

# Arbiter pracownikiem, czyli kontrowersyjne ujęcie funkcji arbitra

## I. Wstęp

Podnosi się, że „sądy i arbitrzy działają na tym samym polu, a mianowicie wymierzają sprawiedliwość. Różnią się jednak tym, że sądy wymierzają sprawiedliwość w publicznym sektorze, a arbitrzy w prywatnym”<sup>1</sup>. Częściowo funkcja arbitra jest zatem podobna do funkcji sędziego. Prywatny charakter arbitrażu nakłada jednak na tę funkcję dodatkową warstwę, gdyż spór arbitrażowy, a więc także rozpoczęcie pełnienia funkcji przez arbitra, uruchamiane jest umową stron. Ta warstwa uwidocznia zatem umowne aspekty funkcji arbitra. W obliczu tych mieszanych elementów umownych i jurysdykcyjnych określenie statusu arbitra nie jest łatwe.

Niniejszy artykuł analizuje status arbitra w świetle najnowszego międzynarodowego orzecznictwa. W szczególności artykuł ten przybliży współczesne rozumienie źródła statusu arbitra w jego umowie ze stronami (II i III.1), a także rozważy aspekty umowne oraz *quasi-sądownicze* tego stosunku (III.2). Ponadto tekst ten analizuje konsekwencje każdego z tych aspektów (IV). Celem niniejszego artykułu jest jedynie przyczynienie się do ogólnej dyskusji o statusie arbitra, a nie szczegółowa analiza praw i obowiązków arbitra oraz stron ani też odpowiedzialności za niewywiązanie się z nich. Z tego powodu te ostatnie kwestie nie będą bliżej omówione.

## II. Arbiter jako pracownik – *Jivraj* przeciwko *Hishwani* 2010 r.

Niedawne orzeczenie brytyjskiego sądu apelacyjnego w sprawie *Jivraj* przeciwko *Hashwani* z 2010 r. wywołało kontrowersje w świecie arbitrażu<sup>2</sup>. Zanim sprawa została ostatecznie rozstrzygnięta na korzyść arbitrażu przez brytyjski sąd najwyższy w 2011 r.<sup>3</sup>, dyskusję wywołało skupienie się sądu apelacyjnego jedynie na aspekcie umownym funkcji arbitra oraz, co więcej, określenie arbitra jako wręcz pracownika stron.

---

<sup>1</sup> Por. orz. bryt. House of Lords z 22.1.1981 r. w sprawie *Bremer Vulcan Schiffbau und Maschinenfabrik* przeciwko *South India Shipping Corp.*, [1981] 2 W.L.R. 141: „[c]ourts and arbitrators are in the same business, namely, the administration of justice. The only difference is that the courts are in the public and arbitrators are in the private sector of the industry”.

<sup>2</sup> Por. wyr. bryt. sądu apelacyjnego z 22.6.2010 r. w sprawie *Hashwani* przeciwko *Jivraj*, [2010] EWCA Civ 712, s. 16.

<sup>3</sup> Por. wyr. sądu najwyższego z 27.7.2011 r. w sprawie *Jivraj* przeciwko *Hashwani* [2011] UKSC 40. Więcej na temat tego orzeczenia patrz niżej (w tekście) pkt IV.2.

U podłoża tego orzeczenia leży wspólne przedsięwzięcie *joint venture* na międzynarodowym rynku nieruchomości przedsiębiorców *S. Hashwani* i *N. Jivraj*. Po wielu latach współpracy strony postanowiły się rozjeść, dzieląc biznes. Ze wszystkich kwestii dotyczących podziału majątku pozostała jedna, która stała się przedmiotem nierozwiązanego do dziś sporu: *S. Hashwani* twierdził, że należy mu się jeszcze część pozostałych zysków, natomiast *N. Jivraj* nie zamierzał płacić, jako że *S. Hashwani* miał zaniedbać złożenia deklaracji podatkowych, narażając przez to *N. Jivraj* na dodatkowe zobowiązania finansowe. Umowa *joint venture* podlegała prawu angielskiemu oraz przewidywała, że wszelkie spory z niej wynikające miały być rozstrzygnięte w Londynie przez panel trzech arbitrów, z których każdy miał być członkiem wspólnoty *Ismaili* oraz pełnić wysoką funkcję w tej wspólnocie<sup>4</sup>. Wspólnota *Ismaili* zrzesza muzułmanów szyickich o różnorodnych korzeniach etnicznych i kulturowych, jest więc wspólnotą religijną.

Wobec przewlekłego sporu *S. Hashwani* skierował przeciwko *N. Jivraj* powództwo, w którym powołał jako arbitra *Sir Anthony'ego Colemana* oraz żądał, by *N. Jivraj* powołał arbitra w określonym terminie, a w razie bezskutecznego upływu tego terminu miał podjąć kroki do wyznaczenia *Sir Colemana* na jedynego arbitra. Wobec tego *N. Jivraj* wszczął postępowanie w pierwszej instancji przed sądem gospodarczym, żądając uznania powołania *Sir Colemana* za nieskuteczne, jako że on z pewnością nie był członkiem wspólnoty *Ismaili*. *S. Hashwani* argumentował m.in., że klauzula arbitrażowa, jako dyskryminująca, jest sprzeczna z brytyjskim ustawodawstwem antydyskryminacyjnym.

Sąd pierwszej instancji przyznał rację *N. Jivraj*, nie dopatrując się bezprawnej dyskryminacji<sup>5</sup>. W szczególności, sąd stwierdził, że arbitrzy nie są zatrudnionymi w świetle ustawodawstwa antydyskryminacyjnego, a więc to ustawodawstwo nie stosuje się do kwestii powołania arbitrów. Nawet jeśli przyjąć przeciwne stanowisko, warunek, by arbitrzy byli członkami wspólnoty *Ismaili*, stanowiłby istotny wymóg zawodowy w rozumieniu stosowanej ustawy<sup>6</sup>.

Natomiast sąd apelacyjny w swoim kontrowersyjnym orzeczeniu z czerwca 2010 r. wydał całkowicie odmienny wyrok. Sąd ten uznał, że powołanie arbitrów podlega ustawom antydyskryminacyjnym, ponieważ pociąga ono za sobą zawarcie umowy o świadczenie usług, która z kolei stanowi „umowę o osobiste wykonanie pracy”<sup>7</sup>. To z kolei wypełnia definicję ustawową zatrudnienia. W efekcie strony stanowią pracodawcę, który poprzez wymóg, by arbiter – pracownik był członkiem wspólnoty *Ismaili*, dyskryminowały innych potencjalnych arbitrów – pracowników. Ponadto, sąd uznał, że skoro

<sup>4</sup> Klauzula arbitrażowa przewidywała dosłownie: „(1) If any dispute difference or question shall at any time hereafter arise between the investors with respect to the construction of this agreement or concerning anything herein contained or arising out of this agreement or as to the rights liabilities or duties of the investors or either of them or arising out of (without limitation) any of the businesses or activities of the joint venture herein agreed the same (subject to sub-clause 8(5) below) shall be referred to three arbitrators (acting by a majority) one to be appointed by each party and the third arbitrator to be the President of the HH Aga Khan National Council for the United Kingdom for the time being. All arbitrators shall be respected members of the *Ismaili* community and holders of high office within the community”.

