

Ewa Paulina Mońdział

Zasady słuszności jako podstawa orzekania w arbitrażu gospodarczym

Studia Prawnoustrojowe nr 30, 157-166

2015

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.

Ewa Paulina Mońdział

Zakład Prawa Handlowego

Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

Zasady słuszności jako podstawa orzekania w arbitrażu gospodarczym

Wprowadzenie

Poddanie sprawy pod rozstrzygnięcie w arbitrażu gospodarczym oznacza wyłączenie jej woli stron spod kompetencji sądów państwowych. Autonomia stron przejawia się jednak nie tylko w samym wyborze arbitrażu jako sposobu rozstrzygnięcia istniejącego albo mogącego wystąpić w przyszłości sporu, ale także w możliwości wpływania na kształt postępowania oraz wyboru podstawy orzekania. Spośród innych alternatywnych metod rozwiązywania sporów arbitraż wyróżnia się tym, że rozstrzygnięcie arbitrów ma wiążący charakter¹.

W tym kontekście duże znaczenie dla stron będzie miał przemyślany wybór podstawy orzekania, ponieważ będzie ona miała znaczący wpływ na ostateczny wynik postępowania arbitrażowego. Strony mają możliwość określenia, jakie prawo lub zasady prawne będą miały zastosowanie do ich sporu. Taką regulację zawiera na gruncie prawa polskiego art. 1194 § 2 k.p.c.² Jest to w arbitrażu międzynarodowy standard. Do harmonizacji przepisów krajowych w tym zakresie dąży ustawa modelowa UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym³. Na ustawie modelowej oparło swoje regulacje prawne dotyczące arbitrażu w całości lub w części już 67 państw, w tym Polska⁴. Ponadto w piśmiennictwie wskazuje się, że każde państwo wprowadzające zmiany w swoim prawie arbitrażowym w jakimś stopniu korzysta

¹ W. Brych, *Arbitraż – alternatywa z przyszłością*, „Monitor Prawniczy – dodatek” 2009, nr 1, s. 3.

² Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 101).

³ Ustawa z 1985 r., znowelizowana w 2006 r., [online] <www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html> (dostęp: 25.05.2015).

⁴ Zob. [online] <www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html>, (dostęp: 25.05.2015).

z tych norm⁵. W podobny sposób odnoszą się do tego zagadnienia regulaminy stałych sądów arbitrażowych⁶.

Podstawą rozstrzygnięcia mogą być jednak nie tylko przepisy lub zasady prawne określone przez strony albo – w razie braku dyspozycji stron w tym zakresie – przez arbitrów, ale także zasady słuszności⁷. Strony nie decydują się na takie rozwiązanie tak często, jak mogłoby się wydawać – w Międzynarodowym Sądzie Arbitrażowym przy Międzynarodowej Izbie Handlowej w latach 2007–2011 było to mniej niż 1% spraw, w których właściwe prawo zostało określone przez strony⁸. Orzekania na zasadach słuszności nie należy łączyć bezpośrednio z orzekaniem na podstawie zasad ogólnych prawa albo zwyczajów handlowych⁹ ani z orzekaniem na podstawie materialnoprawnych przepisów zawierających klauzule generalne¹⁰. Upoważniając arbitra do orzekania na zasadach słuszności, strony upoważniają go do kierowania się wewnętrznym poczuciem sprawiedliwości.

1. Uprawnienie arbitrów do orzekania na zasadach słuszności

Zasadą jest, że oparcie rozstrzygnięcia na zasadach słuszności wymaga wyraźnego upoważnienia przez strony sporu¹¹. Inaczej więc niż w przypadku określenia przez strony właściwego prawa, nie wystarczy dorozumiany wybór¹². Postanowienia ustaw krajowych czy regulaminów arbitrażowych nie zawierają odniesienia wprost do żadnej konkretnej formy oświadczenia woli. Wskazuje się, że upoważnienie nie wymaga formy właściwej do zapisu na sąd polubowny, chyba że w zapisie strony wskazały już prawo właściwe do rozstrzygania sporów w postępowaniu arbitrażowym, ponieważ w takiej sytuacji zachodzi wątpliwość, czy upoważnienie to nie modyfikuje treści istniejącego już zapisu¹³. Uwaga ta jest o tyle istotna, że strony aż

⁵ P. Sanders, *Unity and diversity in adoption of the model law*, „Arbitration International” 1995, nr 1, s. 1.

