

# Problem skutków prawnych niezrealizowania przedarbitrażowych etapów wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC

Warunki Kontraktowe FIDIC (dalej jako WK FIDIC)<sup>1</sup> zyskały ugruntowaną pozycję w polskiej praktyce realizacji dużych inwestycji infrastrukturalnych i budowlanych<sup>2</sup>. Oprócz efektywnego modelu zarządzania projektem, obecności Inżyniera Kontraktu<sup>3</sup> w toku realizacji inwestycji, warunki te zawierają<sup>4</sup> specyficzny, wieloetapowy sposób rozwiązywania sporów powstałych w ramach postępowania prac budowlanych<sup>5</sup>. W praktyce stosowania prawa pojawił się ważki problem skutków prawnych niezrealizowania przedarbitrażowych etapów wielostopniowej klauzuli<sup>6</sup> arbitrażowej FIDIC. Problem tym bardziej istotny, że jego rozwiązanie wielokrotnie rzutuje na powodzenie całej inwestycji. Autor stoi na stanowisku, że skutkiem braku realizacji przedarbitrażowych etapów wielostopniowej klauzuli arbitrażowej jest nieskuteczność zapisu na sąd polubowny, zawartego w umowie, a zatem brak możliwości skutecznego podniesienia przez stronę konfliktu zarzutu zapisu na sąd polubowny. Głównym argumentem przemawiającym za takim stanowiskiem jest natura wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC.

## I. Zagadnienia wprowadzające

Procedura rozstrzygnięcia sporów<sup>7</sup> pojawiających się w trakcie trwania inwestycji budowlanej, zawarta w Warunkach

1 W obrocie występują dwa znaczenia słowa „FIDIC”. Pierwsze odnosi się do Międzynarodowej Organizacji Inżynierów Konsultantów, natomiast drugie, powszechnie funkcjonujące w obrocie, wyraża zestaw gotowych ogólnych warunków umów o roboty budowlane, przygotowanych przez tę organizację. Wskazane wzorce, dzięki kompleksowej i rozsądnej alokacji ryzyk związanych z realizacją inwestycji infrastrukturalnych, znalazły szerokie zastosowanie w praktyce realizacji tego typu inwestycji; szerzej zob. N.G. Bunni, *The FIDIC Forms of Contract*, Oksford 2005, s. 3–16; FIDIC (*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*) to akronim Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów, utworzonej w Gandawie (Belgia) w 1913 r., przez trzy krajowe stowarzyszenia inżynierów konsultantów z Francji, Szwajcarii i Belgii. Organizacja ta zrzesza stowarzyszenia inżynierów konsultantów – po jednym, reprezentatywnym stowarzyszeniu z każdego z kilkudziesięciu krajów, tworząc platformę wymiany poglądów i doświadczeń dla inżynierów konsultantów z całego świata. Polską organizacją – członkiem FIDIC (*Member Association*) jest SIDiR – Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczników.

2 Jak wskazuje europejska organizacja prowadząca badania dotyczące branży budowlanej – EUROCONSTRUCT, w komunikacie prasowym dotyczącym 81 konferencji EUROCONSTRUCT2016 w Dublinie, polski rynek budowlany przez ostatnie lata nie tylko był jednym z najszybciej rozwijających się w Unii Europejskiej, ale również prognozy na najbliższe lata wskazują, że ten trend się utrzyma, zob. [www.euroconstruct.org/presinfo/2016\\_81\\_Press.pdf](http://www.euroconstruct.org/presinfo/2016_81_Press.pdf), s. 4. Dlatego też ze względu na popularność wzorców FIDIC, którymi od wielu lat posługują się uczestnicy procesu budowlanego w Polsce, istnieje potrzeba omówienia kontrowersji, jakie rodzi w praktyce stosowania prawa posłużenie się modelem, wielostopniową klauzulą FIDIC, jako narzędziem rozstrzygnięcia sporów budowlanych, będących nieodłączną częścią procesu budowlanego. Tak też G. Wtjtek, w: *System prawa handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, A. Szumański (red.), Warszawa 2010, s. 770.

3 W niniejszej publikacji Inżynier Kontraktu będzie zwany również zamiennie Inżynierem. Uczestnicy procesu budowlanego – Zamawiający, Wykonawca i Inżynier – w celu zwiększenia przejrzystości wyводу będą pisani dużą literą.

4 W swojej czystej postaci, tj. bez wyłączenia klauzuli arbitrażowej.

5 Jedną z cech charakterystycznych inwestycji budowlanej jest nieprzewidywalność wielu kluczowych parametrów, takich jak warunki geologiczne czy pogodowe. Warunki kontraktowe FIDIC pozwalają na szybką eliminację sporów podczas całego procesu budowy, w szczególności w zakresie zaistnienia konieczności dodatkowych płatności czy przedłużenia czasu na ukończenie inwestycji.

6 Ilekroć w niniejszej publikacji będzie mowa o klauzuli, tylekroć należy przez to rozumieć klauzulę i subklauzulę o podanych odpowiednio numerach, zawarte w Warunkach Kontraktowych FIDIC RED BOOK 1999.

7 Więcej na temat momentu powstania sporu na gruncie umowy o roboty budowlane realizowanej według WK FIDIC zob. M. Topór, *Wielostopniowa klauzula arbitrażowa jako sposób rozstrzygnięcia sporów w sektorze budowlanym w świetle warunków kontraktowych FIDIC*, w: A. Garnuszek (red.), L. Mazur (red.), A. Orzel (red.), *Quo Vadis, Arbitraż?*, Warszawa 2013, s. 578–579.

Kontraktowych FIDIC, w założeniu ma prowadzić do unikania i szybkiej eliminacji sporów prawnych powstałych na bazie realizacji kontraktu budowlanego (wszystkie wyróżn. – M.T.). Strony umowy o roboty budowlane, na zasadzie swobody umów, mogą ułożyć swój stosunek zobowiązaniowy, korzystając z formularzy umów, w tym także WK FIDIC<sup>8</sup>. Swoboda stron umowy o roboty budowlane w określaniu treści umowy o arbitraż wynika z zasady swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), która znajduje w szczególności zastosowanie w przypadku kreowania wielostopniowej klauzuli arbitrażowej, gdyż sam arbitraż, jako sposób rozstrzygnięcia sporów prawnych, wynika z woli stron umowy<sup>9</sup>.