<sup>5</sup> Wyr. sądu pierwszej instancji z 26.6.2009 r. *Jivraj* przeciwko *Hashwani* [2009] EWHC 1364 (Comm).

<sup>6</sup> Ang. „*genuine occupational requirement*”; por. art. 4 ust. 1 dyrektywy Rady 2000/78/WE z 27.11.2000 r., Dz.Urz. UE L Nr 303 z 2.12.2000 r., s. 16, która mówi o „istotnym i determinującym wymogu zawodowym”.

<sup>7</sup> Ang. *a contract personally to do any work*.

umowa *joint venture* podlegała prawu angielskiemu, a nie zasadom słuszności, wymóg członkostwa wspólnoty Ismaili nie stanowił istotnego wymogu zawodowego.

To rozumowanie sądu apelacyjnego z 2010 r. postawiło ogromny znak zapytania w kwestii statusu arbitra. Sąd, uznając arbitra za osobę zatrudnioną, która wykonuje osobiście jakąś pracę, opowiedział się jednoznacznie za wyłącznie umownym charakterem pozycji arbitra<sup>8</sup>. Co ważne, zdaniem brytyjskiego sądu arbiter jest po prostu stroną zobowiązania umownego i co więcej, jako pracownik wykonuje swoje zadania pod nadzorem stron. Powołanie arbitra ma w istocie przypominać zatrudnienie prawnika, lekarza w celu konsultacji w sprawie jakiejś przypadłości czy też konsultanta podatkowego w kwestii podatków<sup>9</sup>. Orzeczenie podważyło nie tylko dotychczasowe myślenie o statusie arbitra, lecz także fundamentalne zasady powoływania sądu polubownego. Gdyby przyjąć wnioski orzeczenia apelacji *Jivraj* przeciwko *Hashwani*, arbiter zostałby w istocie pozbawiony zasadniczych kompetencji orzeczniczych lub przynajmniej te kompetencje byłyby zdecydowanie osłabione.

### III. Arbiter jako prywatny sędzia

W istocie status arbitra jest znacznie bardziej złożony, niż wynika z orzeczenia sądu apelacyjnego w sprawie *Jivraj* przeciwko *Hashwani* z 2010 r. Przede wszystkim status ten należy rozumieć jako ogół zasad i czynników, które determinują sytuację arbitra<sup>10</sup>. Elementem określającym sytuację arbitra jest jego relacja ze stronami. Relacja ta w ogóle daje arbitrowi rację bytu. Pozostałe elementy jedynie uzupełniają status arbitra, w zależności od natury konkretnego sporu arbitrażowego. Są to zatem związki arbitra z instytucją arbitrażową, jeśli spór jest administrowany przez instytucję, oraz jego związki z pozostałymi arbitrami, jeśli spór rozstrzygany jest przez panel arbitrażowy. Niniejszy tekst zajmuje się jedynie pierwszym aspektem.

Status arbitra jest mieszany. Ma to związek z istotą arbitrażu jako prywatnej instytucji, a więc konstytuowanej w konkretnym przypadku wolą stron, ale istniejącej w ogóle dzięki mandatowi udzielonemu przez państwo. Sama istota arbitrażu wskazuje więc już na dwoistość charakteru arbitra. Z jednej strony wykonuje on pewne funkcje dzięki mandatowi udzielonemu mu przez państwo, a z drugiej wypełnia on umowne obowiązki wobec stron. Status arbitra tworzą więc mieszane elementy kontraktowe oraz orzecznicze, lecz nie są one precyzyjnie określone.

Należy podkreślić, że status arbitra pozostaje poza wyraźnymi regulacjami prawnymi. Wydaje się, że krajowe ustawodawstwa unikają zdefiniowania stosunku prawnego łączącego arbitra i strony, a tym samym powstrzymują się przed nakładaniem

<sup>8</sup> Por. wyr. sądu apelacyjnego z 22.6.2010 r. w sprawie *Hashwani* przeciwko *Jivraj*, [2010] EWCA Civ 712, s. 16.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Taką definicję przyjmuje również Raport Końcowy Komisji ICC dot. Międzynarodowego Arbitrażu na temat statusu arbitra, por. Final Report on the Status of the Arbitrator, ICC Bulletin 1996, t. 7, Nr 1, s. 28. Inną, lecz zbliżoną definicję sugeruje natomiast Fouchard, Gaillard & Goldman: jako ogół jego praw i obowiązków w trakcie postępowania arbitrażowego, por. *E. Gaillard, J. Savage* (ed.), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 1999, s. 557, par. 1009.

na funkcjonowanie arbitrażu dodatkowych ram prawnych<sup>11</sup>. Wątpliwości w tym zakresie wyjaśnia zatem jedynie doktryna i orzecznictwo.

## 1. Umowne źródło statusu arbitra

Aktualnie przyjmuje się wyraźnie charakter umowny funkcji arbitra<sup>12</sup>. Alternatywna koncepcja, zwana teorią statusu, sugerowała wcześniej, że misja arbitra powstaje wprost z mocy prawa<sup>13</sup>. Obecnie jednak raczej przesądzono, że ta teoria nie pozwala na wyjaśnienie wszystkich aspektów prawnych pozycji arbitra<sup>14</sup>. Przede wszystkim uniemożliwia ona wytłumaczenie prawa arbitra do honorarium. Zgodnie z teorią statusu arbitrzy powołani są z mocy prawa, co zatem uniemożliwia powstanie umownego zobowiązania zapłaty wynagrodzenia przez strony. To interpretacja umowna lepiej tłumaczy wszystkie zawiłości relacji arbitra ze stronami, jakkolwiek powszechnie podkreśla się znaczenie aspektu orzeczniczego funkcji arbitra.

## 2. Charakter umowy między arbitrem a stronami

Próby określenia charakteru umowy łączącej arbitra ze stronami budzą zainteresowanie nie tylko teoretyków, lecz mają także znaczenie praktyczne<sup>15</sup>.

