

Zjawisko tzw. prania brudnych pieniędzy w międzynarodowym arbitrażu

I. Wprowadzenie

Czyn tzw. prania brudnych pieniędzy, obok przekupstwa i oszustwa, stanowi przestępstwo karne ścigane na podstawie przepisów krajowych i ponadnarodowych. Zawieranie międzynarodowych transakcji handlowych zwiększa ryzyko wystąpienia tego typu przestępstw. Arbitraż międzynarodowy, który charakteryzuje się dużą elastycznością postępowania, sprawia, że ta metoda rozwiązywania sporów jest niezwykle atrakcyjnym sposobem na „wypranie pieniędzy”. Strona takiego postępowania na skutek wyroku arbitrażowego zasądzonego świadczenie zdobywa środki, które mają legalne pochodzenie, a w dodatku mogą być zwolnione z opodatkowania.

Według szacunków Międzynarodowego Funduszu Walutowego rocznie dochodzi do wyprania pieniędzy w kwocie 2–5% światowego produktu krajowego brutto, co stanowi od 600 miliardów do 1,5 bilionów USD¹. Dla porównania produkt krajowy brutto Polski w 2010 r. wyniósł ok. 468 milionów USD². Skala zjawiska oraz jego negatywne konsekwencje dla gospodarki, bezpieczeństwa systemu finansowego państwa, a także wpływu na stosunki gospodarcze i polityczne pomiędzy państwami uzasadnia analizę problemu. Ponadto istnieje niewątpliwa potrzeba rozpowszechnienia wiedzy na ten temat wśród prawników i przedsiębiorców. Prawnicy powinni być świadomi problemu prania pieniędzy i powinni dzielić się wiedzą na ten temat ze swoimi klientami, którzy mogą zostać nieświadomie zaangażowani w ten proceder. Obowiązkiem prawników jest bowiem nie tylko znajomość oraz umiejętność stosowania prawa, lecz także współpraca ze służbami zajmującymi się omawianą problematyką³.

Niniejszy artykuł stanowi próbę umiejscowienia arbitrażu w szerokiej problematyce prania brudnych pieniędzy, z uwzględnieniem przepisów prawa polskiego. Według najlepszej wiedzy autora jak do tej pory w polskiej literaturze tematyka przedstawiona w tym artykule nie była poruszana. Zdając sobie sprawę z kompleksowej problematyki zagadnienia oraz ograniczeń objętościowych pracy, autor pragnie jedynie zarysować problem.

¹ Por. www.imf.org, stan na: 12.3.2012 r.

² Zob. <http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/GDP.pdf>, stan na: 12.3.2012 r.

³ A. Jenkins, Money laundering, corruption and fraud: The approach of an international law firm, [w:] K. Karsten, A. Berkeley (ed.), Arbitration. Money Laundering, Corruption and Fraud. Dossiers – ICC Institute of World Business Law, Paryż 2003, s. 34.

II. Pranie brudnych pieniędzy – zagadnienia węzłowe

Pranie brudnych pieniędzy oznacza proces, w którym przestępcy próbują ukryć prawdziwe pochodzenie nielegalnych dochodów wynikających z ich przestępczej działalności⁴. W konsekwencji wiąże się to z uniknięciem odpowiedzialności karnej (w tym konfiskaty mienia pochodzącego z przestępstwa)⁵. Procedura ta zmierza do legalizacji działalności przestępczej i wynikających z niej korzyści⁶. Pranie brudnych pieniędzy jest najczęściej trzyetapowym działaniem⁷, w skład którego wchodzi: etap 1 – lokowanie (*soaking*, *smurfing*⁸ lub *placing*), który polega na wprowadzaniu do systemu finansowego nielegalnie uzyskanych środków. Stosunkowo często polega to na wywiezieniu gotówki z kraju, a następnie wpłaceniu jej do banku mieszczącego w innym kraju⁹; etap 2 – maskowanie (*washing* lub *layering*), który polega na ukryciu przestępczego pochodzenia środków, np. przez wielokrotne transfery pomiędzy różnymi kontami bankowymi. Należy podkreślić, że celowo dokonuje się skomplikowanych transakcji (np. przelewy zagraniczne), żeby jak najbardziej ukryć i w pewnym sensie „rozmyć” nielegalne źródło pochodzenia środków; etap 3 – integracja (*drying* lub *integrating*), której celem jest ponowne użycie wypranych pieniędzy, już przy pomocy legalnych transakcji, np. fikcyjna sprzedaż po zawyżonej cenie.

Powstaje pytanie, w jaki sposób arbitraż może być wykorzystany do wyprania pieniędzy. Pierwszym przykładem jest sytuacja, w której strony A i B (kontrolowane przez ten sam podmiot) symulują spór przed sądem polubownym. Mówiąc inaczej, spółka A zawiera fikcyjny kontrakt ze spółką B dotyczący np. sprzedaży towarów. W kontrakcie znajduje się zapis na sąd polubowny. Kontrakt nie zostaje wykonany, wszczynane jest postępowanie przed sądem polubownym, w którym spółka A pozywa spółkę B o zapłatę odpowiedniej kwoty. Spółka B celowo przegrywa postępowanie, w konsekwencji sąd polubowny zasądza od spółki B na rzecz spółki A odszkodowanie za niewykonanie kontraktu. Spółka B wypłaca odszkodowanie (środki, które pochodzą z przestępstwa). W ten sposób dochodzi do bardzo prostego wyprania pieniędzy. Tego typu postępowanie jest szczególnie atrakcyjne

⁴ Istnieje wiele definicji prania brudnych pieniędzy w różnych państwach, jak i w prawodawstwie międzynarodowym. Zob. też K. Karsten, Money Laundering: How it works and why you should be concerned, [w:] K. Karsten, A. Berkeley (ed.), *op. cit.*, s. 16.

⁵ A. de Lotbinière McDougall, International Arbitration and Money Laundering, *American University International Law Review* 2005, Nr 5, s. 1022; T. Minaeva, The place of arbitrators in combating money laundering, *Stockholm International Arbitration Review* 2006, Nr 1; M.S. Palay, R.E. Ugarte, Money Laundering as a Defence in International Commercial Arbitration: a Practitioner's Perspective, *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration* 2007. A Practical insight to cross-border International Arbitration Work, Chapter 5.

⁶ Tak według Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, zob. http://www.abw.gov.pl/palm/pl/42/54/Pranie_brudnych_pieniedzy.html, stan na: 2.3.2012 r.

⁷ K. Karsten, *op. cit.*, s. 16–17.

⁸ Polega na tym, że kwota pochodząca z przestępstwa wpłacana jest w drobnych kwotach przez wielu poddawionych ludzi. Wpłacane kwoty są na tyle małe, że nie budzą podejrzeń oraz nie rodzą pytań o ich źródło pochodzenia, por. <http://www.abw.gov.pl/palm/pl/wolnytekst/69/>, stan na: 12.3.2012 r.

⁹ Jedną z metod wykorzystywanych na tym etapie jest tzw. mieszanie środków przez „doczepianie” pieniędzy pochodzących z przestępstwa pod legalnie działający interes, w którym trudno oszacować faktyczne dochody, np. restauracje, bary. Inną metodą w tym zakresie jest wystawianie „pustych”, fikcyjnych faktur. Por. <http://www.abw.gov.pl/palm/pl/wolnytekst/69/>, stan na: 12.3.2012 r.

w przypadku transakcji międzynarodowych, ze względu na ułatwione uznawanie i wykonywanie orzeczeń arbitrażowych¹⁰. W ten sposób strony mogą również wytransferować środki pochodzące z przestępstwa do kraju trzeciego, w którym mogą być „bezpiecznie” wykorzystane. Jak się jednak wydaje, ta procedura nie jest zbyt często wykorzystywana¹¹. Znacznie prościej jest bowiem zwrócić się do sądu polubownego (w sytuacji sporu wyżej opisanego) o zatwierdzenie ugody zawartej przez strony¹². Mówiąc inaczej, strony po wszczęciu postępowania przed sądem polubownym zawierają ugodę i zwracają się z prośbą do składu orzekającego o nadanie tej ugodzie charakteru wyroku.

Innym przykładem prania pieniędzy przy pomocy arbitrażu jest sytuacja, w której tylko jedna strona wie o procederze (osoba, która chce „wyprać” pieniądze). Załóżmy, że spółka X chce wyprać pieniądze pochodzące z przestępstwa, w związku z czym nabywa w innym kraju dobra po zawyżonej cenie¹³ (oferuje sprzedawcy z innego kraju kwoty wyższe niż na rynku). Sprzedawca (strona nieświadoma tego, że nabywca chce wyprać pieniądze) jest tak usatysfakcjonowany transakcją, że bez większych przeszkód sprzedaje swoje towary po zawyżonej cenie. Nabywca (spółka X) w pewnym sensie traci (ekonomicznie), ponieważ kupuje towar za cenę znacznie wyższą niż rynkowa. Z drugiej jednak strony uzyskuje towar, który następnie może odsprzedać i uzyskać legalne dochody, a tym samym – wyprać pieniądze.

Kolejnym przykładem prania pieniędzy jest tworzenie tzw. *joint ventures*, w których udziały mają zarówno podmioty chcące wyprać pieniądze, jak i podmioty trzecie. Dochodzi tutaj do skomplikowanych transferów aktywów w ramach *joint venture*. Im sytuacja jest bardziej skomplikowana, tym lepiej. Każda z umów zawiera klauzule arbitrażowe.

Z pewnością sytuacji, w których dochodzi do wyprania brudnych pieniędzy, jest znacznie więcej. Największą trudnością w wykrywaniu tego typu działalności jest to, że jest ona zaprojektowana przez przestępców, jako podejmowanie czynności, które mają jak najbardziej przypominać normalne, legalne działania¹⁴. Trudność polega na ich wykryciu. Już w tym miejscu należy zadać pytanie, czy arbitrzy są powołani do tego, aby z własnej inicjatywy podejmować działania zmierzające do wykrycia procederu prania pieniędzy. Sąd polubowny ma rozstrzygać spory prywatne wynikające z umowy, a nie pełnić funkcje śledcze. Zagadnienie budzi kontrowersje.