### I.1. Przyczyny popularności WK FIDIC

Należy wskazać na następujące powody, dla których WK FIDIC cieszą się dużą popularnością w obrocie gospodarczym:

- 1) w sposób równomierny rozkładają ryzyka stron umowy o roboty budowlane<sup>10</sup>;

8 Zob. wyrok Sądu Najwyższego (dalej jako SN) z 6.02.2015 r. (II CSK 327/14), LEX nr 1652381. WK FIDIC w takim przypadku wiązały strony, a związane to ma charakter autonomiczny, a nie heteronomiczny. Inkorporacja poszczególnych postanowień WK FIDIC następuje przez odesłanie. Wykładnia postanowień umowy bazującej na WK FIDIC jest dokonywana zgodnie z regulami wykładni oświadczeń woli (umów), określonymi w art. 56 oraz art. 65 § 1 i 2 ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 380 ze zm. – dalej jako k.c.) – zob. wyrok SN z 19.03.2015 r. (IV CSK 443/14), LEX nr 1656288.

9 Tak, przekonywająco, A. Szumański, *Problem dopuszczalności modyfikacji treści umowy w wyroku sądu arbitrażowego w świetle prawa polskiego*, w: J. Okolski (red.), *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, Warszawa 2010, s. 321, jak również S.M. Kröll, *Arbitration*, w: J.M. Smits (red.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham 2012, s. 88.

10 Na temat modelu zarządzania ryzykiem według WK FIDIC w porównaniu do innych modeli stosowanych przy trzech dużych przedsięwzięciach infrastrukturalnych realizowanych w Chinach i Singapurze – zob. L. Bing, R.L.K. Tiong, *Risk management model for international construction joint ventures*, „Journal of Construction Engineering and Management” 1999/5, s. 377–384.



- 2) istnieje swoisty zwyczaj stosowania niniejszych warunków kontraktowych, szczególnie w krajach wysoko rozwiniętych gospodarczo<sup>11</sup>;
- 3) ich stosowanie pozwala na znaczne **zwiększenie przewidywalności i przejrzystości** realizacji danej inwestycji, co skutkuje znacznym **ułatwieniem zarządzania inwestycją** przez wykwalifikowane podmioty posiadające odpowiednie doświadczenie, również w zakresie prowadzenia inwestycji realizowanej na wzorcach FIDIC;
- 4) WK FIDIC bardzo często stosuje się przy realizacji **dużych inwestycji międzynarodowych** (*cross-border investments*), w szczególności takich, w których Zamawiający i Wykonawca mają siedziby w różnych krajach;
- 5) w Polsce, w okresie przedakcesyjnym do Unii Europejskiej, warunki te **były obligatoryjne dla programów finansowanych z Funduszu Spójności**<sup>12</sup>, natomiast **obecnie są one rekomendowane** dla inwestycji realizowanych ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej, jak również dla umów finansowanych ze środków Banku Światowego, Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju czy też Azjatyckiego Banku Rozwoju<sup>13</sup>;
- 6) największe możliwości przeprowadzania olbrzymich projektów infrastrukturalnych ma państwo<sup>14</sup>. W przypadku inwestycji realizowanych w reżimie polskiego prawa zamówień publicznych, proces inwestycyjny jest poprzedzony sformalizowaną procedurą postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na wybór Wykonawcy inwestycji w formule kontraktu FIDIC, jak również na wybór Inżyniera Kontraktu, która ze względu na wartość kontraktów budowlanych zwykle wiąże się z **przeprowadzeniem procedury przetargowej**, co w założeniu stymuluje gospodarkę kraju oraz ma rozwijać konkurencję w branży budowlanej<sup>15</sup>.

Powyższe czynniki, wpływające na atrakcyjność warunków kontraktowych FIDIC<sup>16</sup>, przemawiają za postawieniem tezy, że ich obecność w polskim obrocie gospodarczym jest zjawiskiem pozytywnych i oczekiwanym.

11 Pierwszy wzorzec, tzw. FIDIC RED BOOK, został wydany we wrześniu 1957 r. W obrocie funkcjonują także inne warunki kontraktowe dla robót budowlanych, np. General Conditions of Contract for Construction Works (Second Edition, 2010) czy też NEC3 Engineering and Construction Contract (ECC 2013). Jakkolwiek WK FIDIC cieszą się największą popularnością na całym świecie.

12 Obecnie nie ma tego wymogu wobec inwestycji finansowanych z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko; zob. Stanowisko Instytucji Zarządzającej w sprawie stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC oraz niektórych klauzul umownych w projektach finansowanych ze środków Funduszu Spójności oraz Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, por. [www.pois.gov.pl](http://www.pois.gov.pl).

13 Stosowanie warunków FIDIC stało się normą w odniesieniu do dużych inwestycji infrastrukturalnych, wskazując tym samym na zaufanie wyrafinowanych uczestników obrotu gospodarczego dla akceptowanego balansu ryzyk związanych z przedsięwzięciem infrastrukturalnym.

14 Względnie podmiot prywatny, realizujący inwestycję w oparciu o partnerstwo publiczno-prywatne – dla takich inwestycji przeznaczony jest tzw. FIDIC GOLD BOOK.

15 Jeżeli chodzi o liczbę udzielonych zamówień publicznych na roboty budowlane, to w I kwartale 2016 r. stanowiły one 47% całego rynku zamówień publicznych (według wartości), z czego 83,37% udzielono w trybie przetargu nieograniczonego. Za udowodnioną więc należy uznać tezę, że roboty budowlane stanowią ważny element w strukturze wydatkowania olbrzymich środków publicznych – zob. Informator UZP 1/2016, por. [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0018/31392/Informator\\_nr\\_1\\_2016.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0018/31392/Informator_nr_1_2016.pdf).

16 WK FIDIC są tak naprawdę jedynie szkicem umowy o roboty budowlane i wymagają odpowiedniego przystosowania proponowanych w WK FIDIC rozwiązań do konkretnego przedsięwzięcia inwestycyjnego, biorąc przede wszystkim pod uwagę przepisy bezwzględnie obowiązujące (*iuris cogentis*) w danym państwie. Dodatkowo, gdy Zamawiającym jest podmiot publiczny, ewentualne modyfikacje powinny uwzględniać reżim prawa zamówień publicznych.