⁶ Zob. np. § 6 ust. 1 regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej, art. 21 ust. 1 regulaminu arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej, art. 27 ust. 1 regulaminu wiedeńskiego.

⁷ Np. art. 1194 § 1 *in fine* k.p.c., art. 28 ust. 3 ustawy modelowej, art. 21 ust. 3 regulaminu arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej.

⁸ J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, International Chamber of Commerce, Paryż 2012, s. 223.

⁹ K. Ryszkowski, *Orzekanie na zasadach słuszności w postępowaniu przed sądem arbitrażowym – summum ius summa iniuria?*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2011, nr 1, s. 54.

¹⁰ A. Malarewicz-Jakubów, *Klauzule generalne i zasady słuszności*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2014, nr 17, s. 154.

¹¹ Zob. w zakresie innych rozwiązań prawnych: I.C. Kamiński, *Zasady słuszności jako podstawa orzekania w obrocie cywilnym i handlowym*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 4, s. 47.

¹² P. Prus, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2013, s. 1794.

¹³ P. Bielarczyk, *Rozstrzyganie sporów arbitrażowych według zasad słuszności w oparciu o polski porządek prawny*, [w:] *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, red. J. Okolski, Warszawa 2010, s. 153.

do momentu wydania wyroku mogą zdecydować się na upoważnienie arbitrów do rozstrzygnięcia sporu na zasadach słuszności¹⁴. W przypadkach, gdy nie powstaje problem zmiany treści zapisu na sąd polubowny, upoważnienie może być dokonane w dowolnej formie, np. ustnie na rozprawie¹⁵, choć dobrą praktyką jest uzyskanie od stron pisemnego dowodu lub potwierdzenia tego upoważnienia¹⁶.

Wydaje się zasadniczo możliwe ustalenie przez strony, że arbitrzy będą umocowani do orzekania na zasadach słuszności tylko w odniesieniu do niektórych zagadnień. Jest to koncepcja zaczerpnięta z międzynarodowego prawa kontraktów, oparta na rozważaniach dotyczących dopuszczalności rozszczępienia statutu kontraktowego (*splitting, dépeçage*). Na gruncie prawa europejskiego rozważania te prowadzone są na tle art. 3 ust. 1 zd. 3 rozporządzenia Rzym I¹⁷, stanowiącego, że strony mogą dokonać wyboru prawa właściwego dla całej umowy lub tylko jej części. W doktrynie ścierają się w tym zakresie dwa stanowiska: restryktywne, które ogranicza możliwość stosowania różnych porządków prawnych tylko do takich części umowy, które samodzielnie regulują odrębne od siebie stosunki zobowiązaniowe, oraz liberalne, według którego części umowy poddane właściwości różnych systemów prawnych nie muszą posiadać cechy takiej samodzielności¹⁸. Więcej swobody w tym zakresie przyznają stronom przedstawiciele amerykańskiej kultury prawnej¹⁹. Zasada swobody kontraktowania ostatecznie wydaje się przeważać nad zasadą jednolitości statutu kontraktowego – wprawdzie wybór praw różnych państw dla różnych elementów umowy powinien być motywowany realną potrzebą takiego wyboru i w praktyce zdarza się jedynie w szczególnych sytuacjach, to w momencie, kiedy strony wyraźnie wyraziły taką wolę, nie należy interpretować jej inaczej niż właśnie jako wolę rozszczępienia statutu²⁰.