Jak się wydaje, arbitrzy powinni podejmować odpowiednie działania celem wykrycia przestępstw, aby nie narazić się na posądzenie o współudział (mogą być oni uznani za „biernych” pomocników). Ponadto jako prawnicy (co do zasady) podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej. Z drugiej jednak strony pojawia się poważny kontrargument związany z poufnością charakterem arbitrażu. Czy arbiter może poinformować organ instytucji finansowej o podejrzaniach dotyczących prania pieniędzy, mimo że strony wyraźnie zobowiązały skład orzekający do zachowania poufności postępowania (to samo

¹⁰ Por. Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych wyroków arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku 10.6.1958 r. Polska związana jest Konwencją od 1.1.1962 r. (Dz.U. z 1962 r. Nr 9, poz. 41 ze zm.).

¹¹ A. McDougall, *op. cit.*, s. 10.

¹² T. Minaeva, *op. cit.*, s. 41.

¹³ Tzw. *transferpricing*, por. <http://www.abw.gov.pl/palm/pl/wolnytekst/69/>, stan na: 12.3.2012 r.

¹⁴ A. Jenkins, *op. cit.*, s. 31.

może wynikać z regulaminu instytucji arbitrażowej, na podstawie którego proceduje sąd polubowny)? Zanim podejmie się próbę odpowiedzi na te pytania, należy zarysować problematykę prawodawstwa dotyczącego prania brudnych pieniędzy.

III. Regulacje dotyczące prania brudnych pieniędzy

1. Prawodawstwo międzynarodowe

Jak już wspomniano, pranie brudnych pieniędzy ma charakter ponadnarodowy i jest dużym wyzwaniem dla całej społeczności międzynarodowej¹⁵. Tylko skoordynowane działania na szczeblu ponadpaństwowym mogą okazać się skuteczne, a kluczowym elementem w tej walce jest wymiana informacji pomiędzy państwami. Problem został dostrzeżony, czego efektem jest dobrze rozwinięte prawodawstwo międzynarodowe.

Pierwszym aktem prawnym, w którym podjęto tematykę prania brudnych pieniędzy, jest Konwencja Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, sporządzona w Wiedniu 20.12.1988 r. (dalej jako: Konwencja ONZ). Polska ratyfikowała ją w 1994 r.¹⁶. Konwencja ONZ została ratyfikowana przez ponad 170 państw. Kluczowym przepisem konwencji ONZ jest art. 3 ust. 1, zgodnie z którym: „każda Strona podejmie środki, jakie okażą się niezbędne, w celu ustalenia za przestępcze, w myśl jej prawa krajowego [...] czynności, jeśli zostały one dokonane umyślnie: [...] (b) (i) zamiana lub przekazanie mienia, wiedząc, że mienie to pochodzi z przestępstwa lub przestępstw [...] lub ze współdziałania w takim przestępstwie lub przestępstwach, w celu ukrycia lub zamaskowania nielegalnego pochodzenia tego mienia lub też w celu udzielenia pomocy jakiegokolwiek osobie, która współdziałała w popełnieniu takiego przestępstwa po to, aby osoba ta uniknęła skutków prawnych swego postępowania; (ii) ukrywanie lub maskowanie rzeczywistej istoty, źródła, umiejscowienia, sposobu rozporządzania, przemieszczania, praw lub tytułu własności do mienia, wiedząc, że pochodzi ono z przestępstwa lub przestępstw, [...]; (c) z zastrzeżeniem postanowień swej konstytucji i podstawowych zasad swego systemu prawnego: (i) nabywanie, posiadanie lub użytkowanie mienia, o którym wiadomo w chwili jego otrzymania, że pochodzi z przestępstwa lub przestępstw [...]”.

Podobne wymogi jak te przewidziane w art. 3 Konwencji ONZ nakłada inna Konwencja – Konwencja ONZ w sprawie międzynarodowej przestępczości zorganizowanej¹⁷, przyjęta w 2000 r. Konwencja weszła w życie w 2003 r., Polska jest jej stroną¹⁸.

¹⁵ Por. pkt 5 preambuły dyrektywy 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.10.2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu (Dz.Urz. L Nr 309 z 25.11.2005 r., s. 15).

¹⁶ Dz.U. z 1995 r. Nr 15, poz. 69. Tekst w języku polskim dostępny na stronie: http://www.departamenty.gif.gov.pl/img/DepartamentNadzoru/KonwencjeEuropejskie/Konwencja_NZ_zwalczanie_nielegalnego_obrotu.pdf, stan na: 12.3.2012 r.

¹⁷ Tekst w języku angielskim dostępny na stronie: http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents_2/convention_eng.pdf, stan na: 12.3.2012 r.

¹⁸ Dz.U. z 2005 r. Nr 18, poz. 158.

Dodatkowo warto wspomnieć Konwencję o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych z 1997 r.¹⁹. Zgodnie z art. 7 Konwencji każda ze stron, która uznała przekupstwo własnego funkcjonariusza publicznego za przestępstwo źródłowe (por. w dalszej części pracy) dla celów legislacji dotyczącej zwalczania przestępstwa prania brudnych pieniędzy, uczyni to samo w odniesieniu do przekupstwa zagranicznego urzędnika państwowego, niezależnie od miejsca, w którym przekupstwo miało miejsce²⁰.

Również Międzynarodowa Konwencja o Zwalczaniu Finansowania Terroryzmu przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych z 9.12.1999 r.²¹ reguluje problematykę prania brudnych pieniędzy (w związku z działalnością terrorystyczną).

2. Regulacje regionalne na przykładzie prawodawstwa UE

Z punktu widzenia Polski istotne jest omówienie regulacji dotyczących prania brudnych pieniędzy w Unii Europejskiej, choć dla poprawności wyводу należy podkreślić, że nie tylko w ramach UE (traktowanej jako forum regionalne) podjęto działania legislacyjne zmierzające do uregulowania kwestii prania brudnych pieniędzy²².

W 1991 r. została wydana dyrektywa Rady w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy²³, nazywana pierwszą dyrektywą. Zgodnie z art. 2 tej dyrektywy państwa członkowskie zapewnią, aby pranie pieniędzy zdefiniowane w niniejszej dyrektywie było zabronione. W art. 3 dyrektywy wprowadzono natomiast obowiązek sprawdzania tożsamości klientów (obowiązek nałożony na instytucje kredytowe i finansowe). Warto dodać, że dyrektywa wprowadziła również pewien system bezpieczeństwa przed niekontrolowanym wyjawianiem danych podmiotów prywatnych w związku z prowadzonym dochodzeniem dotyczącym prania brudnych pieniędzy²⁴.

Zakres zastosowania „pierwszej dyrektywy” został co do zasady zawężony do przedmiotu regulacji Konwencji ONZ²⁵. Jednak „pierwsza dyrektywa” została zmieniona w 2001 r. przez kolejną dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady – tzw. drugą

¹⁹ Dz.U. z 2001 r. Nr 23, poz. 264; tekst w języku angielskim dostępny na stronie: <http://www.oecd.org/dataoecd/4/18/38028044.pdf>, stan na: 12.3.2012 r.; tekst w języku polskim zob.: <http://www.msp.gov.pl/download.php?s=1&id=1028>.

²⁰ Por. G. Sacerdoti, The 1997 OECD Convention against transnational bribery: Effective monitoring and implementation, [w:] K. Karsten, A. Berkeley (ed.), *op. cit.*, s. 55–56.

²¹ Dz.U. z 2004 r. Nr 263, poz. 2620; tekst Konwencji po polsku dostępny na stronie: <http://www.lex.pl/du-akt/-akt/dz-u-04-263-2620>, stan na: 12.3.2012 r.; tekst Konwencji w języku angielskim dostępny na stronie: <http://www.un.org/law/cod/finterr.htm>, stan na: 12.3.2012 r.

²² Por. np. działalność Organization of American States, Inter-American Drug Abuse Control Commission, Model Regulations Concerning Laundering Offences Connected to Illicit Drug Trafficking and Other Serious Offences.

²³ Dyrektywa Rady 91/308/EWG z 10.6.1991 r. w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy (Dz.Ur. UE L Nr 166 z 28.6.1991 r., s. 77); dostępna na stronie: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:09:01:31991L0308:PL:PDF>, stan na: 12.3.2012 r.

²⁴ Por. art. 8 i 9 dyrektywy.

²⁵ Kraje członkowskie mogły rozszerzyć przedmiot regulacji. Por. A. McDougall, *op. cit.*, s. 1033.

dyrektywę²⁶. **Zakres zastosowania dyrektywy został poszerzony o przestępstwa źródłowe** (*predicate offences*) (art. 1 lit. E tiret 5 drugiej dyrektywy)²⁷ oraz poszerzono listę podmiotów, na które nałożono obowiązki (art. 1 lit. A i B drugiej dyrektywy), w tym na prawników²⁸.

W 2005 r. została wydana kolejna dyrektywa, tzw. trzecia dyrektywa – dyrektywa 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu (tekst mający znaczenie dla EOG)²⁹. W trzeciej dyrektywie m.in. rozszerzono zakres zastosowania przepisów na przestępstwa źródłowe związane z działalnością terrorystyczną.

3. Pranie brudnych pieniędzy w polskim porządku prawnym

Dokładne omówienie problemu prania brudnych pieniędzy w polskim porządku prawnym wykracza poza ramy niniejszej pracy, dlatego uwagi w tym punkcie będą odnosić się wyłącznie do przepisów obecnie obowiązujących³⁰.

Podstawowym przepisem penalizującym zjawisko prania brudnych pieniędzy jest art. 299 KK³¹. W świetle jego § 1, kto środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości, pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego, przyjmuje, przekazuje lub wywozi za granicę, pomaga przenosić ich własności lub posiadanie albo podejmuje inne czynności, które mogą udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie ich przestępnego pochodzenia lub miejsca umieszczenia, ich wykrycie, zajęcie albo orzeczenie przepadku, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

Warto dodać, że art. 299 KK był kilkakrotnie nowelizowany przez kolejny, bardzo istotny z punktu widzenia omawianej problematyki akt prawny – ustawę z 16.11.2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu³².