## 1.2. Pojęcie wielostopniowej klauzuli arbitrażowej

Wielostopniowa klauzula arbitrażowa (*Multi-Step/Multi-Tier Dispute Resolution Clause*) jest pojęciem doktrynalnym<sup>17</sup>. Zyskuje ona coraz większą popularność w obrocie międzynarodowym z uwagi na wzrost zainteresowania alternatywnymi metodami rozwiązywania sporów (*Alternative Dispute Resolution – ADR*). Zasadniczo polega ona na tym, że **dwie metody rozwiązywania sporów lub więcej zostaje zintegrowanych w ramach jednej klauzuli arbitrażowej**. Składając się z takich etapów jak: negocjacje, mediacje, concyliacja, wielostopniowe klauzule arbitrażowe opierają się **na założeniu, że dopiero w wypadku gdy metody alternatywne nie doprowadzą do rozwiązania sporu, zastosowanie znajduje metoda o charakterze adjudykacyjnym**. Tą ostatnią metodą zwykle jest arbitraż, co wymusiło zbiorczą nazwę tych metod alternatywnych – metody przedarbitrażowe<sup>18</sup>.

Klauzula arbitrażowa ma **charakter autonomiczny** – nie dzieli automatycznie losów kontraktu podstawowego, lecz żyje własnym życiem, zgodnie z **doktryną separability**<sup>19</sup>. Jej **ważność czy skuteczność należy analizować w oderwaniu od kontraktu głównego**. Dlatego możliwa jest sytuacja, w której zapis na sąd polubowny będzie ważny i skuteczny, natomiast sama umowa o roboty budowlane będzie nieważna.

W doktrynie prawa arbitrażowego istnieją **rozbieżne poglądy co do charakteru prawnego zapisu na sąd polubowny**. Zasadniczo, możemy wyróżnić **trzy koncepcje**: pierwsza mówi, że zapis na sąd polubowny jest **czynnością materialnoprawną**, druga stwierdza, że to **czynność procesowa**, natomiast trzecia wskazuje, iż mamy do czynienia z czynnością o **charakterze mieszanym lub sui generis**. Jak słusznie wskazuje się w literaturze<sup>20</sup>, opowiedzenie się za jedną z przedstawionych opcji interpretacyjnych wpływa na podejście do wielostopniowych klauzul arbitrażowych.

Przedstawiciele pierwszego stanowiska, argumentując za przyjęciem materialnoprawnego charakteru zapisu na sąd polubowny, definiują czynności procesowe przez wskazanie cech ogólnie składających się na ich ujęcie. W efekcie dochodzą do wniosku, że wymaganiami tym nie odpowiadają umowy o arbitraż, gdyż są zawierane przez podmioty niebędące jeszcze stronami procesu, a truizmem jest, iż zapisu na sąd polubowny nie można porównać z wytoczeniem powództwa, gdyż dopiero przez wytoczenie powództwa powód uzyskuje status strony procesowej<sup>21</sup>.

17 Nazwa pochodzi od angielskiego terminu *multi-step/multi-tier arbitration clause*. Klauzule te nazywane są również klauzulami eskalacyjnymi; zob. J.H. Carter, *Report: Part I – Issues Arising from Integrated Dispute Resolution Clauses*, w: A.J. van den Berg (red.), *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series, nr 12, Beijing 2005, s. 447.

18 R. Morek, *Wielostopniowe klauzule rozwiązywania sporów w praktyce kontraktowej i orzecznictwie wybranych systemów prawa kontynentalnego*, w: J. Okolski (red.), *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, Warszawa 2010, s. 51–52.

19 A. Samuel, *Separability of arbitration clauses – some awkward questions about the law on contracts, conflict of laws and the administration of justice*, „Arbitration and Dispute Resolution Law Journal” 2000/36, s. 9.

20 G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, Zuidpoolingel 2009, s. 841.

21 W. Siedlecki, *O tzw. umowach procesowych*, w: Z. Radwański (red.), *Studia z prawa zobowiązań*, Warszawa–Poznań 1979, s. 172. Autor ten broni poglądu, że umowy procesowe, tzw. układy procesowe, do których jego zdaniem należy zaliczyć zapis na sąd polubowny, powodują ten skutek, iż kontrahent zobowiązany jest nie wnosić sprawy do sądu państwowego, lecz skierować ją do sądu polubownego. Natomiast w sytuacji gdy kontrahent wbrew zobowiązaniu skieruje sprawę do sądu, drugi z kontrahentów może podnieść zarzut zapisu na sąd polubowny. Zgłoszenie takiego zarzutu jest czynnością procesową.

Przedstawiciele drugiego zapatrywania zwracają uwagę na kluczowy element w postaci skutku wyłączenia właściwości sądu powszechnego przez podniesienie zarzutu zapisu na sąd polubowny, jak również bezwzględną zasadę równości stron w umowie o arbitraż<sup>22</sup>.

Ponadto w literaturze podnosi się, że czynności procesowe są dokonywane przez podmioty postępowania, przeciwko innym podmiotom postępowania, w celu wywołania wpływu na tok postępowania<sup>23</sup>. Również SN, unikając jednoznacznej oceny, asekuracyjnie przyjmuje, że umowa o arbitraż jest w istocie umową łączącą właściwości umowy materialnoprawnej i procesowej<sup>24</sup>, a dokładniej – jest czynnością prawną materialnoprawną o doniosłych skutkach w sferze prawa procesowego<sup>25</sup>.

Niezależnie od przyjętej opcji interpretacyjnej<sup>26</sup> w zakresie charakteru prawnego zapisu na sąd polubowny stanowisko doktryny jest zgodne co do możliwości stosowania do niego przepisów ogólnych dotyczących ważności czynności prawnych<sup>27</sup>.