Podobnie w arbitrażu generalnie wyrażane są opinie, że strony mogą zdecydować, by jedynie niektóre aspekty ich sporu rozstrzygane były na zasadach słuszności, choć – tak, jak i w doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego – podnoszony jest problem pewnej nieprzewidywalności rozstrzygnięć w takich sporach, a także negatywnego wpływu tego typu postanowień na równą pozycję stron w postępowaniu arbitrażowym²¹. Niepełna przewidywalność rozstrzygnięcia zdaje się jednak należeć do istoty orzekania na zasadach słuszności²². Warto przy tym

¹⁴ R. Morek, *Mediacja i arbitraż. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 232.

¹⁵ A.J. Bělohávek, *Application of law in arbitration, ex aequo et bono and amiable compositeur*, „Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration” 2013, nr 3, s. 26.

¹⁶ J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, op. cit., s. 230.

¹⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Dz.Urz. L 177 z dnia 4 lipca 2008).

¹⁸ M. Wojewoda, *Zasada jednolitości statutu kontraktowego w konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2008, z. 3, s. 666–667.

¹⁹ P.E. Nygh, *Autonomy in international contracts*, Nowy Jork 1999, s. 129.

²⁰ Ibidem, s. 135–136.

²¹ A.J. Bělohávek, op. cit., s. 34–35.

²² K. Ryszkowski, op. cit., s. 61.

zauważyć, że arbiter nie ma całkowitej dowolności w rozstrzygnięciu sprawy i prowadzeniu postępowania – musi opierać się na zgromadzonych w sprawie dowodach²³.

2. Orzekanie *ex aequo et bono* i jako *amiable compositeur*

Chociaż stosunkowo często można natknąć się na odnoszenie się do „orzekania na zasadach słuszności” jako do pewnego monolitu, to jednak w tym kontekście wyróżnia się dwie instytucje: orzekanie *ex aequo et bono* oraz jako *amiable compositeur*. Wprost nazywane są one w wielu aktach normatywnych dotyczących arbitrażu. Artykuł VII ust. 2 konwencji europejskiej o międzynarodowym arbitrażu handlowym wydaje się utożsamiać orzekanie na zasadach słuszności tylko z orzekaniem jako *amiable compositeur*. Ustawa modelowa UNCITRAL w art. 28 ust. 3 wyróżnia z kolei oba modele. Artykuł 1194 § 1 k.p.c. posługuje się po prostu formułą „według zasad słuszności”; podobnie uczynili ustawodawcy Niemiec, Austrii i Szwajcarii (*nach Billigkeit*)²⁴. Regulaminy arbitrażowe wykazują raczej tendencję do wymieniać oba tych sposobów orzekania²⁵.

Orzekanie *ex aequo et bono* – według tego, co słuszne i dobre – jest tym, co wyraża istotę orzekania na zasadach słuszności. Orzekając *ex aequo et bono*, a więc *sensu stricto* na zasadach słuszności, arbitrzy mają „dokonać oceny słusznościowej według kryteriów subiektywnych, tj. tego, co mieści się w ich koncepcji sprawiedliwego rozstrzygnięcia sporu”²⁶. Nie są związani normami prawnymi, w tym przepisami *ius cogens*, a ogranicza ich jedynie zasada porządku publicznego²⁷. Arbiter orzekający na zasadach słuszności co do zasady nie opiera rozstrzygnięcia na przyporządkowaniu stanu faktycznego do generalnej i abstrakcyjnej normy prawnej, ale sam tworzy normę indywidualną i konkretną, odpowiednią do konkretnego sporu²⁸.

Koncepcja orzekania jako *amiable compositeur* wywodzi się natomiast z prawa francuskiego i przede wszystkim we Francji istnieje w swojej oryginalnej formie,

²³ R. Morek, op. cit., s. 232.

²⁴ Zob. § 1051 ust. 3 niemieckiego k.p.c. (*Zivilprozessordnung*), § 603 ust. 3 austriackiego k.p.c., art. 381 ust. 1 lit. b szwajcarskiego k.p.c., art. 187 ust. 2 szwajcarskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht*).