Zgodnie z art. 1 ww. ustawa określa m.in. „zasady oraz tryb przeciwdziałania praniu pieniędzy [...] oraz obowiązki podmiotów uczestniczących w obrocie finansowym w zakresie

²⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/97/WE z 4.12.2001 r. zmieniająca dyrektywę 91/308/EWG w sprawie zapobiegania wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieuprawnionych źródeł (Dz.Urz. UE L Nr 344 z 28.12.2001 r., s. 76). Dostępna w języku angielskim: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0097:EN:NOT>, stan na: 12.3.2012 r.

²⁷ „An offence which may generate substantial proceeds and which is punishable by a severe sentence of imprisonment in accordance with the penal law of the Member State”.

²⁸ Art. 2 dyrektywy; por. A. McDougall, *op. cit.*, s. 1033.

²⁹ Tekst dyrektywy dostępny w języku polskim: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:309:0015:0036:PL:PDF>, stan na: 12.3.2012 r.

³⁰ Artykuł odzwierciedla stan prawny na marzec 2012 r. Szerzej na temat zjawiska prania brudnych pieniędzy w świetle polskich przepisów por. M. Ziemiński, „Pranie brudnych pieniędzy” w regulacjach instytucji europejskich a przepisy prawa polskiego, MoPod 1995, Nr 1. Zwrócić należy uwagę, że artykuł M. Ziemińskiego został napisany przed wejściem w życie Kodeksu karnego z 1997 r., który penalizuje pranie brudnych pieniędzy.

³¹ Ustawa z 6.6.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

³² Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 46, poz. 276 ze zm.

gromadzenia i przekazywania informacji. Organami administracji rządowej właściwymi w sprawach przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu są minister właściwy do spraw instytucji finansowych, jako naczelny organ informacji finansowej oraz Generalny Inspektor Informacji Finansowej” (art. 3 ust. 1 ustawy z 16.11.2000 r.).

Zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. n ustawy z 16.11.2000 r., przez instytucję obowiązaną rozumie się notariuszy, w zakresie czynności notarialnych dotyczących obrotu wartościami majątkowymi, adwokatów wykonujących zawód, radców prawnych wykonujących zawód poza stosunkiem pracy w urzędach obsługujących organy administracji rządowej i jednostkach samorządu terytorialnego, prawników zagranicznych świadczących pomoc prawną poza stosunkiem pracy, biegłych rewidentów wykonujących zawód, doradców podatkowych wykonujących zawód. W konsekwencji czego wszelkie obowiązki wynikające z ustawy ciążyą na prawnikach będących zarówno arbitrami, jak i pełnomocnikami stron w postępowaniach arbitrażowych. Nie sposób przeanalizować w tym miejscu wszystkich przepisów ustawy, należy jednak wskazać Rozdział 8, który wprowadza kary w postaci grzywny i pozbawienia wolności na instytucje zobowiązane, a nie wypełniające obowiązków wynikających z ustawy.

4. Rekomendacje, opinie, zalecenia

Poza uregulowaniami konwencyjnymi oraz przepisami regionalnymi i krajowymi należy wspomnieć o zaleceniach powstałej w 1989 r., z ramienia Grupy G7, grupy do spraw przeciwdziałania praniu pieniędzy (FATF – *The Financial Action Task Force on Money Laundering*)³³. Celem powołania grupy było rozpowszechnienie wiedzy na temat problemu prania brudnych pieniędzy, a także potrzeba monitorowania rozwoju zjawiska oraz przedstawiania metod w celu jego zwalczania³⁴. *The Financial Action Task Force on Money Laundering* opracowała rekomendacje (*Forty Recommendations*), które są adresowane do rządów oraz instytucji finansowych. Rekomendacje są regularnie aktualizowane i określają obecny stan „rozwoju” problemu prania brudnych pieniędzy oraz proponowane rozwiązania. Mimo że zalecenia nie mają charakteru wiążącego, często stanowią uzasadnienie oraz punkt wyjścia dla krajowych regulacji³⁵.

IV. Prawo właściwe dla zjawiska prania brudnych pieniędzy

Sądy polubowne, które zetkną się z zarzutem prania brudnych pieniędzy (kwestia, czy sąd polubowny może oraz czy powinien *ex officio* badać tę problematykę, zostanie omówiona w dalszej części pracy) w pierwszej kolejności będą musiały ustalić prawo właściwe zarówno dla przesłanki przestępstwa źródłowego [*predicate offence* – przestępstwo, które wywołało (było źródłem) dochód, który zostały „wyprany”³⁶] oraz dla samego przestępstwa

³³ Zob. http://www.fatf-gafi.org/pages/0,2987,en_32250379_32235720_1_1_1_1_1,00.html, stan na: 12.3.2012 r.; K. Karsten, *op. cit.*, s. 18 oraz 24.

³⁴ A. McDougall, *op. cit.*, s. 1029; <http://www.mf.gov.pl/dokument.php?const=1&dzial=87&id=22512>, stan na: 12.3.2012 r.

³⁵ K. Karsten, *op. cit.*, s. 24.

³⁶ A. McDougall, *op. cit.*, s. 1028.

prania brudnych pieniędzy. Jak się bowiem może okazać, dla przesłanki przestępstwa źródłowego oraz dla samego przestępstwa prania pieniędzy mogą być właściwe różne prawa, co wiąże się z tym, że przestępstwo źródłowe może być popełnione w jednym kraju, a sam akt prania brudnych pieniędzy może być dokonany w innym kraju³⁷.

Punktem wyjścia dla sądów polubownych będzie oczywiście prawo wybrane przez strony, a w dalszej kolejności – prawa wysoko rozwiniętych państw, takich jak Stany Zjednoczone Ameryki, państwa członkowskie Unii Europejskiej oraz Szwajcaria. We wszystkich tych krajach bez problemu można odnaleźć ustawodawstwo dotyczące problematyki prania brudnych pieniędzy. Dodatkowo, w dalszej kolejności, kluczową rolę odegra porządek publiczny państw forum.

Sąd polubowny po ustaleniu, że prawo karne penalizuje czyn prania brudnych pieniędzy, będzie musiał ustalić wpływ (jeżeli taki w ogóle będzie istnieć) tego typu czynów na żądania kontraktowe (czy cywilne w ogólności)³⁸. Na przykład skład orzekający musi ustalić, czy przestępstwo prania brudnych pieniędzy (przy założeniu, że będzie ono występować w sprawie) wpływa na nieważność kontraktu będącego przedmiotem sporu przed sądem polubownym. W związku z tym pytaniem pojawia się wiele dalszych, na które będzie musiał odpowiedzieć skład orzekający. Interesującym zagadnieniem będzie kwestia ustalenia, czy zostało wszczęte postępowanie karne zmierzające do wykrycia przestępstwa prania brudnych pieniędzy. Pojawia się zatem sprawa relacji postępowania karnego prowadzonego przez prokuratora do postępowania arbitrażowego. Jeżeli toczy się takie postępowanie karne, być może sąd polubowny powinien „zawiesić” swoje postępowanie, jeżeli uzna, że ostateczna decyzja, np. uznająca przestępstwo prania brudnych pieniędzy, będzie przesłanką do stwierdzenia nieważności kontraktu. Ponadto dostępność świadków, dokumentów i innych dowodów niezbędnych do ustalenia, czy miał miejsce czyn prania brudnych pieniędzy, będzie ograniczona ze względu na toczące się równoległe postępowanie karne. Z drugiej strony nie ma żadnych przepisów określających relacje postępowania karnego do postępowania przed sądem polubownym. Nie ma również żadnych regulacji odnośnie do związania sądu polubownego wyrokiem karnym³⁹. Składy orzekające będą musiały „balansować” pomiędzy obowiązkiem współpracy z organami ścigania a obowiązkiem orzekania w sprawie w zakresie zapisu na sąd polubowny.

V. Czy zjawisko może podlegać kognicji sądu polubownego? Zdatność arbitrażowa czynu prania brudnych pieniędzy

W sytuacji, w której skład orzekający stwierdzi, że ma do czynienia ze zjawiskiem prania brudnych pieniędzy, powstaje pytanie, jak sąd polubowny powinien procedować, gdy kontrakt, którego dotyczy spór, jest zgodny z prawem dla niego właściwym, natomiast

³⁷ M.S. Palay, R.E. Ugarte, *op. cit.*

³⁸ Por. art. 58 KC.

³⁹ *De facto* sąd polubowny nie jest związany wyrokami sądów państwowych, zarówno karnych, jak i cywilnych. Z drugiej strony sąd polubowny nie powinien ignorować wyroków sądowych, w szczególności wyroków konstytucyjnych oraz wyroków karnych stwierdzających winę.

zachodzą podejrzenia co do występowania procederu prania brudnych pieniędzy. W doktrynie i orzecznictwie zaproponowano trzy rozwiązania: 1) sąd polubowny powinien uznać brak swojej jurysdykcji ze względu na brak zdatności arbitrażowej; 2) sąd polubowny powinien zastosować zasady międzynarodowego porządku publicznego; 3) sąd polubowny powinien uznać pierwszeństwo przepisów wymuszających swoje zastosowanie w stosunku do przepisów prawa właściwego⁴⁰.

1. Stwierdzenie braku jurysdykcji w związku z brakiem zdatności arbitrażowej czynu prania brudnych pieniędzy

Raz jeszcze należy podkreślić, że sądy polubowne rozstrzygają sprawy cywilne wynikające z zobowiązań pomiędzy dwoma podmiotami prywatnymi. Są to więc sprawy z zakresu prawa prywatnego. *A contrario* sąd polubowny nie jest uprawniony do orzekania w sprawach z zakresu prawa publicznego, w tym w sprawach z zakresu prawa karnego. Zjawisko prania brudnych pieniędzy jest ścigane na podstawie prawa karnego. Pytanie o zdatność arbitrażową dotyczy zatem kontraktowych czy też cywilnych konsekwencji związanych z czynem prania brudnych pieniędzy.