Zapis na arbitraż jest bez wątpienia rodzajem umowy działającej *inter partes*. Należy zwrócić uwagę na dwa ograniczenia wolności umów z art. 353<sup>1</sup> k.c., które strony napotykać, kształtując postanowienia swojej umowy o arbitraż, mianowicie: 1) ograniczenia wynikające z przepisów prawa, tj. przepisy, które określają zdatność arbitrażową – art. 1157 kodeksu postępowania cywilnego<sup>28</sup>, a więc oznaczają spory, które mogą być poddane pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego w razie dokonania zapisu, jednocześnie wyłączając kognicję sądu powszechnego – art. 1161 § 1 k.p.c.; 2) ważnym ograniczeniem jest również właściwość (natura) stosunku prawnego<sup>29</sup>.

Nadto, z natury umowy o arbitraż (zapisu na sąd polubowny) wynika przede wszystkim jej funkcja, tj. doprowadzenie do wiążącego rozstrzygnięcia konkretnego sporu, który powstał pomiędzy stronami, lecz tylko w sytuacji, gdy dany spór można podciągnąć pod zakres podmiotowy i zakres przedmiotowy klauzuli arbitrażowej oraz mieści się w granicach zdatności arbitrażowej.

Na kanwie powyższego stanowiska należy postawić tezę o naturze wielostopniowej klauzuli arbitrażowej<sup>30</sup>

22 Tak również T. Ereciński, J. Ciszewski, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część 4. Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Część 5. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Warszawa 2006, s. 367, oraz M. Tomaszewski, *Umowa o arbitraż. Podstawowe problemy prawne*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1994/1, s. 15.

23 M. Jędrzejewska, *Wpływ czynności procesowych na bieg przedawnienia*, Warszawa 1984, s. 22.

24 Zob. uchwała SN z 8.03.2002 r. (III CZP 8/02), OSNC 2002/11, poz. 133.

25 W. Siedlecki opowiadając się jednoznacznie za materialnoprawnym charakterem zapisu na sąd polubowny, argumentuje, że nie tylko umowy procesowe wywołują na podstawie przepisów prawa procesowego skutki procesowe; zob. W. Siedlecki, *O tzw. umowach procesowych...*, s. 176, wraz z przytoczonymi tam przykładami.

26 Zwolennicy stanowiska utrzymującego procesowy charakter zapisu na sąd polubowny tworzą w tym celu kategorię pojęciową czynności procesowych *sensu largo*.

27 T. Ereciński, J. Ciszewski, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 367. Stanowisko przemawiające za dopuszczalnością stosowania w drodze analogii przepisów kodeksu cywilnego aprobują także inni przedstawiciele doktryny – zob. E. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądowictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 84.

28 Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.) – dalej jako k.p.c.

29 Tak, przekonywująco, A. Szumański, *Problem dopuszczalności...*, s. 322.

30 Więcej na temat natury wielostopniowych klauzul arbitrażowych – A. Jolles, *Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement*, „Arbitration”

FIDIC, której funkcja w procesie inwestycyjnym sprowadza się do: 1) unikania sporu oraz jego dynamicznej eliminacji w czasie trzystopniowej procedury, w celu umożliwienia realizacji procesu budowlanego, 2) sekwencyjności występowania poszczególnych etapów, 3) konieczności zrealizowania etapu wcześniejszego, aby można było przystąpić do następnego. Zwieńczeniem całej procedury jest postępowanie przed sądem arbitrażowym, do którego, w założeniu twórców WK FIDIC, powinny trafiać największe spory.

### 1.3. Przyczyny powstawania sporów w procesie realizacji inwestycji budowlanych

Proces realizacji inwestycji budowlanej jest z założenia bardzo złożony<sup>31</sup>. Złożoność ta wynika, po pierwsze, z konieczności dochowania wymagań wynikających z przepisów prawa budowlanego<sup>32</sup>, prawa zamówień publicznych, prawa ochrony środowiska i innych ustaw publicznych, które w polskich warunkach prawnych podlegają częstym zmianom. Po drugie, w zależności od rodzaju inwestycji, wymaga wielu zezwoleń, uzgodnień, mapek, rysunków lub instrukcji<sup>33</sup>, zgromadzenia odpowiedniej dokumentacji, której właściwe przygotowanie wymaga czasu i udziału wielu podmiotów, w tym Zamawiającego. Po trzecie, w związku z możliwością wystąpienia nieoczekiwanych zdarzeń, związanych np. z pojawieniem się nieprzewidzianych w projekcie budowlanym warunków gruntowych, uniemożliwiających zastosowanie danej technologii i w konsekwencji kontynuacji robót, czy też wykryciem znaleziska archeologicznego<sup>34</sup>, a kończąc na możliwości zaistnienia siły wyższej<sup>35</sup>.

Powyższy stan rzeczy sprawia, że w trakcie trwania robót, jak również po ich zakończeniu pojawiają się

2006/4(72), s. 329–331; A.J. Bělohávek, *Arbitration agreement. MDR Clauses and Relation thereof to Nature of Jurisdictional Decisions on the Break of Legal Cultures*, w: J. Okolski (red.), *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, Warszawa 2010, s. 420–421.

31 Więcej na temat specyfiki procesu budowlanego – G. Wujek, w: *System...*, t. 8, s. 768–769.

32 Ustawa z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 290 ze zm.) – dalej jako pr. bud. Koniecznym etapem procesu inwestycyjnego jest uzyskanie pozwolenia na budowę. Stosownie do art. 28 ust. 1 pr. bud. roboty budowlane można rozpocząć jedynie na podstawie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, z zastrzeżeniem art. 29–31 pr. bud., które przewidują wyjątki od powyższej zasady. Jednakże, zanim inwestor uzyska stosowne pozwolenie na budowę, art. 32 ust. 1 pr. bud. stanowi, że pozwolenie na budowę lub rozbiórka obiektu budowlanego może być wydane m.in. po uprzednim przeprowadzeniu postępowania w sprawie oceny oddziaływania na środowisko wymaganego przepisami o ochronie środowiska oraz uzyskaniu przez inwestora, wymaganych przepisami szczególnymi, pozwoleń, uzgodnień lub opinii innych organów (takim pozwoleniem jest np. pozwolenie wodnoprawne z art. 122 ustawy z 18.07.2001 r. – Prawo wodne (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 469 ze zm.), który stanowi, iż pozwolenia wodnoprawnego wymagają szczególne korzystanie z wód i wykonanie urządzeń wodnych, a także inne wskazane w tym przepisie działania mogące mieć wpływ na stan wód). Pozwolenie na budowę może być wydane wyłącznie, jeżeli Zamawiający: 1) złożył wniosek w tej sprawie w okresie ważności decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, jeżeli jest ona wymagana zgodnie z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym; 2) złożył oświadczenie, pod rygorem odpowiedzialności karnej, o posiadaniu praw do dysponowania nieruchomością na cele budowlane.