²⁵ Tak art. 35 ust. 2 regulaminu arbitrażowego UNCITRAL, art. 21 ust. 3 regulaminu arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej, art. 27 ust. 3 regulaminu wiedeńskiego, sekcja 23.3 regulaminu Niemieckiego Instytutu Arbitrażowego, art. 22 ust. 3 regulaminu Instytutu Arbitrażowego Sztokholmskiej Izby Handlowej, reguła 27.2 regulaminu Centrum Arbitrażu Międzynarodowego w Singapurze.

²⁶ T. Ereciński, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. T. Ereciński, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 793.

²⁷ M. Szymańska, w: P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska, *Regulamin arbitrażowy UNCITRAL. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 468. Pogląd przeciwny w zakresie możliwości wyłączenia norm *ius cogens* prezentuje np. M. Arroyo, *Arbitration in Switzerland. The practitioner's guide*, Kluwer Law International 2013, s. 768–769.

²⁸ B. Berger, F. Kellerhals, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Stämpfli Verlag, Berno 2006, s. 465.

polegającej na tym, że arbitrzy orzekają wprawdzie w oparciu o przepisy lub zasady prawa, ale dysponują możliwością wpływania na efekt zastosowania tych norm prawnych poprzez m.in. odwołanie się do słuszności²⁹ lub wspólnego interesu stron³⁰. Taki sposób orzekania zna również np. praktyka szwajcarska. W pewnym uproszczeniu można stwierdzić, że podczas gdy orzekanie *ex aequo et bono* zwalnia arbitrów z korzystania z jakichkolwiek norm prawnych, to orzekanie jako *amiable compositeur* oznacza ich stosowanie, ale w odpowiednio zmodyfikowany sposób³¹.

Ten klarowny podział rozmywa się jednak w szczególności w międzynarodowym arbitrażu gospodarczym, gdzie stykają się ze sobą różne systemy prawne i sposoby pojmowania tej instytucji. Oba te modele orzekania, *ex aequo et bono* i jako *amiable compositeur*, są w praktyce postrzegane jako bardzo do siebie zbliżone³². Odnotować można na przykład coś w rodzaju szerszego i węższego rozumienia *amiable compositeur*, gdzie w szerszym rozumieniu arbitrzy powinni kierować się jedynie zasadami sprawiedliwości, pomijając zupełnie prawo materialne i nie kierując się tym, czy uzyskane rozstrzygnięcie jest zgodne z jego przepisami, zaś w rozumieniu węższym punkt wyjścia miałyby stanowić zastosowanie norm prawnych, z późniejszą możliwością odstąpienia od ich stosowania, jeżeli nie prowadziłyby to do wydania sprawiedliwego wyroku³³.

Odwrotnym zjawiskiem jest tendencja do utożsamiania *amiable compositeur* z rodzajem odrębnej procedury. Prawnicy z państw *common law* nie postrzegają *amiable composition* jako sposobu wykorzystania zasad słuszności w postępowaniu arbitrażowym, ale jako rodzaj koncyliacyjnego rozwiązania sporu³⁴. Również w piśmiennictwie niektórych innych państw – w opinii przynajmniej części autorów – orzekanie jako *amiable compositeur* wyraźnie zbliża się do procedur o charakterze koncyliacyjnym³⁵, a owe „koncyliacyjne” uprawnienia arbitra są jasno oddzielane od rozstrzygania sporu *ex aequo et bono*³⁶. Jednak w polskiej doktrynie nawet autorzy broniący tezy o odrębności instytucji *amiable compositeur* od orzekania na zasadach słuszności w arbitrażu podnoszą, że choć rzeczywiście rozstrzygnięcie w tym trybie powinno przede wszystkim dążyć do odbudowania relacji między stronami, to jednak jest ono nadal wiążącym dla stron rozstrzygnięciem osoby trzeciej, a tym samym adjudykacyjny charakter całego postępowania przesądza o zakwalifikowaniu go jako pochodnej arbitrażu³⁷. W pierwotnym zamyśle *amiable*

²⁹ A.J. Bělohávek, op. cit., s. 32.