Jak podkreślono w doktrynie, do zjawiska prania brudnych pieniędzy można zastosować w drodze analogii pewne rozwiązania i uwagi poczynione na tle korupcji czy też oszustw, które również występują w postępowaniach przed sądami polubownymi⁴¹. W każdej ze spraw tego typu pierwszym pytaniem jest kwestia jurysdykcji sądu polubownego.

Kluczowym orzeczeniem dotyczącym korupcji była sprawa z 1963 r.⁴², w której jedynym arbitrem był sędzia *Lagergren*. Sprawa toczyła się na podstawie Regulaminu arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej. W sprawie pojawiły się zarzuty, a następnie dowody na to, że kontrakt pomiędzy angielską spółką a argentyńskim pośrednikiem związany był z dokonaniem przekupstwa jednego z argentyńskich przedstawicieli władzy. W związku z tym sędzia *Lagergren* uznał, że nie ma jurysdykcji, aby rozpoznać sprawę. W późniejszym czasie rozumowanie sędziego *Lagergrene* w sprawie odniesiono (w celu obrony takiego stanowiska) do braku zdatności arbitrażowej korupcji oraz innych roszczeń wynikających z nielegalnych czynów⁴³. Stanowisko uznające brak jurysdykcji w przypadku powołania zarzutu prania brudnych pieniędzy, korupcji czy innych nielegalnych czynów nie znalazło poparcia zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie⁴⁴. Jak bowiem podkreślono, automatyczne uznawanie braku jurysdykcji daje dużo korzyści nieuczciwym stronom postępowań arbitrażowych, które przez fikcyjne zarzuty, np. przekupstwa, w ramach taktyki procesowej dążą do opóźnienia bądź po prostu zniweczenia postępowania już na samym jego

⁴⁰ A. McDougall, *op. cit.*, s. 1039.

⁴¹ *Ibidem*; A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet&Maxwell 2004, s. 124.

⁴² Sprawa ICC Nr 1110 z 1996 r.

⁴³ A. McDougall, *op. cit.*, s. 1040.

⁴⁴ B.M. Cremades, D.J.A. Cairns, *Transnational public policy in international arbitral decision-making: The cases of bribery, money laundering and fraud*, [w:] K. Karsten, A. Berkeley (ed.), *op. cit.*, s. 82.

początku⁴⁵. Stanowisko odrzucające zapatrywanie sędzięgo *Lagergrena* znalazło również odzwierciedlenie w orzecznictwie. W 1993 r. Federalny Sąd Szwajcarii w sprawie *National Power Corporation (Filipiny) v. Westinghouse (USA)*⁴⁶ nie zgodził się ze stanowiskiem sędzięgo *Lagergrena* w kwestii jurysdykcji co do korupcji i uznał, że w przedmiotowej sprawie sąd polubowny miał jurysdykcję w kwestii, czy korupcja w rzeczywistości miała miejsce czy też nie. Takie stanowisko zajął również w 1998 r. Sąd Najwyższy Anglii i Walii w sprawie o uznanie wyroku wydanego w Szwajcarii na podstawie regulaminu ICC (*Westacre Investments Inc. v. Jugoimport-SPDR Holding Company Ltd.*).

Z tego wynika, że sądy polubowne mają jurysdykcję odnośnie do zarzutów korupcji. W konsekwencji uznać należy, że posiadają one również jurysdykcję w sprawach dotyczących prania brudnych pieniędzy⁴⁷. Ponadto, jak się podkreśla, zarzuty podnoszone przez strony nie dotyczą zazwyczaj wątpliwości co do jurysdykcji sądu polubownego, a raczej co do natury zarzucanych czynów oraz ich konsekwencji w świetle prawa właściwego.

Podsumowując, należy stwierdzić, że zgodnie z powszechnie przyjętym stanowiskiem, sąd polubowny nie powinien stwierdzić braku swojej jurysdykcji w sytuacji podniesienia przez jedną ze stron zarzutu dotyczącego czynu prania brudnych pieniędzy.

2. Klauzula porządku publicznego

Przy założeniu, że sąd polubowny uzna swoją jurysdykcję co do możliwości orzekania o praniu pieniędzy, pojawia się kolejne pytanie, czy skład orzekający powinien, a przede wszystkim czy może – uwzględnić tzw. międzynarodowy porządek publiczny i stwierdzić nieważność kontraktu, którego dotyczy spór, w związku ze stwierdzeniem zjawiska prania brudnych pieniędzy⁴⁸. Zagadnienie jest bardzo kontrowersyjne.

W pierwszej kolejności należy wyraźnie podkreślić, że sądy polubowne powinny brać pod uwagę porządek publiczny miejsca arbitrażu, gdyż wyrok sprzeczny z tym porządkiem publicznym może zostać uchylony (por. w Polsce art. 1205 KPC). Jeśli chodzi o Konwencję nowojorską, która przewiduje możliwość odmowy uznania i wykonania wyroku sądu polubownego, gdy jest on sprzeczny z klauzulą porządku publicznego (art. V ust. 2 lit. b Konwencji nowojorskiej), przypomnieć należy, że klauzula porządku publicznego w Konwencji nowojorskiej odnosi się do porządku publicznego państwa, w którym dany wyrok ma być wykonany, a nie do tzw. międzynarodowego porządku publicznego⁴⁹. W związku z tym, jeżeli sąd polubowny uzna, że w państwie, zgodnie z którego prawem orzeka, zjawisko prania brudnych pieniędzy nie jest penalizowane, nie można twierdzić, że orzeczenie będzie uchylone (w przypadku stwierdzenia przez organy innego państwa, że doszło do tzw. wyprania brudnych pieniędzy) jako naruszające porządek publiczny tego kraju.

⁴⁵ Podają za A. McDougall, *op. cit.*, s. 1040.

⁴⁶ Tribunal Federal, Lere Cour Civile, Recours de Droit Public du 2.8.1993 r., *National Power Corporation (Philippines) c/ Westinghouse (USA)*, 12 ASA Bulletin 244, 1994.

⁴⁷ A. McDougall, *op. cit.*, s. 1042.

⁴⁸ W przypadku gdy strony wybiorą takie prawo, zgodnie z którym kontrakt będzie ważny (mogą dokonać tego świadomie).

⁴⁹ A. McDougall, *op. cit.*, s. 1043; B.M. Cremades, D.J.A. Cairns, *op. cit.*, s. 78; A. Philip, *op. cit.*, s. 154.

Bardzo kontrowersyjną kwestią jest stosowanie tzw. międzynarodowego porządku publicznego, o którym mówił sędzia *Lagergren* w omawianym orzeczeniu⁵⁰. Szczególnych problemów nastrocza ustalenie treści takiej klauzuli⁵¹. Przykładem trudności jest ciągle zmieniająca się praktyka międzynarodowego handlu. Przez bardzo długi okres przekupstwo było powszechną praktyką w międzynarodowym obrocie jako środek zabezpieczenia swoich interesów. Co więcej, w wielu krajach (niestety dzieje się tak do dziś) pewnych spraw, kontraktów, zezwoleń państwowych itp. nie można uzyskać inaczej niż przy pomocy łapówki. Pomimo tego, że praktyka ta istniała bardzo długo, obecnie uznaje się za niedopuszczalne dawanie łapówek niezależnie od tego, czy jest to „normalne” w danych realiach życia gospodarczego. Zostało to uznane za sprzeczne z międzynarodowym porządkiem publicznym⁵².

W świetle powyższych uwag dotyczących przekupstwa pojawia się pytanie, czy można również uznać, że tzw. zjawisko prania brudnych pieniędzy wchodzi w skład międzynarodowego porządku publicznego. Skoro na poziomie międzynarodowym odnajdujemy wiele konwencji, regulacji, dyrektyw, zaleceń i rekomendacji, można uznać, że problematyka ta ma charakter międzynarodowy, a społeczność stara się to zjawisko zwalczać na poziomie ponadnarodowym⁵³. Istnieje wiele przestępstw źródłowych, które penalizowane są przez większość państw (por. np. Konwencję ONZ). Z drugiej strony spora część międzynarodowych aktów prawodawczych i innych zaleceń charakteryzuje się brakiem jednolitości. Ciągle brakuje zgody co do samego zjawiska prania brudnych pieniędzy⁵⁴. Ilustracją tego jest zagadnienie uchylania się od podatków (*tax evasion*). Mimo że uchylanie się od podatków zostało uznane za przestępstwo źródłowe przez państwa członkowskie Unii Europejskiej i wiele innych państw, zarówno w rekomendacjach FATF, jak i w drugiej i trzeciej dyrektywie unijnej, nie ma wyraźnego stwierdzenia, że czyn ten należy do zakresu zjawiska prania brudnych pieniędzy⁵⁵.

Pomimo wskazanych rozbieżności wydaje się jednak, że sąd polubowny może zastosować tzw. klauzulę międzynarodowego porządku publicznego w celu stwierdzenia nieważności kontraktu, w którym przykładowo próbuje się wyprać pieniądze⁵⁶. Trzeba jednak podkreślić, że stosowanie tej klauzuli jako nie do końca zdefiniowanej, będzie skutkowało pewną niepewnością. Uznanie i wykonanie orzeczenia opartego na tzw. klauzuli międzynarodowego porządku publicznego będzie uzależnione od sądu, przed którym zawiśnie

⁵⁰ „It cannot be contested that there exists a general principle of law recognized by civilized nations that contracts which seriously violate bonos mores or international public policy are invalid or at least unenforceable and that they cannot be sanctioned by courts or arbitrators”.

⁵¹ A. *McDougall*, *op. cit.*, s. 1043.

⁵² Na co wskazuje uchwalenie Konwencji OECD. Por. też: International Arbitration Committee of the International Law Association: „Following the 1997 OECD Convention on Combating the Bribery of Officials in International Transactions which reflects the mounting international concern about the prevalence of corrupt trading practices, it is arguable that there is an international consensus that corruption and bribery are contrary to international public policy”.