Szczegółowa ocena zakresu umowy łączącej arbitrów ze stronami oraz jej skutków może zależeć przede wszystkim od prawa właściwego. Przykładowo, po wydaniu orzeczenia *Jivraj* przeciwko *Hashwani* z 2010 r., opisanego wyżej, prawo angielskie uznało tę umowę za stosunek pracy, co niekoniecznie może być zgodne ze stanowiskiem innych europejskich systemów prawnych. Prawo właściwe dla umowy wiążącej arbitra ze stronami wyznaczy sąd rozpoznający konkretny spór między arbitrem a stronami. Oczywiście umowny wybór prawa właściwego będzie najczęściej skuteczny. Biorąc jednakże pod uwagę fakt, że ta umowa jest w praktyce najczęściej zawierana w sposób dorozumiany<sup>16</sup>, jest mało prawdopodobne, by milcząco zawierała klauzulę wyboru prawa. Wobec tego należy zastosować łącznik, który będzie zależeć od wybranego systemu kolizyjnego. W Europie np., w świetle zarówno rozporządzenia Rzym I<sup>17</sup>, jak i – jak się wydaje – krajowego prawa

<sup>11</sup> Por. *Ph. Fouchard*, Relationships between the arbitrator and: the parties and the arbitral institution, [w:] The status of the arbitrator – special supplement, ICC Bulletin 1995, s. 14.

<sup>12</sup> *Ph. Fouchard*, Relationships..., s. 13–14 i powołane tam piśmiennictwo i orzecznictwo; Final Report on the Status of the Arbitrator, s. 33; *M. Pazdan*, Prawne aspekty funkcji arbitra, PUG 1994, Nr 2, s. 10; *tenże*, Umowa stron z arbitrem (arbitrami) w międzynarodowym arbitrażu handlowym, PPHZ 1987, t. 11, s. 28. Poglądy o współczesnym poparciu dla teorii statusu są nietrafne. Por. w tym sensie *M. Wach*, Odpowiedzialność arbitra sądu polubownego, ADR 2009, Nr 4, s. 131, 134.

<sup>13</sup> Por. *M. Mustill*, *S. Boyd*, Commercial Arbitration, London: Butterworths 1989, s. 220 i n.

<sup>14</sup> Por. też wpis *M. Gearing* na blogu KluwerArbitration z 17.7.2011 r. dostępny na: [www.kluwerarbitrationblog.com](http://www.kluwerarbitrationblog.com).

<sup>15</sup> *Ph. Fouchard*, Relationships..., s. 15.

<sup>16</sup> Por. np. *R. Morek*, Mediacja i arbitraż (art. 183<sup>3</sup>–183<sup>15</sup>, 1154–1217 KPC). Komentarz, Warszawa 2006, s. 172; *Ł. Błaszczak*, *M. Ludwik*, Sądownictwo polubowne (arbitrażowe), Warszawa 2007, s. 227.

<sup>17</sup> Por. rozp. Parlamentu Europejskiego i Rady WE Nr 593/2008 z 17.6.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I), Dz.Urz. L Nr 177 z 4.7.2008 r., s. 6.

prywatnego międzynarodowego, będzie to najprawdopodobniej łącznik najściślej powiązanego prawa<sup>18</sup> lub prawa państwa strony, która zobowiązana jest do spełnienia świadczenia charakterystycznego dla umowy<sup>19</sup>. W rzeczywistości w grę wchodzić będzie prawo miejsca arbitrażu, prawo siedziby instytucji arbitrażowej, której administracji poddany jest spór arbitrażowy lub prawo narodowe poszczególnych arbitrów<sup>20</sup>. Żaden z łączników nie jest w pełni zadawalający, lecz łącznik miejsca arbitrażu dostarcza najbardziej stosownego rozwiązania<sup>21</sup>. To prawu miejsca arbitrażu podlega postępowanie arbitrażowe, co ma zatem największy wpływ na charakter tego postępowania oraz mandatu arbitra. Ponadto łącznik miejsca arbitrażu wprowadza jednolite prawo właściwe dotyczące wszystkich arbitrów, w przypadku gdy spór arbitrażowy rozstrzygany jest przez panel arbitrażowy, co nie miałyby miejsca w przypadku poddania umowy prawu państwa każdego z arbitrów z osobna. Co więcej, siedziba instytucji arbitrażowej nie ma żadnego znaczenia przy prowadzeniu sporu arbitrażowego. Nie ma więc powodu, by prawo państwa siedziby instytucji interweniowało w relacjach między arbitrami a stronami.

Mimo braku precyzyjnej definicji umowy arbitra ze stronami najtrafniej można przypisać jej charakter umowy prawa prywatnego materialnego *sui generis*<sup>22</sup> oraz wyróżnić jej charakterystyczne elementy bez względu na jurysdykcję, której podlega. W rzeczywistości klasyfikacja tej umowy jako *sui generis* nie oznacza, że będzie ona się różnić w każdym wypadku lub też że jej składniki są nieokreślone<sup>23</sup>. Wręcz przeciwnie, treść umowy łączącej arbitrów ze stronami wykształciła się w przewidywalny wzorzec. Jednocześnie w doktrynie wydaje się występować spór co do odpowiedniej terminologii tej umowy – umowa arbitrażu<sup>24</sup>, umowa arbitra<sup>25</sup>, umowa inwestytury<sup>26</sup> czy *receptum arbitri*<sup>27</sup> – jako że każda z nazw kładzie nacisk na inny aspekt umowy. Wybór którejś z nich jest jednak pozbawiony większego znaczenia praktycznego.

<sup>18</sup> Por. art. 4(1) Konwencji rzymskiej z 1980 r.; wiele systemów prawnych używa podobnych łączników. Por. np. art. 117 (1) szwajcarskiej ustawy z 18.12.1987 r. o prawie prywatnym międzynarodowym; art. 98 § 1 belgijskiego kodeksu prawa prywatnego międzynarodowego, który odsyła do Konwencji rzymskiej z 1980 r.

<sup>19</sup> Por. art. 4 (2) rozp. Rzym I.

<sup>20</sup> Por. Final Report on the Status of the Arbitrator, s. 29; T. Ereciński, K. Weitz, Sąd arbitrażowy, Warszawa 2008, s. 212 i n.

<sup>21</sup> Por. np. Final Report on the Status of the Arbitrator, s. 36; J.-F. Poudret, S. Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, Zurych 2002, s. 439; E. Gaillard, J. Savage (ed.), *op. cit.*, s. 1011.

<sup>22</sup> Por. dawne, lecz nadal aktualne orz. SN z 29.9.1933 r. (C II 1650/33, OSN 1934, poz. 259). Por. także M. Pazdan, Umowa stron z arbitrem (arbitrami)..., s. 38–39; *tenże*, Prawne aspekty funkcji arbitra..., s. 12; T. Szurski, O statusie arbitra w międzynarodowym arbitrażu handlowym, [w:] K. Lankosz (zb. mat.), Aktualne problemy prawa międzynarodowego we współczesnym świecie. Księga pamiątkowa poświęcona pamięci Prof. Mariana Iwanek, Kraków 1995, s. 178; T. Ereciński, K. Weitz, *op. cit.*, s. 207 i n.; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op. cit.*, s. 226–227; R. Morek, *op. cit.*, s. 172; R. Flejszar, Arbiter – sędzia z wyboru, ADR 2010, Nr 4, s. 11; E. Gaillard, J. Savage (ed.), *op. cit.*, s. 605; J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, s. 437; G. Born, International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 2009, s. 1605-9.