³⁰ A. Wach, *L'amiable composition jako samodzielna forma rozwiązywania sporów prawnych*, „Radca Prawny” 2004, nr 6, s. 125.

³¹ M. Arroyo, op. cit., s. 771.

³² T. Ereciński, op. cit., s. 794.

³³ J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, op. cit., s. 231.

³⁴ A. Wach, op. cit., s. 121.

³⁵ Zob. np. A.S. Caramelo, *Arbitration in equity and amiable composition under Portuguese law*, „Journal of International Arbitration” 2008, nr 5, s. 577–578.

³⁶ J. Suchoża, R. Hučková Palková, *Autonomy of arbitrators – decision-making on the basis of ex aequo et bono*, „Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration” 2012, nr 2, s. 266.

³⁷ A. Wach, op. cit., s. 123 i 128.

compositeur odnosiło się jednak z całą pewnością do rozstrzygnięcia meritum sporu, nie zaś do sposobu procedowania³⁸; tym niemniej w zasadzie nie jest wykluczone upoważnienie arbitrów do rozstrzygnięcia kwestii proceduralnych na zasadach słuszności³⁹.

Jeżeli przyjmie się przekonującą zdaniem autorki tezę, że oba podejścia dotyczą merytorycznego rozstrzygnięcia sporu, to w istocie ich precyzyjne rozróżnienie nie jest łatwe. Wprawdzie przyznają one różny priorytet poszczególnym podstawom orzekania, preferując odpowiednio zasady słuszności albo normy prawne, to jednak zarówno *amiable compositeur* może odwołać się do zasad słuszności, uzasadniając w ten sposób odstępianie od stosowania norm prawnych⁴⁰, jak i arbiter orzekający *ex aequo et bono* może oprzeć swoje rozstrzygnięcie na przepisach prawa materialnego, o ile w uzasadnieniu wskaże, jakie reguły sprawiedliwości zastosował, ustalając, że przepisy te są słuszne i orzeczenie wydane z ich zastosowaniem będzie sprawiedliwe⁴¹. Bez szczegółowej analizy toku rozumowania arbitra nie będzie możliwe ustalenie, który z tych sposobów zastosował.

W doktrynie można napotkać poglądy, że zaprezentowane wyżej rozumienie orzekania jako *amiable compositeur*, odwołujące się do jego genezy i rozumienia w państwie jego pochodzenia, nie dotyczy arbitrażu międzynarodowego – szczególnie tam, gdzie do sprawy nie ma zastosowania prawo francuskie – i w takich przypadkach należałoby przyjąć, że arbiter jest upoważniony do pomijania wszelkich reguł prawa⁴². Takie postawienie kwestii budzi jednak wątpliwości, ponieważ skoro strony świadomie upoważniły arbitra do rozstrzygnięcia jako *amiable compositeur*, to ten sposób orzekania, który przypuszczalnie miały na myśli, powinien być respektowany także w innych jurysdykcjach niż Francja⁴³. Rzeczywisty problem może pojawić się wtedy, gdy sformułowanie użyte przez strony nie przesądza jednoznacznie, który z modeli orzekania miały one na myśli, zaś *lex arbitri* lub regulamin arbitrażowy, któremu poddane jest postępowanie, dopuszcza wprost obie te formy albo – jak art. 1194 k.p.c. – nie czyni między nimi rozróżnienia. Wydaje się, że w wielu jurysdykcjach, którym koncepcja *amiable compositeur* jest dość obca (w tym sensie, że nieznaną w swej czystej formie uczestnikom obrotu niebędącym prawnikami), możliwe byłoby przyjęcie swego rodzaju domniemania, że przez „orzekanie na zasadach słuszności” strony rozumiały orzekanie *ex aequo et bono*.

³⁸ Por. A.J. Bělohávek, op. cit., s. 30.