⁵³ B.M. *Cremades*, D.J.A. *Cairns*, *op. cit.*, s. 77–78.

⁵⁴ A. *McDougall*, *op. cit.*, s. 1045.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 1046.

ta kwestia. W dalszej kolejności uzależnione to będzie od percepcji tego sądu zjawiska prania brudnych pieniędzy – czy jest to materia o charakterze międzynarodowym, czy też wyłącznie kwestia prawa wewnętrznego.

3. Przepisy wymuszające swoją właściwość

Kolejnym rozwiązaniem, z którego mogą skorzystać sądy polubowne, gdy wykryją zjawisko prania brudnych pieniędzy, jest zastosowanie przepisów nienależących do *lex contractus*, a które wymuszają swoją właściwość. W świetle przedstawionych trudności związanych ze stosowaniem klauzuli międzynarodowego porządku publicznego to rozwiązanie cechuje się znacznie większą pewnością i skutecznością. W tym miejscu należy poczynić jeszcze jedną ważną uwagę i rozróżnić dwie sytuacje związane z przepisami wymuszającymi swoje zastosowanie: pierwsza polega na tym, że skład orzekający bierze jedynie pod uwagę zakazy wynikające z przepisów wymuszających swoje zastosowanie (np. zakaz prania brudnych pieniędzy) i traktuje to jako fakt, z którego wyciąga konsekwencje (jeżeli takie występują) na podstawie prawa właściwego dla kontraktu (*lex contractus*); druga sytuacja polega po prostu na zastosowaniu przepisów wymuszających swoje zastosowanie wprost, a tym samym zignorowanie w tym zakresie wyboru prawa właściwego dokonanego przez strony⁵⁷.

Przepisy wymuszające swoje zastosowanie są przepisami prawa innego niż te regulujące kontrakt. Przepisy wymuszające swoje użycie wynikają i określają w pewnym sensie fundamenty porządku publicznego danego porządku prawnego, który wiąże się pośrednio lub też bezpośrednio z prawem właściwym dla kontraktu, a który jest przedmiotem sporu⁵⁸. Przepisy wymuszające swoje zastosowanie są stosowane przez sądy państwowe, czego przykładem jest art. 7 Konwencji rzymskiej z 1980 r. o prawie właściwym dla zobowiązań umownych⁵⁹, a także art. 9 tzw. rozp. Rzym I⁶⁰ oraz art. 16 rozp. Rzym II⁶¹.

Zagadnienie przepisów wymuszających swoje zastosowanie w międzynarodowym arbitrażu jest kontrowersyjne i budzi wiele wątpliwości⁶² w związku z tym, że dopuszcza się stosowanie przepisów niewskazanych przez strony. Zastosowanie przepisów wymuszających swoje zastosowanie prowadzi wręcz do zniweczenia świadomego wyboru prawa, co z kolei godzi w fundamentalną zasadę nie tylko arbitrażu, lecz także całego prawa prywatnego, a mianowicie zasadę autonomii stron. Jak się podkreśla, istnieją jednak sytuacje, które zmuszają do nakładania pewnych ograniczeń na swobodę stron. Przykładem tego jest zakaz zawierania kontraktów związanych z nielegalną działalnością lub zmierzających

⁵⁷ *Ibidem*, s. 1047.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ A. Philip, *op. cit.*, s. 154; Konwencja o prawie właściwym dla zobowiązań umownych z 19.6.1980 r. (Dz.Urz. UE C Nr 169 z 8.7.2005 r., s. 1).

⁶⁰ Rozp. Parlamentu Europejskiego i Rady 593/2008/WE z 17.6.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dz.Urz. UE L Nr 177 z 4.7.2008 r., s. 6).

⁶¹ Rozp. 864/2007/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.7.2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II) (Dz.Urz. UE L Nr 199 z 31.7.2007 r., s. 40).

⁶² A. McDougall, *op. cit.*, s. 1048.

do osiągnięcia nielegalnych czy też niemoralnych celów (np. korupcja, pranie brudnych pieniędzy lub handel narkotykami)⁶³.

Pomijając sporne zagadnienia teoretyczne dotyczące słuszności stosowania przez sądy polubowne przepisów wymuszających swoje zastosowanie, należy podkreślić, że w praktyce składy orzekające będą raczej ostrożne w zasądzaniu odszkodowania, podczas gdy obowiązkowe przepisy (*mandatory rules*) miejsca wykonania świadczenia będą zabraniać zasądzania takiego odszkodowania⁶⁴. Należy pamiętać, że składy orzekające są zobowiązane do wydania takiego wyroku, który będzie mógł być w następnej kolejności uznany i wykonany (por. art. 35 Regulaminu arbitrażowego ICC oraz art. 32.2. Regulaminu arbitrażowego LCIA, które „zachęcają”⁶⁵ składy orzekające do wydania takiego wyroku, który z dużym prawdopodobieństwem będzie uznany i wykonany)⁶⁶.

Najwięcej przykładów orzeczeń, w których można odnaleźć zastosowanie przepisów wymuszających swoje zastosowanie, daje prawo konkurencji Unii Europejskiej oraz prawo antymonopolowe w Stanach Zjednoczonych⁶⁷. W sprawie *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych uznał, że skład (sąd polubowny) orzekający w Japonii (miejsce prowadzenia arbitrażu) o zobowiązaniach kontraktowych, w stosunku do których prawem właściwym było materialne prawo szwajcarskie, był uprawniony do stosowania amerykańskiego prawa antymonopolowego⁶⁸.

Powracając do podziału dokonanego na początku tego punktu, należy odnieść się do sytuacji pierwszej, tj. sytuacji, w której skład orzekający bierze jedynie pod uwagę przepisy wymuszające swoje zastosowanie (np. zakaz prania brudnych pieniędzy) i traktuje to jako fakt, a następnie wyciąga z tego zakazu konsekwencje na podstawie prawa właściwego dla kontraktu. W takim wypadku jednak należy zbadać relacje, powiązanie (*closeness*, bliskość) takiego systemu prawnego, który wprowadza konkretny zakaz, z prawem właściwym dla kontraktu, a następnie konsekwencje zastosowania lub też odmowy zastosowania takiego zakazu⁶⁹. W kontekście zjawiska prania brudnych pieniędzy prawem najbardziej „związanym” ze sprawą będzie prawo miejsca wykonania świadczenia, prawo narodowe każdej ze stron kontraktu, a także prawo miejsca arbitrażu⁷⁰.

Jeśli chodzi o prawo miejsca wykonania świadczenia, nie budzi wątpliwości powiązanie tego prawa z prawem właściwym dla sprawy. Skutkiem niezastosowania przepisów prawa miejsca wykonania świadczenia, zgodnie z którymi kontrakt jest nieważny w związku ze zjawiskiem prania brudnych pieniędzy będzie dopuszczenie przez sąd polubowny do czerpania korzyści przez strony postępowania arbitrażowego z nielegalnej aktywności. Takie stanowisko wyraziła Izba Lordów w sprawie *Regazzoni v. K.C. Sethia, Ltd.*⁷¹.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Nie ma bowiem nałożonego obowiązku.

⁶⁶ *T. Minaeva, op. cit.*, s. 39; *A. McDougall, op. cit.*

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ 473 U.S. 614, 638–39 (1985); *A. McDougall, op. cit.*, s. 1048–1049.

⁶⁹ *A. McDougall, op. cit.*, s. 1049.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ [1957] 3 All E.R. 286; „For an English court will not enforce a penal law at the suit of a foreign state, yet it would be surprising if it would enforce a contract which required the commission of a crime in that state”. Cyt. za: *A. McDougall, op. cit.*, s. 1049.

W przypadku prawa narodowego stron, jak pokazuje opublikowane orzecznictwo sądów polubownych, przepisy wymuszające swoje zastosowanie należące do tego prawa nie są zbyt chętnie i często stosowane w porównaniu do prawa miejsca wykonania świadczenia⁷². Jak jednak podkreślają niektórzy autorzy, sytuacja powinna być inna, jeśli chodzi o zjawisko prania brudnych pieniędzy, które związane jest z popełnieniem przestępstwa karnego⁷³. Jak stwierdza A. McDougall, jurysdykcja sądów krajowych w sprawach karnych obejmuje terytorium danego państwa oraz „rozciga się” również na osoby będące obywatelami tego państwa, które przebywają za granicą⁷⁴. Z tej niekwestionowanej zasady prawa międzynarodowego autor wysnuwa wnioski o możliwości uznania (przez dane państwo), że ma jurysdykcję („rozciga” zastosowanie swoich przepisów) na swoich obywateli, którzy dokonują procedury prania brudnych pieniędzy nie tylko w granicach jurysdykcyjnych państwa, lecz także poza jego granicami⁷⁵. Jeśli przyjąć, że mamy do czynienia z państwem, które uznaje, że jego prawo karne ma zastosowanie wobec obywateli będących za granicą, odmowa zastosowania takiego prawa przez sąd polubowny będzie skutkować naruszeniem porządku publicznego tego państwa (skutkiem czego wyrok wydany wbrew przepisom tego państwa będzie uznany za sprzeczny z jego porządkiem publicznym i nie będzie mógł być uznany i wykonany na jego terytorium).

Sądy polubowne powinny wziąć pod uwagę również prawo miejsca arbitrażu (*lex loci arbitrii*). Pomimo tego, że prawo miejsca arbitrażu nie musi być (i często nie jest) związane z kontraktem, wydaje się, że arbitrzy powinni brać pod uwagę przepisy obowiązkowe takiego państwa. Po pierwsze, wydanie wyroku sądu polubownego uznającego kontrakt „związany” z praniem brudnych pieniędzy, podczas gdy pranie brudnych pieniędzy będzie zakazane w miejscu arbitrażu, spowoduje, że taki wyrok zostanie zaskarżony (skarga o uchylenie), w konsekwencji czego nie będzie on wykonany⁷⁶. Po drugie, arbitrzy, którzy świadomie uznają kontrakt związany ze zjawiskiem prania brudnych pieniędzy za zakazany w miejscu arbitrażu, narażają się na popełnienie przestępstwa karnego (prania brudnych pieniędzy) w tymże miejscu przez ułatwienie lub umożliwienie zakazanego proceduru⁷⁷.