<sup>23</sup> Por. Ph. Fouchard, Relationships..., s. 17.

<sup>24</sup> Franc. *Contrat d'arbitrage*; por. A. Ditchew, Le contrat d'arbitrage – Etude sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer, *Revue de l'arbitrage* 1981, s. 395.

<sup>25</sup> Niem. Schiedsrichterlicher Vertrag, wł. Contratto di arbitrato, por. G. Mirabelli, Contratti nell'arbitrato (con l'arbitrato; con l'instituzione arbitrale), *Rassegna dell'arbitrator* 1990, t. 1–3, s. 3.

<sup>26</sup> M. de Boissésou, Le droit français de l'arbitrage interne et international, Paris 1990, s. 175 i n.

<sup>27</sup> Tak przyjmuje się np. w polskiej doktrynie, zob. T. Ereciński, K. Weitz, *op. cit.*, s. 206-6.

Nie da się zaprzeczyć, że umowę arbitra ze stronami charakteryzują z jednej strony elementy, które wiążą się z wykonywaniem przez arbitra funkcji orzeczniczej<sup>28</sup>. Z drugiej strony umowa ta zawiera klasyczne elementy stosunku zobowiązaniowego. Wszelkie próby homogenicznej klasyfikacji umowy arbitra ze stronami są niestosowne. Przykładowo, jednorodna koncepcja tej umowy jako umowy o pracę przyjęta w Wielkiej Brytanii w omawianym wyżej orzeczeniu *Jivraj* przeciwko *Hashwani* z 2010 r., gdzie arbiter stał się pracownikiem stron, całkowicie ignoruje aspekt orzeczniczy funkcji arbitra. Istotą stosunku zatrudnienia jest podległość poleceniom pracodawcy. Natomiast arbiter ma być niezależny i niezawisły. Trudno więc wyobrazić sobie, by arbiter, wydając wyrok, był związany wytycznymi stron. Wszelkie jednorodne koncepcje są zatem zupełnie niewłaściwe, gdyż w sposób niewyczerpujący tłumaczą pozycję arbitra. Podobnie niewłaściwe jest klasyfikowanie umowy między arbitrami a stronami jako umowy agencji lub nawet umowy o świadczenie pracy czy usług, co czasem przyjmowane było lub nawet przyjmowane jest obecnie w piśmiennictwie<sup>29</sup>.

Na tym tle rysuje się wyraźnie relacja umowna arbitra ze stronami, która oczywiście obejmuje elementy umowne, ale też podkreśla funkcje orzecznicze arbitra. Międzynarodowe orzecznictwo potwierdza taką interpretację. Kontynuując przykład Wielkiej Brytanii, należy zwrócić uwagę, że obecnie wyraźnie akceptuje się tam charakter umowny pozycji arbitra<sup>30</sup>, ale podkreśla się też charakter orzeczniczy jego funkcji<sup>31</sup>. Zostało to ostatecznie potwierdzone w ostatnim orzeczeniu *Jivraj* przeciwko *Hashwani*, wydanym przez Sąd Najwyższy w 2011 r.<sup>32</sup>. Tym samym zostały rozwiane wątpliwości wywołane kontrowersyjnym orzeczeniem sądu apelacyjnego w tej sprawie w 2010 r.<sup>33</sup>. Orzecznictwo angielskie opowiedziało się zatem ostatecznie i zdecydowanie za umownym ujęciem funkcji arbitra. Orzecznictwo to potwierdza jednak także, że funkcja ta pociąga za sobą mieszane elementy, jako że tylko w ten sposób można w pełni scharakteryzować status arbitra<sup>34</sup>. Zbliżone próby definicji można także znaleźć w orzecznictwie innych krajów<sup>35</sup>.

<sup>28</sup> Por. np. *M. Pazdan*, Umowa stron z arbitrem (arbitrami)... , s. 39, 43; *T. Szurski*, *op. cit.*, s. 178–179; *M. Pazdan*, Prawne aspekty funkcji arbitra..., s. 10.

<sup>29</sup> Tak było np. w Szwajcarii w okresie obowiązywania Konkordatu arbitrażowego. Por. *P. Jolidon*, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Berne: Staempfli 1984, s. 231; *P. Lalive, J.-F. Poudret, C. Reymond*, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989, s. 332; *Ph. Fouchard*, *Relationships...*, s. 16. Por. w Polsce: *T. Ereciński, K. Weitz*, *op. cit.*, s. 207 i n.

<sup>30</sup> Por. wyr. sądu apelacyjnego z 1991 r. w sprawie *K/S Norjarl A/S* przeciwko *Hyundai Heavy Industries Co. Ltd.*, [1992] Q.B. 863, s. 877.

<sup>31</sup> Por. np. wyr. SN z 27.7.2011 r. w sprawie *Jivraj* przeciwko *Hashwani* [2011] UKSC 40.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Por. wyżej orz. sądu apelacyjnego z 22.6.2010 r. w sprawie *Hashwani* przeciwko *Jivraj*.

<sup>34</sup> Por. np. *Compagnie Européenne de Céréals S.A.* przeciwko *Tradax Export S.A.* [1986] 2 Lloyd's Rep. 301; *K/S Norjarl A/S* przeciwko *Hyundai Heavy Industries Co. Ltd.* [1992] Q.B. 863, Final Report on the Status of the Arbitrator, ICC Bulletin 1996, t. 7, Nr 1, s. 46.

<sup>35</sup> Por. powoływane wyżej orz. SN z 29.9.1933 r. (C II 1650/33, OSN 1934, poz. 259). Na temat Francji por. *Ph. Fouchard*, *Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française*, *Revue de l'Arbitrage* 1996, s. 325–372 i powołane tam orzecznictwo, a w szczególności orzeczenia TGI Paris z 22.3.1983 r., *Revue de l'arbitrage* 1983, s. 497; TGI Paris z 28.3.1984 r.; *Raffineries d'Homs*, *Revue de l'arbitrage* 1985, s. 141; *Bompard* z 22.5.1991 r., *Revue de l'arbitrage* 1996, s. 476 i n. Także orzecznictwo Szwajcarii, por. *J.F. Poudret, S. Boisseson*, *op. cit.*, s. 417, oraz Niemiec, por. np. BGHZ 42, 313 z 1964 r.