³⁹ B. Berger, F. Kellerhals, op. cit., s. 468.

⁴⁰ T. Ereciński, op. cit., s. 793–794.

⁴¹ A.J. Bělohávek, op. cit., s. 33; A. Lizer-Klatka, *Pojęcie orzekania na zasadach słuszności w międzynarodowym arbitrażu handlowym*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 1, s. 66.

⁴² A. Lizer-Klatka, op. cit., s. 65.

⁴³ B. Berger, F. Kellerhals, op. cit., s. 469.

3. Granice orzekania na zasadach słuszności w arbitrażu gospodarczym

Wspomniane już zostało, że orzeczenie na zasadach słuszności nie może być wydane w sposób dowolny. Trzeba też zauważyć, że brak którejkolwiek z wymaganych przesłanek – tj. upoważnienia udzielonego przez strony, dopuszczalności wydawania takich orzeczeń w krajowym porządku prawnym lub przestrzegania przez arbitrów granic orzekania na zasadach słuszności – skutkuje możliwością uchylecia wyroku lub odmową jego uznania lub stwierdzenia wykonalności⁴⁴. Oprócz konieczności zachowania pewnych wymogów proceduralnych, arbitrzy powinni uwzględnić także ograniczenia materialne.

Pierwszym i być może najważniejszym pojęciem jest tu porządek publiczny – zarówno rozumiany negatywnie, w formie klauzuli porządku publicznego, jak i pozytywnie, pod postacią przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Klauzula porządku publicznego umożliwia sądowi delibacyjnemu uchylene (na wniosek strony) wyroku arbitrażowego⁴⁵ albo odmowę jego uznania lub stwierdzenia jego wykonalności⁴⁶ wszędzie tam, gdzie wyrok ten byłby sprzeczny z podstawowymi zasadami porządku prawnego danego państwa, ewentualnie z zasadami międzynarodowego porządku prawnego. Na gruncie prawa polskiego wypowiedział się na temat stosowania klauzuli porządku publicznego Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 września 2009 r.⁴⁷, stwierdzając, że „przez podstawowe zasady porządku prawnego [...] należy rozumieć nie tylko normy konstytucyjne, ale i naczelną normę w poszczególnych dziedzinach prawa”. Przepisy wymuszające swoje zastosowanie są to natomiast „przepisy, które są bezwzględnie stosowane w sensie kolizyjnoprawnym, czyli do ich zastosowania dojdzie [...] bez względu na prawo właściwe dla danego stosunku”⁴⁸. Takie ich stosowanie motywowane jest ich szczególnym znaczeniem dla ochrony porządku publicznego państwa⁴⁹. Przepisy te nie znajdują jednak zastosowania w arbitrażu na zasadach słuszności, ponieważ w takim postępowaniu arbiter rozstrzyga na podstawie swojego subiektywnego odczucia prawnego i nie występuje w nim prawo, które jest stosowane z samej swej istoty⁵⁰.

⁴⁴ M. Hilgard, A.E. Bruder, *Unauthorised amiable compositeur?*, “Dispute Resolution International” 2014, nr 1, s. 58–59.

⁴⁵ Zob. np. art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c., § 1059 ust. 2 pkt 2 lit. b niemieckiego k.p.c.

⁴⁶ Zob. np. art. V ust. 2 lit b konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, art. 1214 § 3 pkt 2 k.p.c.

⁴⁷ Sygn. akt I CSK 53/09, System Informacji Prawnej LEX nr 527154.

⁴⁸ B. Fuchs, *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w nowej ustawie Prawo prywatne międzynarodowe*, [w:] *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 69.

⁴⁹ M.A. Zachariasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 436.

⁵⁰ J. Beulker, *Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, s. 240.