Należy zatem przyjąć, że sądy polubowne mogą stosować przepisy wymuszające swoje zastosowanie (penalizujące czyn prania brudnych pieniędzy) miejsca wykonania świadczenia (*lex contractus*) oraz miejsca arbitrażu (*lex loci arbitrii*)⁷⁸. Kwestią dyskusyjną natomiast jest stosowanie przepisów wymuszających swoje zastosowanie będących częścią prawa narodowego stron kontraktu.

⁷² A. McDougall, *op. cit.*, s. 1050.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*. Autor jednocześnie podkreśla, że nie wszystkie kraje uznają, że ich prawo karne ma zastosowanie wobec ich obywateli będących za granicą.

⁷⁶ A. McDougall, *op. cit.*, s. 1050–1051.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 1051.

⁷⁸ *Ibidem*.

VI. Czy sąd polubowny może badać zjawisko prania brudnych pieniędzy *ex officio*? Problem orzekania *ultra petita*

Bardzo spornym zagadnieniem jest kwestia możliwości badania z urzędu przez sąd polubowny, czy w sprawie występuje pranie pieniędzy. W związku z tym, że arbitrzy nie powinni przymykać oka (*turn a blind eye*) na proceder prania brudnych pieniędzy, można zaryzykować stwierdzenie, że w przypadku gdy strona postępowania arbitrażowego nie podniesie zarzutu prania brudnych pieniędzy (lub gdy strony świadomie wybiorą prawo właściwe w celu ominięcia przepisów penalizujących zjawisko), sąd polubowny może zbadać sprawę z urzędu⁷⁹. Za takim stanowiskiem przemawia również powinność ciężąca na arbitrach wydania w pełni wykonalnego wyroku. Kolejnym argumentem przemawiającym za badaniem sprawy pod kątem czynu prania pieniędzy jest „publiczny obowiązek” wypełniania przez sądy polubowne roli instytucji *quasi*-sądowej⁸⁰ (pomimo prywatnego charakteru sądownictwa polubownego i jego poufności). Mimo że zadaniem sądów polubownych nie jest wymierzanie sprawiedliwości, tylko rozwiązywanie prywatnych sporów, składy orzekające nie powinny ignorować znaków mogących świadczyć o występowaniu czynu prania brudnych pieniędzy⁸¹. Jak podkreślili *B.M. Cremades* i *D.J.A. Cairns*, międzynarodowy arbitraż jest swoistą usługą wykonywaną na rzecz państw i świata gospodarczego zaangażowanego w międzynarodowy handel i inwestycje, w związku z czym sądy polubowne powinny przyjąć pozytywną postawę w stosunku do działań podejmowanych przez te państwa i instytucje gospodarcze mające na celu zwalczanie zjawiska prania brudnych pieniędzy⁸².

Ponadto arbitrzy, aby nie narazić się na odpowiedzialność karną oraz dyscyplinarną wynikającą z penalizacji pomocnictwa przy praniu pieniędzy, powinni przynajmniej poruszyć wątpliwości i przedyskutować je ze stronami postępowania⁸³. Pranie brudnych pieniędzy nie jest problemem natury etycznej i moralnej. Stanowi przestępstwo, w związku z czym składy orzekające powinny zwracać szczególną uwagę na występujące znaki takiego procederu w sprawie, w której orzekają. W sytuacji, w której tylko jedna ze stron będzie zaangażowana w pranie pieniędzy, z dużą pewnością można przyjąć, że druga

⁷⁹ *T. Minaeva*, *op. cit.*, s. 39; *B.M. Cremades, D.J.A. Cairns*, *op. cit.*, s. 80. *A. Philip* uważa, że w takiej sytuacji sąd polubowny powinien przedyskutować swoje podejrzenia ze stronami i uzyskać od stron możliwie najwięcej dowodów w celu ustalenia, czy rzeczywiście w przedmiotowej sprawie występuje zjawisko prania brudnych pieniędzy – *A. Philip*, *op. cit.*, s. 153.

⁸⁰ *B.M. Cremades, D.J.A. Cairns*, *op. cit.*, s. 80. Autorzy piszą o świadczeniu wymiaru sprawiedliwości. Jak się jednak wyraźnie podkreśla, sądy polubowne nie są częścią wymiaru sprawiedliwości (w Polsce). Takie wnioski należy wyciągnąć z analizy art. 175 ust. 1 Konstytucji RP. Sądy państwowe nie mogą być utożsamiane z organami państwowymi realizującymi wymiar sprawiedliwości. Tylko sądy państwowe zostały do tego powołane. Por. *T. Ereciński, K. Weitz*, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 18–22.

⁸¹ *B.M. Cremades, D.J.A. Cairns*, *op. cit.*, s. 80.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Można sobie również wyobrazić sytuację, w której arbitrzy będą „zaangażowani” w proceder. W tym kontekście powstanie kwestia „procesu” fikcyjnego (fikcyjnego postępowania arbitrażowego). Wydaje się, że na tego typu sytuacje mogą być podatni niedoświadczeni arbitrzy, a szczególnie ryzykowne będzie postępowanie arbitrażowe z udziałem jednego arbitra.

strona (nieświadoma tego, że ma do czynienia z praniem pieniędzy) sama podejmie odpowiednie działania i przedstawi zarzuty. W ten sposób skład orzekający nie narazi się na zarzut wykroczenia poza żądania stron, co zgodnie z art. V ust. 1 lit. c Konwencji nowojorskiej stanowi podstawę do odmowy uznania i wykonania wyroku.

Należy zwrócić jednak uwagę na zakres obowiązku sądu polubownego w badaniu czy też wykrywaniu zjawiska prania brudnych pieniędzy. Sąd polubowny zostaje powołany do tego, aby rozstrzygać wszelkie spory, które mogą wynikać z kontraktu, a nie po to, aby na własną rękę ścigać przestępstwa pośrednio związane z kontraktem, którego dotyczy zapis na sąd polubowny⁸⁴. Jak podkreślili A. Redfern i M. Hunter: „nie jest zadaniem sądu polubownego poszukiwanie wykrycia działalności niezgodnej z prawem a raczej rozwiązanie sporu, który został jemu poddany w zakresie zapisu na sąd polubowny”⁸⁵. Niewątpliwie skład orzekający będzie mógł i powinien wykrywać nielegalne działania stron, takie jak pranie brudnych pieniędzy, choć będzie to mógł robić w zakresie zapisu na sąd polubowny. Niezbędne będzie zastosowanie zasady proporcjonalności pomiędzy dobrem publicznym, jakim jest wykrycie wszelkiej działalności kryminalnej, a prywatnym charakterem sporów rozstrzyganych przed sądami polubownymi. Zasada proporcjonalności (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) została odnaleziona m.in. w prawie szwajcarskim⁸⁶. Sądy polubowne muszą jednak pamiętać, że wykraczanie poza ramy wyznaczone zapisem na sąd polubowny będzie działaniem *ultra petitis* i może skutkować odmową uznania i wykonania wyroku sądu polubownego.

Jeśli natomiast jedna ze stron podniesie zarzut prania pieniędzy, skład orzekający powinien poważnie potraktować tego typu zarzut i zbadać sprawę w celu ewentualnego wykrycia zjawiska⁸⁷. Z drugiej jednak strony, sądy polubowne muszą ostrożnie podchodzić do tego typu zarzutów, ponieważ mogą one wynikać tylko i wyłącznie ze strategii procesowej mającej na celu przedłużenie postępowania lub nawet uniemożliwienie drugiej stronie dochodzenia roszczeń kontraktowych⁸⁸. Strona pozwana może bowiem wykorzystać trudności w udowodnieniu zarzutu prania brudnych pieniędzy i liczyć na jego bezkrytyczne przyjęcie przez skład orzekający.

W związku z tym, że zarzut prania brudnych pieniędzy jest zarzutem poważnym, sąd polubowny pomimo tego, że jest „sądem prywatnym”, powinien stosować odpowiednie gwarancje procesowe⁸⁹. Skład orzekający powinien przede wszystkim poinformować stronę o tym, że jest ona podejrzewana o dokonanie czynu prania brudnych pieniędzy, oraz umożliwić jej przedstawienie wyjaśnień, dowodów wskazujących na jej niewinność itd.⁹⁰. W tym miejscu pojawia się zagadnienie ciężaru dowodu (o czym w dalszej części pracy). Ogólnie rzecz biorąc, ciężar dowodu spoczywa na tym, który wnosi oskarżenia.

⁸⁴ M.S. Palay, R.E. Ugarte, *op. cit.*, s. 25.

⁸⁵ A. Redfern, M. Hunter, *op. cit.*, s. 3–37.

⁸⁶ U. Häfelin, W. Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich 2001, s. 99, podają za: M.S. Palay, R.E. Ugarte, *op. cit.*, s. 25.

⁸⁷ B.M. Cremades, D.J.A. Cairns, *op. cit.*, s. 79.

⁸⁸ *Ibidem*, s. 84.

⁸⁹ *Ibidem*, s. 83.

⁹⁰ A. Philip, *op. cit.*, s. 152.

To on powinien udowodnić, że druga strona dokonała wyprania pieniędzy. Ponadto w tego typu sytuacjach powinny mieć zastosowanie inne gwarancje procesowe, zwłaszcza domniemanie niewinności. Jeżeli zarzuty przedstawione przez stronę zarzucającą pranie pieniędzy są nieprzekonujące, sąd polubowny powinien je odrzucić⁹¹.