Funkcje orzecznicze zasadniczo odróżniają arbitra od zwykłego usługodawcy czy też wykonawcy dzieła, a zbliżają go w charakterze do sędziego. W rzeczywistości trudno precyzyjnie zdefiniować funkcje sądowe arbitra. Miarodajne wydaje się występowanie charakterystycznych elementów dla tej funkcji. Po pierwsze, musi więc istnieć spór między stronami. Po drugie, każda ze stron musi przedstawić swoje dowody oraz podstawę prawną swoich roszczeń. Po trzecie, arbiter podejmuje decyzję bez konieczności przeprowadzenia dochodzenia osobiście oraz po czwarte, musi występować porozumienie stron akceptujące jednostronną decyzję arbitra. W każdym razie nie ma znaczenia terminologia użyta dla określenia osoby podejmującej decyzje w sporze<sup>36</sup>. Osoba orzekająca może być nazwana np. mediatorem, lecz jeśli spełni wyżej wymienione wymagania, będzie uznana za arbitra. Elementy te wyodrębniło w szczególności orzecznictwo angielskie<sup>37</sup>. Wydaje się ono jednak trafne także na gruncie innych ustawodawstw, gdyż oddają one sedno każdego arbitrażu jako metody rozstrzygania sporów. Brak któregokolwiek z tych elementów oznaczałby w rzeczywistości, że dane postępowanie nie mogłoby zostać sklasyfikowane jako arbitraż, lecz jako jakiś inny sposób rozwiązywania sporów, jak np. mediacja.

## IV. Konsekwencje statusu arbitra jako prywatnego sędziego

Tak zarysowana umowa między arbitrem a stronami skutkuje doniosłymi konsekwencjami. Arbiter z jednej strony podlega autonomii woli stron, która determinuje ramy jego misji w danym sporze i uwarunkowania proceduralne. Z drugiej strony, arbiter ma pewne istotne uprawnienia, które gwarantują niezależność jego decyzji i chronią go przed niestosowną ingerencją stron.

### 1. Konsekwencje ujęcia jurysdykcyjnego

Ujęcie jurysdykcyjne funkcji arbitra przyznaje mu przede wszystkim istotne prerogatywy. Prerogatywy te gwarantują mu właściwe wykonanie swojego zadania, a ich szczegółowy zakres zależy od zasad proceduralnych, które mają zastosowanie w danym sporze<sup>38</sup>. W efekcie pewne ograniczenia, które strony zechcą nałożyć na arbitrow w różnych aspektach sporu, nie zawsze będą skuteczne. Przykładowo, strony mogą teoretycznie ograniczyć zakres kompetencji arbitra. Jednakże jeśli spór arbitrażowy stron wskazuje na możliwość naruszenia fundamentalnych zasad porządku publicznego w miejscu arbitrażu, wykluczenie przez strony rozpoznania takiego aspektu sugerujące cel ominięcia porządku publicznego będzie musiało zostać uznane za nieskuteczne. Innymi słowy, ograniczenie mandatu arbitra wolą stron jest niemożliwe z powodu elementów publicznoprawnych jego funkcji. W tym sensie arbiter ma uprawnienia podobne do sędziego, choć uprawnienia te nie są absolutne.

<sup>36</sup> Final Report on the Status of the Arbitrator, s. 44.

<sup>37</sup> Por. orzeczenie w sprawie *Sutcliffe* przeciwko *Thackrah* [1974] AC, 727 HL, cytowane za Final Report on the Status of the Arbitrator, s. 44.

<sup>38</sup> Final Report on the Status of the Arbitrator, s. 29.

Ponadto niektóre klasyczne elementy prawa zobowiązań, zwłaszcza z zakresu wykonania i wygaśnięcia umowy, nie mają zastosowania do funkcji arbitra. W konsekwencji arbiter ma w zasadzie obowiązek wykonać swoje zadanie poprzez wydanie wyroku. Nie może z reguły zakończyć go przedwcześnie bez wyjątkowo ważnego powodu<sup>39</sup>. Arbiter może ustąpić w szczególności, jeśli jest on prawnie lub faktycznie niezdolny do wykonania swojej funkcji lub też jeśli niezdolny jest do zrobienia tego bez nadmiernego opóźnienia<sup>40</sup>. Niemożliwe jest również samowolne usunięcie arbitra przez stronę. Odwołanie arbitra możliwe jest jedynie w ściśle określonych ustawowo przypadkach, związanych przede wszystkim z brakiem bezstronności lub niezależności<sup>41</sup>. Co najwyżej strony mogą usunąć arbitra za obustronnym porozumieniem<sup>42</sup>. W praktyce wydaje się to jednak mało prawdopodobne.

Aspekt orzecznicy funkcji arbitra uzasadnia wreszcie pewne fundamentalne wymagania i obowiązki arbitra w zakresie prowadzenia postępowania arbitrażowego. Arbiter pełni funkcję orzecznicy, której esencją jest wydanie sprawiedliwego wyroku po przeprowadzeniu sprawiedliwego postępowania. Aby spełnić ten cel, arbiter jest więc zobowiązany przede wszystkim zachować niezależność i bezstronność w ciągu całego postępowania oraz zapewnić stronom równe traktowanie i poszanowanie ich praw procesowych<sup>43</sup>.

## 2. Konsekwencje ujęcia umownego

Ujęcie umowne tłumaczy powstanie zobowiązania odszkodowawczego po stronie arbitra za niewłaściwe wywiązanie się z jego obowiązków<sup>44</sup>. Zobowiązanie to jest powszechnie uznane co do zasady. Jest ono jednak ograniczone, by umożliwić arbitrowi wykonanie swojej funkcji orzecznicy. Mianowicie, arbiter musi mieć zapewnioną swobodę decyzji. Byłoby to niemożliwe w przypadku usankcjonowania jego nieograniczonej odpowiedzialności odszkodowawczej. Strony mogłyby sparaliżować swobodę decyzji arbitra, jeśli miałyby możliwość wniesienia skargi przeciwko niemu w każdym

<sup>39</sup> Co ciekawe np. art. 1175 KPC zezwala arbitrom na ustąpienie w każdym czasie, z zastrzeżeniem odpowiedzialności za szkodę, jeśli stałoby się to bez ważnych powodów. W praktyce trudno jednak wyobrazić sobie sytuację, w której arbiter spontanicznie i bez takiego ważnego powodu zrezygnowałby z przypisanej mu funkcji. Rozwiązanie polskiego Kodeksu postępowania cywilnego jest wyjątkowe. Podobnego postanowienia nie ma w ustawie modelowej UNCITRAL, na której wzorowany był polski Kodeks. Podobnie wiele innych ustawodawstw nie przewiduje dowolnego ustąpienia arbitra. Por. np. art. 14 (1) ustawy modelowej UNCITRAL, art. 1689 belg. KPC, czy art. 23 ang. ustawy arbitrażowej z 1996 r.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Por. np. art. 1174 § 2 KPC. Ale też w niektórych ustawodawstwach można usunąć arbitra, jeśli z jakiegos powodu nie jest on w stanie wykonać swojej misji. W praktyce żądanie wyłączenia arbitra jest rzadko skuteczne. Por. A. Kąkolecki, Kwalifikacje i wyłączanie sędziów sądu polubownego (arbitrów), R. Pr. 2006, Nr 4, s. 94, odnosząc się do praktyki ICC.