33 WK FIDIC wprost przewidują tego typu sytuację, np. klauzula 1.9 (*Delayed Draftings or Instructions*), która wskazuje na obowiązek Wykonawcy powiadomienia Inżyniera Kontraktu o konieczności dostarczenia określonych rysunków czy też planów, wraz z określeniem konsekwencji (kosztów i opóźnień), jakie mogą się pojawić w razie ich niedostarczenia w stosownym czasie. Jeżeli Zamawiający nie zastępuje się do wniosku Wykonawcy określonego w ten sposób i z tego tytułu Wykonawca poniesie dodatkowe koszty lub nie będzie mógł kontynuować budowy, na co Zamawiający nie będzie chciał się zgodzić, wówczas możemy mówić o sytuacji spornej, wymagającej przejścia przez procedurę z klauzuli arbitrażowej FIDIC.

Podstawą przedłużenia czasu na ukończenie mogą być również klauzule: 2.1, 4.7, 4.12, 4.24, 7.4, 8.4, 8.5, 8.9, 10.3, 11.8, 13.7, 16.1, 17.4, 19.4 WK FIDIC.

34 Zob. klauzula 4.24 (*Fossils*).

35 Zob. klauzula 19.4 (*Consequences of Force Majeure*).





sytuacje sporne w zakresie praw i obowiązków stron umowy o roboty budowlane, których rozwiązanie wymaga ingerencji obu stron. **Szczególna pozycja w tym zakresie przysługuje Inżynierowi Kontraktu**, któremu przypisuje się funkcję mediatora-konsultanta, jednakże ze względu na powiązania z Zamawiającym **nie można mówić, że jest podmiotem bezstronnym**. Niemniej jednak jego funkcja w procesie zarówno klarowania roszczeń stron, jak i prowadzenia negocjacji pomiędzy nimi jest nieprzeceniona.

## 2. Budowa wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC

Proces realizacji inwestycji budowlanej przez strony umowy o roboty budowlane nierozzerwalnie łączy się z koniecznością rozstrzygnięcia kwestii spornych<sup>36</sup>, bezpośrednio rzutujących na **relacje pomiędzy stronami i powodzenie danej inwestycji**. Warunki kontraktowe FIDIC, w odpowiedzi na ten stan rzeczy, przewidują **kompleksowy mechanizm unikania sporów**, a gdy zaistnieją – ich eliminacji<sup>37</sup>.

Dzięki zaangażowaniu w ten proces profesjonalistów i osób bezstronnych strony mają szansę uzyskania rzeczowego i szybkiego rozstrzygnięcia.

Warunki Kontraktowe FIDIC zawierają wewnętrzną procedurę<sup>38</sup>, jaką strony powinny wyczerpać w celu dochodzenia swoich roszczeń, zanim zdecydują się na arbitraż. Do takich czynności należą przede wszystkim: 1) powiadomienie Inżyniera Kontraktu, który pełni funkcję konsultanta pomagającego stronom w znalezieniu kompromisu<sup>39</sup>, 2) wniesienie sporu do Komisji Rozjemczej (*Dispute Adjudication Board* – dalej jako DAB)<sup>40</sup> oraz ewentualnie, 3) wniesienie zastrzeżeń i podjęcie próby ugodowej. Wszystkie etapy tworzą tzw. **wielopoziomową klauzulę arbitrażową FIDIC**, wokół której w praktyce stosowania prawa narasta wiele kontrowersji.

### 2.1. Ustalenia Inżyniera

Pierwszym etapem wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC jest umożliwienie podjęcia decyzji przez Inżyniera<sup>41</sup> w zakresie kwestii wymagającej jego stanowiska w sprawie, w oparciu o jego doświadczenie i wiedzę specjalistyczną.

Warunki Kontraktowe FIDIC oparte są na tzw. **modelu konsultingowym realizacji przedsięwzięć budowlanych**, powstającym w krajach systemu *common law*. Model ten zakłada trzeci, poza Zamawiającym i Wykonawcą, element w umowie o roboty budowlane, którym jest niezależny konsultant opłacany przez Zamawiającego. Ze względu na fakt, iż modelowo jest on strażnikiem prawidłowego wykonania umowy, zwany jest także Inżynierem Kontraktu<sup>42</sup>.

Na gruncie WK FIDIC rola Inżyniera łączy się również z kwestią momentu powstawania roszczeń stron umowy o roboty budowlane. Istnieją bowiem poglądy **optujące za rozróżnieniem pomiędzy roszczeniem w sensie polskiego prawa cywilnego a pojęciem roszczenia (*claim*)**, którym posłużyli się twórcy warunków FIDIC w klauzuli 20. Zdaniem przedstawicieli wskazanego zapatrywania w tym ostatnim przypadku roszczenie należy wyklądać jako twierdzenie o prawie (*an assertion of a right*), natomiast roszczenie powstaje dopiero w momencie dokonania określenia (*determination*) przez Inżyniera Kontraktu. Pogląd ten przesuwając moment powstania roszczenia na chwilę, w której podmiot trzeci – Inżynier Kontraktu dokona oceny stanowiska podmiotu, który uważa się za uprawniony lub w razie braku reakcji Inżyniera – na dzień, w którym upłynęło 42 dni od momentu zgłoszenia stosownego twierdzenia o prawie<sup>43</sup>. Jakkolwiek **na gruncie polskiego prawa cywilnego pojęcie roszczenia należy rozumieć inaczej, tj. jako uprawnienie domagania się przez stronę stosunku prawnego, aby druga strona zachowała się w określony sposób**. Podstawą roszczenia są poszczególne postanowienia umowy stron, jak również bezwzględnie obowiązujące normy prawne.