Sąd polubowny, jako sąd prywatny powołany do rozstrzygnięcia zobowiązań kontraktowych, będzie realizować ciężący na nim obowiązek orzekania zgodnie z porządkiem publicznym, w zakresie ograniczonym do upewnienia się, że kontrakt (inne kontrakty i zarzuty z nimi związane powinny być niedopuszczone przez skład orzekający) będący przedmiotem sporu nie jest nielegalny lub niewykonalny w związku z przestępstwem prania brudnych pieniędzy⁹². Wykroczenie poza granice przedmiotu orzekania, tj. poza kontrakt, jak już wspomniano, stanowić będzie orzekanie *ultra petita* – konsekwencją tego będzie odmowa uznania i wykonania wyroku na podstawie art. V ust. 1 lit. c Konwencji nowojorskiej (podobnie art. 34 i 36 prawa modelowego UNCITRAL)⁹³.

VII. Obowiązki pełnomocników i arbitrów, odpowiedzialność za naruszenie obowiązków. Poufność arbitrażu oraz *attorney-client privilege*

1. Obowiązek informowania o podejrzanych transakcjach przez pełnomocników i arbitrów a zasada poufności arbitrażu oraz *attorney-client privilege*

Omawiając problematykę zjawiska prania brudnych pieniędzy w międzynarodowym arbitrażu, nie można pominąć kwestii związanej z obowiązkiem arbitrów oraz pełnomocników informowania organów odpowiedzialnych za ściganie przestępstw prania brudnych pieniędzy o podejrzanych transakcjach⁹⁴. Trzecia dyrektywa unijna w pkt 19 stanowi, że dyrektywa 91/308/EWG (druga dyrektywa) objęła notariuszy i innych prawników wykonujących wolne zawody zakresem wspólnotowego systemu zwalczania prania pieniędzy; w niniejszej dyrektywie powinni oni nadal pozostać objęci tym systemem; prawnicy wykonujący wolne zawody, w znaczeniu określonym przez państwa członkowskie, powinni podlegać przepisom dyrektywy w przypadku udziału w transakcjach finansowych lub korporacyjnych, włączając w to świadczenie usług doradztwa podatkowego wówczas, gdy istnieje największe ryzyko, że usługi świadczone przez tych prawników mogą być nadużywane do celów ukrycia korzyści pochodzących z działalności przestępczej lub do celów finansowania terroryzmu.

⁹¹ Tak skład orzekający w orz. ICC Nr 6497 z 1994 r. dotyczącym przekupstwa. Por. też *B.M. Cremades, D.J.A. Cairns, op. cit.*, s. 83.

⁹² *B.M. Cremades, D.J.A. Cairns, op. cit.*, s. 83–84.

⁹³ *A. Philip, Arbitration – money laundering, corruption and fraud: The role of the tribunals*, [w:] *K. Karsten, A. Berkeley (ed.), op. cit.*, s. 151.

⁹⁴ Druga dyrektywa nakłada obowiązek informowania odpowiednich organów o zjawisku prania pieniędzy także na prawników, a jednocześnie zastrzega, że nie narusza to przywileju poufności relacji między pełnomocnikiem a stroną w związku z prowadzoną obroną przed sądem państwowym.

Jednak w pkt 20 preambuły trzecia dyrektywa stanowi, że w przypadku gdy niezależni przedstawiciele prawnie uznanych i kontrolowanych zawodów związanych z doradztwem prawnym, tacy jak adwokaci, ustalają sytuację prawną klienta lub reprezentują klienta w postępowaniu prawnym, nie byłoby właściwe, aby na podstawie niniejszej dyrektywy nakładać na nich obowiązek raportowania w odniesieniu do takich działań podejrzeń o pranie pieniędzy lub finansowanie terroryzmu. Muszą istnieć odstępstwa od obowiązku raportowania informacji uzyskanych przed, w czasie lub po zakończeniu postępowania sądowego albo przy ustalaniu sytuacji prawnej klienta. Doradztwo prawne podlega obowiązkowi zachowania tajemnicy zawodowej, chyba że doradca prawny bierze udział w praniu pieniędzy lub finansowaniu terroryzmu, porada prawna jest udzielana w celu prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu lub prawnik wie, że klient szuka porady prawnej do celów prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu.

Przykładowo w Wielkiej Brytanii na pewne zawody, w tym na prawników, został nałożony obowiązek informowania policji o podejrzeniach związanych z praniem pieniędzy⁹⁵. Angielski prawnik ma obowiązek informowania odpowiednich służb o praniu pieniędzy, nawet jeżeli jego klient się na to nie godzi⁹⁶. Jeżeli pełnomocnik nie dopełni ciężącego na nim obowiązku, podlega odpowiedzialności karnej. Ponadto prawnik nie może informować swojego klienta o tym, że zostały zgłoszone „zarzuty” w stosunku do niego (zakaz tzw. *tiping off*)⁹⁷. Jednak taki obowiązek nie jest powszechnie akceptowany, choć druga dyrektywa unijna znacznie poszerzyła katalog podmiotowy osób odpowiedzialnych za przekazywanie informacji.

W Polsce kwestię tę reguluje ustawa o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu.

2. Odpowiedzialność zawodowa pełnomocników i arbitrów – Kodeks etyki adwokackiej i radcy prawnego

Jak już wspomniano, arbitrzy będący prawnikami podlegają przepisom ustawy o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu. Jako instytucja obowiązana niewykonująca nałożonych na nią obowiązków podlegają odpowiedzialności karnej przewidzianej w art. 35–37a ustawy. Ponadto odpowiedzialność arbitrów może wynikać z art. 299 KK. Wymienione przepisy znajdują zastosowanie, gdy arbitrzy pomimo występujących znaków zignorują problem prania brudnych pieniędzy i nie podejmą żadnych działań (np. celem wyjaśnienia ze stronami tego problemu). W ten sposób arbitrzy mogą zostać uznani za „pomocników” czy też

⁹⁵ A. Jenkins, *op. cit.*, s. 36, 40.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 40.

⁹⁷ *Ibidem*.

– mówiąc inaczej – za osoby, które ułatwiły dokonanie wyprania pieniędzy (arbitrzy nie mogą przymykać oka na występujący proceder⁹⁸).

Ponadto warto wskazać Kodeks etyki zawodowej adwokata⁹⁹ oraz Kodeks etyki radcy prawnego¹⁰⁰. W świetle § 12 Kodeksu adwokata przedstawicielowi tego zawodu nie wolno udzielać pomocy prawnej, która ułatwiałaby popełnienie przestępstwa lub wskazywałaby możliwość uniknięcia odpowiedzialności karnej za czyn, który miałby zostać popełniony w przyszłości. Zgodnie z art. 10 Kodeksu etyki radcy prawnego pomoc prawna świadczona przez radcę prawnego nie może mieć na celu ułatwienia popełnienia przestępstwa, **przyczynienia się do tzw. prania brudnych pieniędzy** ani umożliwiania uniknięcia odpowiedzialności karnej za czyn, który miałby zostać dokonany w przyszłości [wyróżnienie – M. O.].

3. Poufność arbitrażu, *attorney-client privilege*

W świetle uwag dotyczących ciężącego na prawnikach obowiązku informowania odpowiednich organów o podejrzeniach występowania czynu prania brudnych pieniędzy oraz o konsekwencjach niedopełnienia tego obowiązku należy zwrócić uwagę na zasadę poufności arbitrażu i na przywileje, którymi charakteryzuje się relacja pełnomocnika z jego klientem.

Arbitraż jest poufny, a przynajmniej jako prywatna metoda rozwiązywania sporów nie powinien być jawny dla dowolnej osoby¹⁰¹. W tym kontekście należy zgłosić postulat, że w przypadku gdy przepisy prawa nie wymagają w sposób wyraźny od podmiotów informowania odpowiednich służb o podejrzeniach co do możliwości występowania prania pieniędzy, arbitrzy powinni ograniczyć się do przeprowadzenia odpowiedniego postępowania ze stronami, a następnie do umieszczenia informacji na temat podejrzeń występowania czynu prania brudnych pieniędzy w uzasadnieniu wyroku. W ten sposób dadzą wyraźny znak, że nie zignorowali problemu prania pieniędzy, a jednocześnie zachowali poufny charakter postępowania, do którego zostali np. zobowiązani.

Jak dostrzeżono w preambule „drugiej dyrektywy” doradztwo prawne podlega obowiązkowi zachowania tajemnicy zawodowej. Prawo do zachowania tajemnicy zawodowej, specjalny charakter relacji pełnomocnik – klient, w tym ochrona korespondencji pomiędzy pełnomocnikiem a klientem¹⁰², czy też ogólniej rzecz ujmując – prawo do sprawiedliwego procesu, które jest gwarantowane postanowieniami m.in. Europejskiej Konwencji Prawa Człowieka, wyznacza granice obowiązku nałożonego na pełnomocników stron informowania o transakcjach związanych z praniem pieniędzy¹⁰³.

⁹⁸ A. McDougall, *op. cit.*, s. 1052.

⁹⁹ Zob. <http://www.nra.pl/nra.php?id=249>, stan na: 12.3.2012 r.

¹⁰⁰ Zob. <http://kirp.pl/Akty-Prawne/Kodeks-Etyki-Radcy-Prawnego>, stan na: 12.3.2012 r.

¹⁰¹ Pomijam tutaj kwestię sporną poufności w arbitrażu, omówienie której znacznie wykracza poza ramy pracy.

¹⁰² Na temat *attorney-client privilege* por. M. Jochemczak, *Attorney-client privilege w międzynarodowym postępowaniu arbitrażowym*, PPH 2010, Nr 3, s. 37 i n.

¹⁰³ B.M. Cremades, D.J.A. Cairns, *Transnational public policy in international arbitral decision-making: The cases of bribery, money laundering and fraud*, [w:] K. Karsten, A. Berkeley (ed.), *op. cit.*, s. 75.

VIII. Ciężar dowodu oraz dowody

Przy omawianiu zjawiska prania brudnych pieniędzy pojawia się również zagadnienie ciężaru dowodu, które może rodzić trudności w stosowaniu. Po pierwsze, należy odpowiedzieć na pytanie, zgodnie z jakim prawem, cywilnym czy karnym, powinien być określony ciężar dowodu. Ponadto pojawia się pytanie o możliwość lub konieczność stosowania domniemań przewidzianych w postępowaniu karnym, w tym w szczególności domniemania niewinności oskarżonego czy też zasady *in dubio pro reo*.