Kolejnym zagadnieniem, na które należy zwrócić uwagę, jest uwzględnianie przez arbitrów postanowień umowy oraz zwyczajów handlowych. Artykuł 1194 § 2 k.p.c. stanowi, że w każdym przypadku sąd polubowny bierze pod uwagę postanowienia umowy oraz ustalone zwyczaje mające zastosowanie do danego stosunku prawnego. Wskazuje się, że arbiter orzekający na zasadach słuszności ma więc tylko obowiązek uwzględniania, ale już nie – bezwzględnego stosowania zwyczajów handlowych, jest natomiast związany postanowieniami umownymi⁵¹. Interpretacja taka nie wynika wprost z wykładni językowej przepisu. Analogiczny przepis art. 28 ust. 4 ustawy modelowej UNCITRAL jest w tym zakresie klarowniejszy, ponieważ stanowi, że trybunał „powinien orzekać w zgodzie z postanowieniami kontraktu” i „powinien brać pod uwagę zwyczaje handlowe”. W doktrynie podnosi się też, że istnieje w tym zakresie różnica pomiędzy orzekaniem *ex aequo et bono* i jako *amiable compositeur*, ponieważ wyłączenie lub modyfikacja umowy wiążącej strony nie jest możliwa tylko w tym pierwszym przypadku⁵². Nie jest to jednak pogląd jednolity – zgodnie z innym stanowiskiem, arbiter orzekający jako *amiable compositeur* jest związany postanowieniami umowy stron, ale interpretując je powinien mieć na uwadze raczej względy słuszności niż normy prawne⁵³.

Może też budzić wątpliwości, czy i w jakim zakresie arbiter orzekający *ex aequo et bono* może posiłkować się przepisami prawnymi. W przypadku, gdy wyda orzeczenie na zasadach słuszności bez upoważnienia lub z przekroczeniem upoważnienia udzielonego przez strony, możliwe jest uchylene orzeczenia. W odwrotnym przypadku, gdy arbiter upoważniony do orzekania *ex aequo et bono* rozstrzygnie spór na podstawie przepisów prawa, uchylene orzeczenia będzie dopuszczalne w wyjątkowych i nietypowych przypadkach, gdy doprowadziło to do niesprawiedliwego rozstrzygnięcia⁵⁴. Nie ma zakazu stosowania przepisów prawa materialnego w orzekaniu *ex aequo et bono* i arbiter może zarówno najpierw rozważyć sprawę z punktu widzenia najściślej związanego z nią prawa, jak i po jej rozstrzygnięciu skontrolować, czy orzekanie na podstawie prawa doprowadziłoby do porównywalnych rezultatów⁵⁵. Może także zdecydować o zastosowaniu wprost prawa właściwego lub innego, np. w najbardziej wyczerpujący sposób regulującego materię sporu⁵⁶, albo o zastosowaniu normy zwyczajowej⁵⁷. Arbiter zobowiązany jest w tym przypadku jedynie do „poszukiwania słusznego i sprawiedliwego rozstrzygnięcia sporu”⁵⁸. Jego osąd nie powinien być przypadkowy, ale oparty na zasadach prawa, precedensach, poglądach doktryny lub też poparty jego własnymi przemyśleniami⁵⁹.

⁵¹ T. Ereciński, op. cit., s. 794.

⁵² K. Ryszkowski, op. cit., s. 55.

⁵³ J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, op. cit., s. 231.

⁵⁴ R. Geimer, [w:] *Zöller Zivilprozeßordnung*, Kolonia 2001, s. 2409.

⁵⁵ B. Berger, F. Kellerhals, op. cit., s. 465.

⁵⁶ I.C. Kamiński, *Uprawnienia sędziów i arbitrów orzekających na podstawie reguł słuszności*, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 2000, t. 19/20, s. 71–72.

⁵⁷ A. Lizer-Klatka, op. cit., s. 67.

⁵⁸ K. Ryszkowski, op. cit., s. 55.

⁵⁹ J. Suchoża, R. Hučková Palková, op. cit., s. 267.