Inżynier jest podmiotem działającym dla Zamawiającego także w sytuacjach wyraźnie wymienionych w umowie jako przypadki, w których potrzebne są jego obiektywne ustalenia.

**W pewnym uproszczeniu można powiedzieć, że w polskich realiach kontraktowych stanowisko Inżyniera utożsamia stanowisko Zamawiającego<sup>44</sup>. Dąży on do ukończenia robót budowlanych w taki sposób, aby zrealizować inwestycję zgodnie z kontraktem, przy zachowaniu należytej staranności uwzględniającej profesjonalny charakter prowadzonej działalności.**

Obecność Inżyniera jest kluczowa w procesie dokonywania rozliczeń, albowiem jego oświadczenia utożsamiają faktyczne stanowisko Zamawiającego odnośnie do kwestii będącej przedmiotem ustaleń. Jednakże należy podkreślić, że dzięki zaangażowaniu sprawnego i charyzmatycznego mediatora<sup>45</sup> jako Inżyniera, wiele sporów można zdusić w zarodku.

36 Zgodnie z zasadą – tam gdzie duże pieniądze, tam duże ryzyko pojawienia się sporu.

37 Zob. klauzula 20 (*Claim, Disputes and Arbitration*).

38 Zarówno w Czerwonej, jak i Żółtej Książce FIDIC procedura jest niemal identyczna, natomiast w Srebrnej Książce występują pewne różnice wynikające z braku Inżyniera Kontraktu w kontraktach realizowanych na bazie tej książki; szerzej na ten temat N.G. Bunni, *The FIDIC...*, s. 736–741.

39 Zob. klauzula 3.5 (*Determinations*): „the Engineer shall consult with each Party in an endeavour to reach agreement”. Rolą Inżyniera jest podjęcie starań, poprzez konsultacje z obiema stronami, w celu uzyskania porozumienia.

40 Więcej na temat statusu prawnego DAB – P. Pietkiewicz, *Egzekwucyjność decyzji Komisji rozjemczych w umowach FIDIC*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2010/1(9), s. 88.

41 Najważniejsze zadania Inżyniera to: prowadzenie w ramach kontraktu obsługi finansowo-rozliczeniowej, certyfikacja wykonanych robót i wystawianie Świadectw Płatności, jak również szerokie uprawnienia w zakresie ustaleń związanych z realizacją kontraktu (*fair determination*). Inżynier jest osobą trzecią z art. 474 k.c., za pomocą której Zamawiający wykonuje zobowiązanie. W założeniu twórców warunków kontraktowych FIDIC Inżynierem powinna być osoba fizyczna o odpowiednich kwalifikacjach i standardzie etycznym. Więcej na temat statusu prawnego Inżyniera – I. Ndekugri, N. Smith, W.P. Hughes, *The engineer under FIDIC's conditions of contract for construction*, „Construction Management and Economics” 2007/7, s. 791–799; M. Topór, *Wielostopniowa klauzula arbitrażowa...*, s. 579–583.

42 Organizacja FIDIC stworzyła specjalne wzorce umowy zawieranej między Zamawiającym a Inżynierem Kontraktu – FIDIC WHITE BOOK, która jest w pełni kompatybilna z WK FIDIC.

43 Zob. T. Srokosz, M. Brzóska, M. Barczyk, *Arbitraż jako naturalny sposób rozwiązywania sporów powstałych na gruncie kontraktów typu FIDIC*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2011/3, s. 129.

44 W myśl zasady – kto płaci, ten wymaga, zob. E. Łętowska, w: *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, E. Łętowska (red.), Warszawa 2013, s. 434. Autorka słusznie zauważa, że Inżynier, wynagradzany przecież przez Zamawiającego, nie spełnia warunków niezależności; również J. Strzępka, w: *System prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, S. Włodyka (red.) Warszawa 2014, s. 1199, twierdzi, że Inżynier jest pośrednikiem – pełni funkcję przedstawiciela Zamawiającego. Natomiast stanowczo nie można się zgodzić z zapatrywaniem, że Inżynier pełni funkcję stałego pre-arbitra; zob. S. Pieckowski, w: *System prawa handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, A. Szumański (red.), Warszawa 2015, s. 1137.

45 Inżynier może także pełnić funkcję mediatora pomagającego stronom umowy o roboty budowlane w znalezieniu kompromisowego rozwiązania dalszej kwestii spornej.

## 2.2. Decyzja Komisji Rozjemczej (DAB)

Postępowanie przed DAB jest współcześnie powszechnie wykorzystywane w światowej branży budowlanej<sup>46</sup>. Podstawowym zadaniem DAB jest weryfikacja ustaleń Inżyniera. Strony zobowiązują się udostępnić jej wszelkie potrzebne informacje, a także umożliwić dostęp do terenu budowy. Komisja Rozjemcza powinna wydać decyzję (*decision*) wraz z uzasadnieniem nie później niż 84 dni od otrzymania wniosku od jednej ze stron sporu, jakkolwiek strony mogą ustalić w Warunkach Szczególnych<sup>47</sup> inny termin<sup>48</sup>. Charakter prawny decyzji DAB budzi wiele wątpliwości prawnych, związanych przede wszystkim z problemem egzekwowalności wiążącej i nieostatecznej decyzji<sup>49</sup>.

Zasadniczo momentem powstania sporu prawnego<sup>50</sup> jest chwila, gdy jedna strona odpowiednio powiadomiła drugą stronę o swoim roszczeniu materialnoprawnym, a ta ostatnia je odrzuciła<sup>51</sup> bądź w sytuacji, gdy druga strona przedstawiła zarzut, na który ta pierwsza się nie zgodziła.