<sup>42</sup> Por. np. art. 14 (1) ustawy modelowej UNCITRAL, art. 23 (3) (a) ang. ustawy arbitrażowej z 1996 r., art. 1687 belg. KPC.

<sup>43</sup> Por. np. J. Carter, The rights and duties of the arbitrator: six aspects of the rule of reasonableness, [w:] The status of the arbitrator – special supplement, ICC Bulletin 1995, s. 24 i n.; E. Schwartz, The rights and duties of ICC arbitrators, [w:] The status of the arbitrator – special supplement, ICC Bulletin 1995, s. 67 i n.

<sup>44</sup> Por. np. M. Wach, *op. cit.*, s. 127 i n.



przypadku. Z tego powodu wszystkie systemy prawne ograniczają odpowiedzialność arbitra tylko do wyjątkowych sytuacji, poprzez konstrukcję umownego ograniczenia odpowiedzialności lub wprowadzenia immunitetu arbitra<sup>45</sup>. Sytuacje te mogą być różnorodnie zdefiniowane przez ustawodawstwo, ale wszystkie sprowadzają się do uznania odpowiedzialności jedynie w przypadkach umyślnego działania o szczególnie poważnych konsekwencjach<sup>46</sup>.

W tym kontekście należy wspomnieć o inicjatywach instytucji arbitrażowych do umownego ograniczenia odpowiedzialności arbitra. Niektóre instytucje wprowadzają mianowicie postanowienie wykluczające w ogóle odpowiedzialność odszkodowawczą arbitra<sup>47</sup>. W niektórych systemach prawnych klauzule takie będą bezskuteczne. W praktyce nie ma to jednak większego znaczenia z uwagi na wyżej wspomniane ustawowe ograniczenie odpowiedzialności arbitra.

Kolejną konsekwencją przyjęcia czysto umownej koncepcji funkcji arbitra może być zastosowanie reżimu prawnego, który na pierwszy rzut oka nie ma w arbitrażu racji bytu. Jak wspomniano wyżej, przyjęcie czysto umownej koncepcji statusu arbitra w orzeczeniu apelacji *Jivraj* przeciwko *Hashwani* z 2010 r. jako umowy o pracę uzasadniło zastosowanie w arbitrażu pakietu ustaw antydyskryminacyjnych. Było to niespodziewane z uwagi na powszechnie akceptowaną autonomię woli stron w arbitrażu.

Ustawy te zagroziły bytowi klauzul arbitrażowych nie tylko z powodu przekonañ religijnych, które w praktyce stosunkowo rzadko włącza się w zapis na sąd polubowny<sup>48</sup>. Przede wszystkim powstało ryzyko unieważnienia klauzul arbitrażowych, które wymagały, aby arbiter był określonej narodowości, lub wręcz przeciwnie – zakazywały powoływania arbitra z określonych krajów. Wiele klauzul arbitrażowych, np. ICC czy LCIA, które wymagają, by przewodniczący panelu arbitrażowego był innej narodowości niż strony, można by unieważnić. Należy więc przybliżyć nieco tę problematykę.

Spór *Jivraj* przeciwko *Hashwani* dotyczył, jak wspomniano wyżej, ustaw antydyskryminacyjnych, przyjętych w Wielkiej Brytanii w ramach implementacji dyrektywy Rady UE 2000/78/WE z 27.11.2000 r. ustanawiającej warunki równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy<sup>49</sup>. Celem tej dyrektywy jest wyznaczenie w państwach członkowskich ogólnych ram dla walki z dyskryminacją, m.in. ze względu na religię lub przekonania<sup>50</sup>. Co ciekawe, brytyjskie ustawodawstwo wychodzi poza obowiązkowy zakres dyrektywy, przewidując także zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość. Przede wszystkim to właśnie rozszerzenie ochrony przeciwko dyskryminacji wynikającej z ustawy w związku z *ratio decidendi* *Jivraj* przeciwko *Hashwani* z 2010 r. mogło spowodować daleko idące

<sup>45</sup> To ostatnie np. w Anglii czy USA, por. Final Report on the Status of the Arbitrator, s. 43 i n.

<sup>46</sup> Por. np. *J.-F. Poudret, S. Besson, op. cit.*, s. 446.

<sup>47</sup> Por. np. art. 31 LCIA Rules, art. 34 ICC Rules.

<sup>48</sup> Jedynie członkowie wspólnoty takich jak żydowska (przez *Beth Din*) czy właśnie Ismaili (przez *Aga Khan Conciliation and Arbitration Boards*) preferują rozstrzygać swoje spory w ramach swojej wspólnoty.

<sup>49</sup> Dz.Urz. WE L Nr 303 z 2.12.2000 r., s. 16. Pakiet ustaw antydyskryminacyjnych w Anglii został ujednolicony w *Equality Act* z 2010 r.

<sup>50</sup> Por. art. 1 dyrektywy Rady 2000/78/WE.

konsekwencje głównie dla brytyjskiego arbitrażu<sup>51</sup>. Warto jednak zastanowić się także nad potencjalnymi konsekwencjami takiego rozumowania w innych krajach Unii Europejskiej. Nie da się wykluczyć, że w konkretnym przypadku sąd innego państwa członkowskiego mógłby pójść ścieżką apelacji *Jivraj* przeciwko *Hashwani*. Zależec to będzie oczywiście od szczegółowego prawodawstwa w danym kraju oraz od konkretnych okoliczności w sprawie. Jeśli jednak przyjąć rozwiązanie sądu apelacyjnego z 2010 r., miejsce arbitrażu w systemie rozstrzygania sporów w dotkniętych państwach musiałoby zostać całkiem przewartościowane. Ograniczyłyby ono fundamentalnie autonomię stron, a przez to arbitraż straciłby część swojej atrakcyjności. Aby uniknąć takich konsekwencji i zapobiec w przyszłości możliwym skutkom apelacji *Jivraj* przeciwko *Hishwani* z 2010 r., np. całkiem niedawno w Hiszpanii zasugerowano już zmianę ustawy arbitrażowej<sup>52</sup>.

