu lub brak zdolności do zawarcia umowy o arbitraż, wynikający z przepisów obowiązujących w porządku prawnym tego państwa w przypadku, gdy druga strona wiedziała bądź powinna była wiedzieć o restrykcjach dotyczących zdatności arbitrażowej roszczeń będących przedmiotem prowadzonego z państwem, państwową osobą prawną bądź państwową jednostką organizacyjną sporu, lub miała świadomość braku ich zdolności do zawarcia umowy o arbitraż⁷⁹.

3.4. Wnioski dotyczące szwajcarskiej regulacji zdatności arbitrażowej

Zatem przepisy szwajcarskie wyrozumiale traktują kwestię zdatności arbitrażowej. Artykuł V ust. 2 lit. a Konwencji nowojorskiej przewiduje, że państwo może odmówić wykonania wyroku, jeżeli rozstrzygnięcie dotyczy sprawy niezdatnej arbitrażowo na mocy jego prawa lub wykonanie wyroku byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym (*ordre public*) tego państwa. Sąd arbitrażowy w Szwajcarii jednak zawsze przeprowadzi postępowanie arbitrażowe, jeżeli zapis na sąd arbitrażowy wskazał go jako właściwy do rozstrzygnięcia sporu. Będzie tak również w przypadku, gdy spór poddany szwajcarskiemu sądowi arbitrażowemu jest niezdatny arbitrażowo w świetle prawa państwa, w którym wyrok sądu arbitrażowego ma być wykonywany. To strony sporu ponoszą ryzyko, że wyrok sądu arbitrażowego ostatecznie nie odniesie wobec nich skutku, ponieważ nie zostanie uznany ani wykonany przez sąd państwa uznania i wykonania wyroku arbitrażowego ze względu na brak zdatności arbitrażowej sporu w sprawie, w której zapadł⁸⁰.

⁷⁹ K.P. Berger: *International...*, s. 184, przyp. 979.

⁸⁰ Por. orzeczenie szwajcarskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Fincantieri-Cantieri Navali Italiani S.p.A. i Oto Melara S.p.A. przeciwko M.*, sygn. akt BGE 118 II 353, w szczególności s. 358, orzeczenie dostępne na stronie internetowej: <http://www.bger.ch> (ostatnie wejście: 4.01.2010 r.).

4. Podsumowanie

Z rozwiązań legislacyjnych w Niemczech i Szwajcarii wynika, że zwłaszcza w ostatnim czasie w państwach tych usilnie dąży się do wyznaczenia możliwie szerokiego zakresu zdatności arbitrażowej. Proces rozszerzenia obszaru sporów odznaczających się cechą zdatności arbitrażowej jest zgodny z ogólnościową tendencją do liberalizacji przepisów dotyczących arbitrażu⁸¹. W literaturze podkreśla się, że zwłaszcza w odniesieniu do sporów o charakterze międzynarodowym zdatność arbitrażowa powinna być regułą⁸². Warto zaznaczyć, że odmowa uznania i wykonania wyroku arbitrażowego na podstawie artykułu V ust. 2 lit. a Konwencji nowojorskiej odnoszącego się do kwestii zdatności arbitrażowej ma miejsce stosunkowo rzadko⁸³, co może świadczyć o ostrożnym podejściu sądów państw, w których dochodzi do uznania i wykonania wyroków, do zagadnienia braku zdatności arbitrażowej, gdy mają one do czynienia z orzeczeniami sądów arbitrażowych wydanymi w przedmiocie sporów o charakterze międzynarodowym.

Na tym tle polskie unormowanie zdatności arbitrażowej nie wydaje się trafne. Podczas gdy w opisanych porządkach prawnych zrezygnowano z kryterium zdatności ugodowej dla istnienia zdatności arbitrażowej danego sporu, uznając je za wysoce nieprecyzyjne oraz nieprzydatne dla celów, jakie powinny być osiągnięte przez instytucję arbitrażu, w Polsce kryterium to zostało wprowadzone do art. 1157 k.p.c. Jednocześnie niejasne sformułowanie tego przepisu rodzi poważne wątpliwości w przedmiocie jego wykładni. Największe autorytety w doktrynie nie są całkowicie zgodne co do tego, czy w świetle prawa polskiego prawa majątkowe są bezwarunkowo obdarzone przymiotem zdatności arbitrażowej, czy też wymagają dodatkowo spełnienia przesłanki zdatności ugodowej, choć wydaje się przeważać stanowisko, że zdatność arbitrażowa sporu w świetle prawa polskiego jest zawsze uwarunkowana jego zdatnością ugodową⁸⁴.

Jeszcze raz należy podkreślić, że takie rygorystyczne potraktowanie zdatności arbitrażowej sporów jest sprzeczne ze światowymi trendami, co widać na przykładzie opisanych w niniejszym artykule porządków prawnych Niemiec oraz Szwajcarii. W kontekście krytycznych wypowiedzi przedstawicieli zarówno polskiej, jak i w szczególności niemieckiej dok-

⁸¹ T. Ereciński, K. Weitz: *Sąd arbitrażowy...*, s. 117.

⁸² M. Lehmann: *Die Schiedsfähigkeit...*, s. 104.

⁸³ Na co zwraca uwagę A.J. van der Berg, New York Convention of 1958, Consolidated Commentary, Yearbook Comm. Arb'n 21 (1996), s. 385, 450.

⁸⁴ T. Ereciński, K. Weitz: *Sąd arbitrażowy...*, s. 119.

tryny w odniesieniu do instytucji ugody sądowej jako kryterium uznania zdatności arbitrażowej sporu, a także w świetle licznych argumentów przemawiających za bezwzględnym uznaniem sporów majątkowych za zdadne arbitrażowo, należy się zastanowić, czy przeważający w polskiej doktrynie pogląd w przedmiocie interpretacji omawianego przepisu jest rzeczywiście uzasadniony. Warto też przytoczyć opinię w odniesieniu do zdatności ugodowej sporu jako przesłanki jego zdatności arbitrażowej, która została wyrażona jeszcze przed wprowadzeniem w życie art. 1157 k.p.c.⁸⁵: „Biorąc pod uwagę skomplikowany dwoisty charakter ugody, regulowany zarówno przez przepisy prawa cywilnego, jak i postępowania cywilnego, nie jest słuszne wybranie ugody jako kryterium spraw, które mogą być poddane pod rozstrzygnięcie sądu polubownego. Wybranie tego kryterium będzie miało negatywny wpływ na zainteresowanych sądownictwem polubownym przedsiębiorców i reprezentujących ich prawników, którzy wskutek wątpliwości w ogóle zrezygnują z zapisu na sąd polubowny”.

Niezależnie od tego, mając na uwadze, że obecna regulacja zdatności arbitrażowej z jednej strony nawiązała do Ustawy modelowej, a z drugiej jest podobna do regulacji niemieckiej sprzed nowelizacji, można mieć nadzieję, że orzecznictwo sądów polskich w świetle obecnego stanu prawnego w dziedzinie kwestii uznania zdatności arbitrażowej będzie ewoluować w kierunku zmierzającym do jak najszerszego ujmowania zakresu sporów, które są obdarzone przymiotem zdatności arbitrażowej.

⁸⁵ J. Okolski: *Arbitraż: Wątpliwości i zastrzeżenia*. „Rzeczpospolita” 2005, 15 kwietnia.