Jeżeli między stronami zaistnieje spór (*dispute*) dotyczący jakiegokolwiek kwestii kontraktowej określonej przez Inżyniera, to każda ze stron umowy o roboty budowlane może złożyć pisemny wniosek do DAB o rozpatrzenie tego sporu. Rozstrzygnięcie Komisji Rozjemczej jest ostateczne

i wiążące (*final and binding*) dla stron, gdy żadna ze stron nie odwoła się od niego<sup>52</sup>, składając powiadomienie o niezadowoleniu (*notice of dissatisfaction*)<sup>53</sup>. Natomiast, gdy któraś ze stron zakwestionuje decyzję DAB, wówczas jest ona ostateczna, ale niewiążąca. Rozstrzygnięcie DAB nie jest tożsame z wyrokiem sądu arbitrażowego zawartego w klauzuli 20.4 WK FIDIC. Za tezę przemawia wykładnia teleologiczna systemu rozstrzygania sporów w ramach WK FIDIC, przewidującego etapowość i zwiększanie doniosłości prawnej decyzji podejmowanych na poszczególnych stopniach procesu. Na pewno natomiast decyzje DAB są wiążące dla stron, albowiem kształtują stosunek cywilnoprawny stron, na mocy ich dobrowolnej decyzji, stanowiący dozwolony w ramach wolności umów wyłom od zasady zakazu ingerencji osoby trzeciej w treść umowy<sup>54</sup>.

W pełni należy podzielić zapatrywanie<sup>55</sup> podkreślające konieczność odróżnienia arbitrażu eksperckiego od arbitrażu handlowego. Osoba trzecia, która zostaje nominowana przez strony konfliktu do wyrażenia swojego stanowiska merytorycznego, przedstawia je albo w formie zalecenia, albo w formie decyzji. Zastosowanie jednego z wariantów zależy od woli stron zawartej w odpowiednim postanowieniu umowy, przed zaistnieniem konieczności interwencji osoby trzeciej.

Jeżeli stanowisko osoby trzeciej ma charakter zalecenia, wówczas obie strony umowy powinny w dobrej wierze rozważyć możliwość zastosowania się do niego, natomiast w przypadku decyzji mamy do czynienia z sytuacją ukształtowania treści stosunku prawnego przez osobę trzecią. Taką decyzję powinno się traktować jak każde inne postanowienie umowy stron i taki właśnie charakter ma każda decyzja DAB na gruncie WK FIDIC<sup>56</sup>.

## 2.3. Podjęcie próby ugodowej

Kolejnym, trzecim etapem wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC jest podjęcie próby ugodowej. Jeśli któraś ze stron umowy o roboty budowlane nie chce zastosować się do decyzji DAB albo w ciągu planowanych 84 dni taka decyzja nie zostanie wydana, wówczas zgodnie z procedurą zawartą w klauzuli 20.4 strona powinna zawiadomić o tym kontrahenta w terminie 28 dni od otrzymania decyzji.

46 W polskiej praktyce realizacji inwestycji budowlanych na WK FIDIC często rezygnuje się z części obejmującej DAB, podnosząc argument wysokich kosztów jej funkcjonowania. Niewątpliwie liczba ryzyk, które mogą zostać ograniczone dzięki zachowaniu DAB, przemawia za celowością pozostawienia tego elementu wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC. Ze względu na występujące w praktyce problemy związane z nominacją członków DAB przez obie strony sporu, rekomendowanym rozwiązaniem jest stała DAB wraz z powierzeniem wyboru członków DAB zewnętrzному podmiotowi nominacyjnemu (np. stałemu sądowi polubownemu).

47 Warunki Kontraktowe FIDIC składają się z dwóch części: 1) Warunków Ogólnych – jest to wzór opracowany przez organizację FIDIC, liczący 20 klauzul, każda składająca się z kilku subklauzul, całość tworzy obszerną pozycję książkową (stała nazwa: *Book*). Aktualnie składają się na nią: a) Czerwona Książka (Red Book), 1999, b) Żółta Książka (Yellow Book), 1999, c) Srebrna Książka (Silver Book), 1999, d) Zielona Książka (Green Book), 1999, e) Niebieska Książka (Blue Book), 2006, f) Różowa Książka (Pink Book), 2005, g) Złota Książka (Gold Book), 2008. Każda ze wskazanych pozycji jest przeznaczona określonemu typowi inwestycji i liczy około 80 stron; oraz 2) Warunków Szczególnych, stanowiących modyfikacje wprowadzone przez strony umowy o roboty budowlane, dostosowujące kontrakt do charakteru inwestycji i przepisów obowiązujących w danym kraju. Co do zestawienia klauzul wymagających dostosowania na gruncie prawa polskiego – zob. M. Behnke, B. Czajka-Marchlewicz, D. Dorska, *Umowy w procesie budowlanym*, Warszawa 2011, s. 20. W praktyce najczęściej kontrowersji wzbudza redakcja Warunków Szczególnych, które często obracają w niwecz całą konstrukcję równomiernego rozłożenia ryzyka stron kontraktu, jak również zasadę prymatu realizacji inwestycji nad uzyskaniem wyroku. Szczególnie negatywnie należy ocenić likwidację klauzul dotyczących Inżyniera Kontraktu, procedury eliminacji sporów, jak również nagminne skracanie terminów przewidzianych przez WK FIDIC.

48 Strony mogą także wprowadzić system uzależniający czas na podjęcie decyzji od wartości roszczenia ustalonej według konkretnego kryterium.

49 Należy zwrócić uwagę na okoliczność, że zgodnie z WK FIDIC w przypadku decyzji DAB, którą jedna albo obie strony kwestionują, strony i tak mają obowiązek wprowadzić ją w życie. Jest to element ich umowy, ustalony przez osobę trzecią. Propozycję rozwiązania problemu prawnego, związanego z wyróżnieniem dwóch rodzajów decyzji DAB, prezentuje Ch. Seppälä, który opowiada się za zrównaniem skutków obu typów decyzji DAB, tj. związaniem kontraktowym zarówno decyzji wiążących i ostatecznych (co do których żadna ze stron nie wniesie *notice of dissatisfaction*), jak i decyzji wiążących i nieostatecznych (*final and non-binding*) – zob. Ch. Seppälä, *Enforcement by an Arbitral Award of a Binding but not Final Engineer's or DAB's Decision under the FIDIC Conditions*, „The International Construction Law Review” 2009/14, s. 417 oraz P. Pietkiewicz, *Egzekwowalność...*, s. 88, jak również M. Topór, *Wielostopniowa klauzula arbitrażowa...*, s. 587–592, który zwraca uwagę na zasadność doprecyzowania kompetencji sądu arbitrażowego w tym zakresie.