Wielka Brytania wydaje się być jednym z niewielu państw członkowskich, które dobrowolnie rozszerzyło zakres zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu na narodowość<sup>53</sup>. Co ciekawe, również w Polsce przewiduje się zakaz nierównego traktowania w zatrudnieniu ze względu na narodowość<sup>54</sup>. Należy podkreślić przy tym ponownie, że system przeciwdziałania dyskryminacji UE w zatrudnieniu wyraźnie wyłącza kryterium narodowości<sup>55</sup>. System ten zakazuje nierównego traktowania osób ze względu na pochodzenie rasowe, lecz pochodzenie rasowe nieobejmujące narodowości, w przeciwieństwie do Wielkiej Brytanii, która wprost ujmuje narodowość w definicję rasy w rozumieniu przepisów antydyskryminacyjnych<sup>56</sup>. W Polsce kryterium narodowości wyodrębnione jest wyraźnie i oddzielnie

<sup>51</sup> Doktryna zdawała się być niemal jednogłośnie wstrząśnięta potencjalnym efektem *Jivraj* przeciwko *Hashwani* z czerwca 2010 r. Por. np. *P.B. Klaas, N. Burkill*, Religious requirement for arbitrators to be decided by *Jivraj* appeal, *Dispute Resolution Journal* 2011, Nr 66, s. 31; *J. Paulsson, N. Rawding* i in. (ed.), *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*, Third Kluwer Law International 2010, s. 9; *R. Lambert, A. Panayides, A. Sheppard*, *Jivraj v. Hashwani: discriminatory arbitration agreements?*, *International Arbitration Law Review* 2010, t. 13, Nr 4, s. 29; *L. Rabinowitz QC*, *Arbitration and Equality: Jivraj v. Hashwani*, *Business Law International* 2011, t. 12, s. 123; por. też różnorodne wpisy na ten temat na blogu KluwerArbitration, począwszy od września 2010 r. do chwili obecnej: [www.kluwerarbitrationblog.com](http://www.kluwerarbitrationblog.com); *I. Yang, Nurdin* *Jivraj v. Sadruddin Hashwani: The English Court of Appeal Erects a Regulatory Barrier to Appointment of Arbitrators in the Name of Anti-Discrimination*, *Journal of International Arbitration* 2011, t. 28, Nr 3, s. 243. Wyjątkiem wydawał się *S. Zaiwalla*, który notabene był przedstawicielem *S. Hashwani* i wypracował cały zarzut dyskryminującego charakteru spornej klauzuli arbitrażowej. Por. *S. Zaiwalla*, *Are Arbitrators Not Human? Are They from Mars? Why Should Arbitrators be a Separate Species?*, *Journal of International Arbitration* 2011, t. 28, Nr 3, s. 280.

<sup>52</sup> Proponowana zmiana z grudnia 2010 r. odwołuje się wprost do orzeczenia *Jivraj* przeciwko *Hashwani* i stanowi: „W braku przeciwnej umowy stron narodowość osoby fizycznej nie stanowi przeszkody do orzekania jako arbiter” (hiszp. „*Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro*”). Por. *Enmiendas al Proyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado*, [w:] *E. Verderay Tuells, J.C. Fernández Rozas* (ed.), *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, *IproLex* 2011, t. 4, Nr 2, s. 499.

<sup>53</sup> Por. *L. Rabinowitz QC*, *Arbitration and Equality: Jivraj v. Hashwani*, *Business Law International* 2011, t. 12, s. 126.

<sup>54</sup> Art. 8 (1) ustawy z 3.12.2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, Dz.U. Nr 254, poz. 1700.

<sup>55</sup> Por. też dyrektywa Rady 2000/43/WE z 29.6.2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, Dz.Urz. UE L Nr 180 z 19.7.2000 r., s. 22–26.

<sup>56</sup> Art. 9 *Equality Act* z 2010 r.

od kryterium rasy<sup>57</sup>. Może tu zatem pojawić się niebezpieczeństwo zaistnienia podobnego stanu prawnego jak w Wielkiej Brytanii po orzeczeniu sądu apelacyjnego z 2010 r. W pozostałych państwach członkowskich efekt tego orzeczenia ograniczony byłby natomiast jedynie do kwestii wyznania, skoro narodowość nie jest w tych państwach objęta zakresem ustaw antydyskryminacyjnych. Ograniczony efekt powyższego orzeczenia wynikałby tutaj z ograniczenia samego prawodawstwa antydyskryminacyjnego.

Jednak również bardziej ogólne powody sugerują zawężone efekty orzeczenia apelacji *Jivraj* przeciwko *Hashwani* z 2010 r. Przede wszystkim orzeczenie to zostało w 2011 r. uchylone przez brytyjski sąd najwyższy, co rozstrzygnęło ostatecznie kwestię ważności klauzuli arbitrażowej w tym sporze. Ponadto w istocie bez znaczenia jest, czy prawodawstwo państw członkowskich przewiduje zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu na tle narodowości, czy też z innego powodu. Znaczenie ma jedynie definicja zatrudnienia i odpowiednio pracownika, gdyż to ona przesądza o ewentualnym zastosowaniu europejskiego ustawodawstwa antydyskryminacyjnego do zapisu na sąd polubowny. Jeśli przyjąć, że arbiter jest zatrudniony przez strony, zastosowanie znajdą ustawy antydyskryminacyjne. Wobec braku odrębnej i wyraźnej definicji pojęć zatrudnienia czy pracownika – powinny one być skonstruowane w świetle celów Wspólnoty oraz w oderwaniu od rozumienia krajowego tych pojęć<sup>58</sup>.

Obecnie definicje te nie wydają się wzbudzać większych wątpliwości. Nie miał ich także brytyjski Sąd Najwyższy. Pracownikiem jest mianowicie osoba, która wykonuje jakąś pracę na rzecz kogoś oraz pod jego kierunkiem w zamian za wynagrodzenie<sup>59</sup>. Przeciwnictwem tego są niezależni dostawcy usług, którzy dostarczają je samodzielnie i niezależnie, bez ukierunkowania od odbiorcy usług właściwemu stosunkowi zatrudnienia.

Sąd apelacyjny w *Jivraj* przeciwko *Hashwani* w 2010 r. zastosował natomiast jedynie fragment tych definicji do oceny relacji arbitra ze stronami: test wykonywania usług na rzecz ich odbiorcy. Oczywiście arbiter wykonuje pewne usługi na rzecz stron. Nie jest to jednak, jak ostatecznie słusznie orzekł Sąd Najwyższy, wystarczającym testem oceny, czy w danej sytuacji występuje stosunek zatrudnienia arbitra przez strony<sup>60</sup>.

Podstawą relacji arbitra ze stronami jest jego *quasi*-sądowa niezależność i bezstronność. Jest to wyraźnie podkreślone przez ustawy arbitrażowe, które tworzą obowiązek arbitra działania niezależnie i bezstronnie. Nie może zatem być mowy o jego podległości instrukcjom stron, nawet jeśli wykonuje on usługi na ich rzecz. Arbiter nie może być więc uznany za osobę zatrudnioną w świetle europejskich dyrektyw dotyczących równouprawnienia w zatrudnieniu. Przepisy te nie powinny mieć zatem zastosowania do relacji arbitra ze stronami, a więc również nie powinny powstać obawy dotyczące negatywnego wpływu tego ustawodawstwa na arbitraż.