Punktem wyjścia do określenia zasad rządzących ciężarem dowodu będzie ustalenie prawa właściwego¹⁰⁴. W większości krajów ciężar dowodu mieści się w granicach prawa materialnego. W Polsce, zgodnie z art. 6 KC, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Uzupełnieniem tego przepisu jest art. 232 zd. 1 KPC: strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Również w polskim prawie karnym ciężar dowodu spoczywa na tym, kto zarzuca dany czyn (udowodnienie winy zarzucanego czynu) – na każdym oskarżycielu, czy to prywatnym, czy publicznym¹⁰⁵. Warto natomiast dla przykładu wskazać, że w Wielkiej Brytanii ciężar dowodu jest kwestią wyłącznie procesową¹⁰⁶.

Próbując odpowiedzieć na pytanie, jaki „standard” dowodu powinien być stosowany przez sądy polubowne, warto zwrócić uwagę na cytowane już orzeczenie w sprawie *Westinghouse v. The Republic of the Philippines*. Sprawa dotyczyła oszustwa i przekupstwa. W orzeczeniu stwierdzono, że w tego typu sytuacjach należy zastosować „wyższy standard dowodu”. Jak podkreślono, „oszustwo w sprawach cywilnych musi być udowodnione przez jasny i przekonujący dowód i nie może być udowodnione tylko spekulacjami. Wynika to z tego, że oszustwa nie można nigdy domniemywać [...]. Przekupstwo jest jedną z form oszustwa i musi być udowodnione przy pomocy jasnych dowodów”¹⁰⁷.

Z drugiej jednak strony należy zwrócić uwagę na trudności dowodowe związane z wykazaniem występowania czynu prania brudnych pieniędzy, które z założenia jest czynnością (lub złożonym kompleksem czynności) mającą na celu zakamuflowanie procederu oraz pierwotnej, nielegalnej działalności¹⁰⁸. Jak podkreślono w sprawie ICC Nr 8891, arbitrzy nie mają innego wyboru, jak polegać na faktach przedstawionych przez strony, jeśli są one wystarczająco potwierdzone. Jest to ważne tym bardziej, gdy strona oskarżona o pranie brudnych pieniędzy nie przedstawia wiarygodnych dowodów wykazujących jej niewinność¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Jako że występują różnice w tych kwestiach w konkretnych jurysdykcjach. *T. Minaeva, op. cit.*, s. 40.

¹⁰⁵ *T. Grzegorzczak, J. Tylman, Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2007, s. 150–152.

¹⁰⁶ *M.S. Palay, R.E. Ugarte, op. cit.*, s. 26.

¹⁰⁷ „[...] fraud in civil cases «must be proved to exist by clear and convincing evidence amounting to more than mere preponderance, and cannot be justified by a mere speculation. This is because fraud is never lightly to be presumed» [...] Bribery is a form of fraud and must be established by «a clear preponderance of the evidence» [...]” – Sprawa ICC Nr 6401, *Westinghouse v. The Republic of the Philippines*, [w:] Mealey’s International Arbitration Report, 7(1), 1992, C-405, s. 34. Podaję za: *M.S. Palay, R.E. Ugarte, op. cit.*, s. 26.

¹⁰⁸ *T. Minaeva, op. cit.*, s. 40.

¹⁰⁹ Cyt. za: *T. Minaeva, op. cit.*, s. 40.

Podejście składu orzekającego w omawianej sprawie jest bardzo arbitralne i cechuje się dużą niepewnością. W celu uniknięcia tej niepewności proponuje się, żeby za wystarczający dowód świadczący o popełnieniu przestępstwa prania brudnych pieniędzy uznać np. decyzję organu nadzoru finansowego czy też dokumenty lub zeznania świadków bezpośrednio potwierdzających proceder¹¹⁰. Wydaje się, że składy orzekające powinny uzyskać od stron tak wiele dowodów, jak się da, a następnie ocenić ich wiarygodność i wartość z punktu widzenia porządku publicznego¹¹¹.

Kwestią sporną natomiast jest to, czy same tylko elementy, czynniki (por. rekomendacje FATF), które przekazywane są instytucjom finansowym, a które mogą stanowić o popełnieniu czynu prania brudnych pieniędzy, stanowią wystarczający dowód świadczący o występowaniu prania pieniędzy w postępowaniu arbitrażowym¹¹². Rekomendacje FATF są o tyle ważne, że w ich konsekwencji wiele państw¹¹³ wydało swoje „przewodniki”, listy wskaźników, które mogą (ale nie muszą) określić, czy doszło do popełnienia czynu prania brudnych pieniędzy.

Jak się jednak podkreśla, wspomniane rekomendacje zostały stworzone przede wszystkim dla instytucji finansowych, jako swoiste przewodniki, w związku z czym nie sposób uznać ich za wystarczające przesłanki, które udowadniają występowanie czynu prania brudnych pieniędzy¹¹⁴. W świetle tego należy stwierdzić, że wszystkie zalecenia czy rekomendacje mogą jedynie pomóc arbitrom w rozeznaniu się w sytuacji. Nie będą one natomiast przesądzać o tym, czy w danej sprawie występuje, czy też nie zjawisko prania brudnych pieniędzy.

IX. Podsumowanie

Zjawisko tzw. prania brudnych pieniędzy, będąc przestępstwem karnym, stanowi poważne wyzwanie dla arbitrażu międzynarodowego. Jak wskazano, arbitraż jako stosunkowo elastyczna metoda rozwiązywania międzynarodowych sporów może zostać wykorzystany do celów wyprania brudnych pieniędzy. Sądy polubowne powinny być wrażliwe nie tylko na zarzuty przedstawiane przez strony, lecz – jak się wydaje – powinny również podejmować działania *ex officio*. Działania te muszą być jednak wyważone, aby sądy polubowne nie narażały się na zarzut wykroczenia poza zakres *ratione materiae* zapisu na sąd polubowny.

Zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem sądy polubowne mają jurysdykcję w kwestiach związanych z czynami nielegalnymi, w tym praniem brudnych pieniędzy. Powinny one zatem rozpatrzyć tego typu zarzuty, uwzględniając przepisy wymuszające swoje zastosowanie oraz ewentualnie tzw. międzynarodowy porządek publiczny.

¹¹⁰ T. Minaeva, *op. cit.*, s. 40.

¹¹¹ *Ibidem*, s. 41.

¹¹² M.S. Palay, R.E. Ugarte, *op. cit.*, s. 26; sama informacja stanowiąca podejrzenie nie jest równoznaczna z dowodem.

¹¹³ Por. np. w Szwajcarii Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission Concerning the Prevention of Money Laundering; Wolfsberg Group.

¹¹⁴ M.S. Palay, R.E. Ugarte, *op. cit.*, s. 27.

Jeśli chodzi o ciężar dowodu, to spoczywa on na stronie, która zarzuca czyn prania pieniędzy. Jednak sądy orzekające powinny pamiętać o szczególnych problemach, jakie wiążą się z udowodnieniem czynu prania brudnych pieniędzy. Natomiast granice obowiązku informowania odpowiednich służb o możliwości wystąpienia czynu prania brudnych pieniędzy będą wyznaczone zasadą poufności arbitrażu, przywilejami wynikającymi z relacji pełnomocnik – strona postępowania oraz prawem do sprawiedliwego procesu.

ABSTRACT

Money laundering, which aims to hide and disguise the true origin and ownership which stems from the criminal activity, is a serious crime penalized not only by the criminal law of particular states but also by the international conventions. Money laundering is a three stage process which comprises: firstly, the so-called „soaking” or „smurfing”, secondly, „washing” or „layering”, thirdly and finally, „integrating”. International arbitration can be used as a tool to launder dirty money. There are many risks e.g. the arbitral process can be simulated by the two parties or one party of the contract may buy goods which are overpriced paying for them with „dirty” money which come from the criminal activity.

There are many conventions which regulate the issue of money laundering such as the United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (1988). There are also regional regulations such as the three directives of the European Union. It must be pointed out that the Financial Action Task Force on Money Laundering (a body created in 1989 by the G7 Group) has developed a set of recommendations, the so-called „Forty Recommendations”. In Poland, money laundering is penalized under art. 299 of the Criminal Code and also in some particular acts.

An Arbitral Tribunal which encounters the issue of money laundering should firstly determine whether it has jurisdiction or not, then determine the applicable law. There are three approaches developed in the doctrine and the case-law. Firstly, the Arbitral Tribunal should possibly confirm that it has no jurisdiction over the dispute. Secondly, assuming that the Tribunal has jurisdiction over issues related to money laundering, it should apply the international public policy and not enforce a contract. Thirdly and finally, the Arbitral Tribunal should apply mandatory rules and also not enforce a contract. It must be stressed out that the first approach was criticized and nowadays it is rather clear that arbitral tribunals have jurisdiction over the matters related to money laundering (but only to the contractual matters). Consequently, arbitral tribunals should take into account the allegations concerning money laundering and apply either the international public policy or mandatory rules. At the end of the day, the contract which is connected with the money laundering process should not be enforced.

A controversial question remains whether arbitral tribunals can decide about money laundering ex officio in order not to adjudicate ultra petita? The answer is not a simple one and arbitral tribunals should balance between the public interest in penalizing a money laundering procedure and the private character of arbitration. It must be borne in mind that adjudication over requests could be possible grounds to refuse the recognition

and the enforcement of the award under the New York Convention. On the other hand, arbitrators as lawyers (primarily) have a duty to inform specific national bodies which are responsible for identifying the money laundering process. Not doing that, arbitrators may be penalized by the criminal law. But it must be borne in mind that there are at least a few contrary obligations imposed on the arbitrators and counsels – confidentiality of the proceedings and e.g. attorney-client privilege. These rights will be boundaries of the obligation to inform about the indications of money laundering.

The final question is about the burden of proof. In most countries, the burden of proof is considered a matter of substantive law, however in some countries it is a matter of procedural law. Consequently, an arbitral tribunal will have to look at the applicable law and determine whether the standard of proof in case of money laundering should be treated as a criminal or civil standard.