Podsumowanie

Odwoływanie się w orzekaniu do zasady słuszności nie jest elementem obcym, ponieważ czasem sam przepis prawa materialnego odsyła do klauzul generalnych, umożliwiających pełniejsze uwzględnienie szczególnych okoliczności konkretnej sytuacji⁶⁰. Jednak orzekanie wyłącznie w oparciu o zasady słuszności jest nieznanym sądom państwowym. Arbiter w arbitrażu gospodarczym może orzekać na zasadach słuszności tylko w takim zakresie, w jakim zostanie do tego upoważniony przez strony. Słuszność jako podstawa orzekania nie jest często wybierana przez strony. Takie orzeczenia cechują się pewną nieprzewidywalnością, dlatego poleca się taki wybór w szczególnych wypadkach i tylko wtedy, gdy strony mają zaufanie do kompetencji i zdrowego rozsądku arbitra⁶¹. Ich zaletą jest natomiast większa elastyczność i możliwość rozważenia okoliczności każdej sprawy⁶².

Orzekanie na zasadach słuszności nie powinno być dowolne ani przypadkowe. Konieczne jest zarówno przeprowadzenie postępowania dowodowego, jak i uzasadnienie wyroku. W uzasadnieniu arbiter powinien wskazać, jakimi przesłankami się kierował, jakie zasady sprawiedliwości uznał za mające zastosowanie w konkretnej sprawie. Wskazanie tych okoliczności jest tym istotniejsze, gdy arbiter upoważniony do orzekania na zasadach słuszności zdecydował się zastosować przepisy prawa materialnego lub odpowiednie zwyczaje handlowe – powinien on bowiem stosować tylko takie normy, które w jego ocenie zapewniają osiągnięcie sprawiedliwego rozstrzygnięcia.

Od orzekania *ex aequo et bono* można odróżnić orzekanie jako *amiable compositeur*, polegające nie na rozstrzygnięciu w całości w oparciu o zasady słuszności, ale na stosowaniu norm prawnych w takim zakresie, w jakim są one zgodne z zasadami sprawiedliwości, którymi kieruje się arbiter przy rozstrzygnięciu danej sprawy. Wyróżnienie to nie jest precyzyjne, co stoi na przeszkodzie spopularyzowaniu takiego sposobu rozwiązywania sporów⁶³. Pokonanie tej przeszkody umożliwiłoby upowszechnienie – jak się wydaje – użytecznego narzędzia, które pozwoliłoby stronom chcącym poddać swój spór pod arbitraż na zasadach słuszności wpływać na to, jaki zakres swobody chcą pozostawić arbitrowi.

⁶⁰ P. Mayer, *Reflections on the international arbitrator's duty to apply the law*, [w:] *Arbitration insights*, red. J.D.M. Lew, L.A. Mistelis, Kluwer Law International 2007, s. 297.

⁶¹ G. Lörcher, H. Lörcher, T. Lörcher, *Das Schiedsverfahren – national/international – nach deutschem Recht*, C.F. Müller, Heidelberg 2001, s. 62.

⁶² T. Ereciński, op. cit., s. 794.

⁶³ A. Wach, op. cit., s. 121.

Summary

Principles of equity as a ground of judgement in commercial arbitration

Key words: commercial arbitration, principles of equity, *ex aequo et bono*, *amiable compositeur*, public order.

An award rendered by an arbitral tribunal in commercial arbitration may be based on national or international regulations, as well as on general principles of law and principles of equity. The latter is admissible only when parties explicitly entitle the arbitrator to apply the principles of equity. The perception of equity-based awards varies significantly in different jurisdictions.

Decision-making *ex aequo et bono* and as an *amiable compositeur* are two slightly different concepts which tend to be confused. To decide what *ex aequo et bono* means to decide from equity and conscience, theoretically without taking provisions of substantive law into account. *Amiable compositeur* decides, by contrast, according to legal regulations, having a possibility to adjust the effect of its application, where he or she finds it unjust.

It is hard to foresee precisely the outcome of an arbitration proceeding, when the principles of equity are to be applied. Nevertheless, it cannot be random or coincidental. In particular the arbitrator must respect the public order.