<sup>57</sup> Por. art. 1 ustawy z 3.12.2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, Dz.U. Nr 254, poz. 1700.

<sup>58</sup> Por. np. wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 19.11.2002 r. w sprawie *Kurz* przeciwko *Land Baden-Wuerttemberg*, C-188/00, Zb. Orz. 2002, s. I-10691.

<sup>59</sup> Por. zwłaszcza wyr. z 3.7.1986 r. w sprawie *Lawrie-Blum* przeciwko *Land Baden-Wuerttemberg*, C-66/85, Zb. Orz. 1987, s. I-02121; wyr. z 13.1.2004 r. w sprawie *Allonby* przeciwko *Accrington and Rossendale College*, C-256/01, Zb. Orz. 2004, ICR 1328.

<sup>60</sup> Wyr. SN z 27.7.2011 r. w sprawie *Jivraj* przeciwko *Hashwani* [2011] UKSC 40, s. 36-37.

Ponadto, w celu uniknięcia wszelkich wątpliwości, szczegółowe przepisy krajowe mogą wyraźnie wyłączyć stosowanie wobec arbitrów zasad wynikających z dyrektyw antydyskryminacyjnych. Przykładu dostarcza proponowana zmiana hiszpańskiej ustawy arbitrażowej wspomniana wyżej, która stanowi, że „w braku przeciwnej umowy stron, narodowość osoby fizycznej nie stanowi przeszkody do orzekania jako arbiter”. To rozwiązanie w istocie odpowiada przepisowi ustawy modelowej UNCITRAL, który mówi o tym, że „żadna osoba nie może być wykluczona z pełnienia funkcji arbitra z powodów jej narodowości, chyba że umowa stron przewiduje inaczej”<sup>61</sup>. Ustawa ta zatem wyraźnie wskazuje, że prewencja dyskryminacji z powodu narodowości ustępuje woli stron<sup>62</sup>. W świetle ustawy modelowej strony mogą zatem swobodnie określać i ograniczać narodowość arbitrów w swoim sporze. Ustawodawstwo to tym samym zabezpiecza strony przed zastosowaniem wniosku o apelację *Jivraj* przeciwko *Hashwani* z 2010 r.

Nie jest pewne, czy przepisy dotyczące arbitrażu w polskim Kodeksie postępowania cywilnego zapewniają podobną ochronę. Mimo że przepisy te są także oparte na ustawie modelowej UNCITRAL, to w zakresie zdolności do pełnienia funkcji arbitra przewidują rozwiązanie nieco odmienne od tego w ustawie modelowej. Polski ustawodawca usunął z odnośnego przepisu fragment o umowie stron. Polski Kodeks stanowi mianowicie w art. 1170 § 1, że arbitrem może być każda „osoba fizyczna bez względu na obywatelstwo, mająca pełną zdolność do czynności prawnych”<sup>63</sup>, natomiast ustawa modelowa zastrzega: „chyba że umowa stron przewiduje inaczej”. Co prawda przyjmuje się, że art. 1170 KPC zasadniczo określa jedynie minimalne warunki pełnienia funkcji arbitra, a zatem że strony mogą określić dodatkowe warunki, które powinien spełniać arbiter<sup>64</sup>. Jednakże celowe usunięcie z art. 1170 § 1 sformułowania „chyba, że umowa stron przewiduje inaczej” budzi wątpliwości. Nie jest jasne, czy tak ujęty zakres autonomii woli stron dopuszcza także oznaczenie, a w szczególności wykluczenie z pełnienia funkcji arbitra w danym sporze osoby o konkretnej narodowości.

Polskie przepisy antydyskryminacyjne, jak wspomniano wyżej, wyraźnie ujmują narodowość jako przesłankę zakazu dyskryminacji. Nie chronią zatem również jednoznacznie przed zastosowaniem rozumowania sądu apelacyjnego w sprawie *Jivraj* przeciwko *Hashwani* z 2010 r. w Polsce. Należy mieć nadzieję, że gdyby podobny stan faktyczny jak w powyższej sprawie zaistniał w Polsce, polskie sądy podążą jednak za rozumowaniem brytyjskiego Sądu Najwyższego z 2011 r. i opowiedzą się za rozwiązaniem korzystnym dla arbitrażu.

<sup>61</sup> Por. art. 11 ust. 1. ustawy modelowej UNCITRAL (tłumaczenie autora); por. wersja ang.: „No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties”.

<sup>62</sup> Por. *H.M. Holtzmann*, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary*, Haga 1988, s. 359.

<sup>63</sup> Art. 1170 § 1 KPC; por. też *T. Ereciński*, *K. Weitz*, *op. cit.*, s. 166–169. Należy przy tym przyjąć, że polski ustawodawca miał tu na myśli niekoniecznie jedynie obywatelstwo, lecz także narodowość osoby fizycznej. Interpretacja ta jest zgodna z angielskim tekstem ustawy modelowej UNCITRAL. Por. także *H.M. Holtzmann*, *op. cit.*, s. 359.

<sup>64</sup> Por. np. *Ł. Błaszczak*, *M. Ludwik*, *op. cit.*, s. 243.

## V. Podsumowanie

Status arbitra nie jest skodyfikowany i brak jest jego precyzyjnej definicji. Charakterystycznie dla arbitrażu określa się go pragmatycznie, biorąc pod uwagę wszystkie kluczowe aspekty pozycji arbitra. Na funkcję arbitra składa się zatem zarówno jego relacja ze stronami w konkretnej sprawie, jak i jego niezależność wyrokowania. Szeroka dyskusja związana z orzeczeniem *Jivraj* przeciwko *Hashwani* w 2010 r. zasygnalizowała być może potrzebę większej precyzji i uwagi w określeniu zasad rządzących funkcją arbitra. Należy podkreślić jednak, że orzeczenie angielskiego sądu najwyższego potwierdziło jednoznacznie elementy pozycji arbitra utrwalone od lat w praktyce arbitrażu. Sankcjonują one szczególnie miejsce arbitrów w systemie rozstrzygania sporów. Należy mieć nadzieję, że w przyszłości pozycja ta pozostanie nienaruszona, mimo że interpretacja niektórych przepisów prawa, takich jak ustawy dotyczące zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu, może przyczynić się do kontrowersyjnych decyzji sądów. W szczególności należy mieć nadzieję, że przyszłe orzecznictwo powstrzyma się przed uznaniem arbitra za pracownika stron.

### **ABSTRACT**

*The role of arbitrator is central for international arbitration proceedings. Recent developments in international case-law have proved that the precise definition of this role encounters difficulties. This article discusses the cases of Jivraj v. Hashwani decided by British courts between 2009 and 2011, which incited new debates of the arbitrator's status in arbitration. The article analyses the sources of the arbitrator's status and its nature. Finally, the article evaluates the consequences the aspects of the arbitrator's status have on arbitral practice.*