50 Należy podzielić zapatrywanie A. Zielińskiego, który twierdzi, że w procesie sąd rozpoznaje spór prawny występujący między dwiema stronami i rozstrzyga o prawach i obowiązkach stron, które wynikają z tego sporu – A. Zieliński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, A. Zieliński (red.), Legalis 2012, komentarz do art. 13 k.p.c.

51 Tak, słusznie, M. Pochodyła, *Rozwiązywanie sporów budowlanych według nowej czerwonej książki FIDIC*, „Biuletyn Arbitrażowy” 2008/7, s. 70.

52 Inaczej, zob. S. Pieckowski, w: *System...*, t. 8, s. 1137, który uważa, że decyzje DAB są wiążące dla stron, aczkolwiek mogą być kwestionowane w sądzie, gdy spór tam trafi.

53 Zawiadomienie o niezadowoleniu powinno: 1) stwierdzać, że jest sporządzone stosownie do klauzuli 20.4; 2) zachować formę pisemną; 3) wskazywać kwestie sporne oraz 4) zawierać uzasadnienie niezadowolenia.

54 Więcej w odniesieniu do granic ingerencji osoby trzeciej w stosunek kontraktowy stron za ich zgodą zob. A. Szumański, *Problem dopuszczalności...*, s. 324, a także A. Szumański, *Renegocjacja umów w międzynarodowym obrocie gospodarczym, Studium prawnoporównawcze*, Kraków 1994, s. 127–137.

55 Kompleksowe omówienie problematyki arbitrażu eksperckiego zob. A. Szumański, *Renegocjacja umów...*, s. 127–143.

56 Przy czym wiążące (ale nieostateczne) decyzje wydawane w procesie adjudykacji z prawnego punktu widzenia mogą być kwestionowane w postępowaniu arbitrażowym, stanowiącym finalny etap procesu rozstrzygania sporów budowlanych – zob. G. Wujek, w: *System...*, t. 8, s. 912. Można powiedzieć, że takie rozstrzygnięcie ma tymczasowy charakter i strony dla dobra projektu uprzednio godzą się na wykonywanie również takich decyzji DAB, co do których występują z *notice of dissatisfaction*. Natomiast w razie braku zastosowania się przez którąś ze stron umowy do omawianego rozstrzygnięcia, niewątpliwie może być ono gotową treścią środka zabezpieczającego, wydanego np. w procedurze art. 29 i załącznika V Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej (*International Chamber of Commerce – ICC*) w Paryżu (*Emergency Arbitrator*).





Co jednak istotne, przed rozpoczęciem postępowania przed sądem polubownym strony powinny podjąć próbę polubownego rozwiązania sporu<sup>57</sup>. Zgodnie z WK FIDIC mają na to 56 dni od doręczenia zawiadomienia o niezadowoleniu. Twórcy WK FIDIC przewidzieli stosunkowo długi okres przed rozpoczęciem postępowania arbitrażowego, aby decyzja stron w tym zakresie była przemyślana<sup>58</sup>, natomiast niezależnie od wiszącego w powietrzu sporu przed sądem arbitrażowym strony są zobligowane do zastosowania się do każdej decyzji DAB pod rygorem odpowiedzialności kontraktowej z art. 471 k.c.

Co do sposobu polubownego zażegnania konfliktu we wskazanym okresie, to jego forma nie jest w żaden sposób ograniczona, a w szczególności strony mogą samodzielnie wypracować kompromis, czyniąc sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku, stosownie do art. 917 k.c.

Zgodnie z klauzulą 20.6, jeśli strony podjęły próbę polubownego rozwiązania sporu i zakończyła się ona fiaskiem bądź jeśli taka próba nie została podjęta we wskazanym okresie, wówczas spór trafia przed sąd arbitrażowy<sup>59</sup> – ostatni poziom wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC<sup>60</sup>.

### 3. Natura wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC

W praktyce stosowania prawa pojawił się istotny problem skutków prawnych braku zrealizowania etapów poprzedzających arbitraż w ramach wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC. Poszukując rozwiązania tego problemu, wielokrotnie odwoływano się do pojęcia natury wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC, mimo to problem ten spotkał się z rozbieżnością stanowisk w różnych jurysdykcjach na całym świecie<sup>61</sup>. Polska doktryna i judykatura także nie wypracowały jednolitego stanowiska w tej kwestii<sup>62</sup>.

Kontrowersje prawne w szczególności budzi sytuacja, w której jedna ze stron przedstawia sprawę do arbitrażu przed uzyskaniem decyzji DAB czy też bez podjęcia mediacji, a więc z pominięciem wcześniejszych etapów, w skład których wchodzi: 1) przedstawienie Inżynierowi Kontraktu zawiadomienia o roszczeniu, następnie 2) zgłoszenie sporu przed DAB i dopiero wtedy 3) powiadomienie o odrzuceniu decyzji DAB wraz z podjęciem próby

ugodowej, aby dany spór prawny mógł stać się przedmiotem postępowania przed sądem arbitrażowym.

W doktrynie i judykaturze podjęto próbę określenia konsekwencji prezentowanego problemu prawnego, w wyniku czego zarysowały się trzy ścieżki interpretacyjne: i) pierwsza, opowiadająca się za brakiem jakiegokolwiek wpływu niezastosowania przedarbitrażowych etapów wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC na skuteczność zawartej w WK FIDIC klauzuli arbitrażowej; ii) druga, mówiąca, że skutkiem braku realizacji przedarbitrażowych etapów wielostopniowej klauzuli FIDIC jest tzw. czasowa niedopuszczalność drogi sądowej (zarówno arbitrażowej, jak i przed sądem powszechnym); iii) trzecia, przekonująca, iż skutek niezrealizowania przez którąkolwiek ze stron zobowiązania w tym zakresie jest inny, mianowicie bezskuteczny staje się zapis na sąd polubowny – strony nie mogą podnieść zarzutu zapisu na sąd polubowny przed sądem powszechnym.

Pierwszy wariant interpretacyjny optuje za brakiem jakiegokolwiek wpływu wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC na możliwość przeprowadzenia postępowania zarówno sądowego, jak i arbitrażowego, według zawartej w WK FIDIC klauzuli arbitrażowej. Za tym stanowiskiem opowiedział się Sąd Apelacyjny w Gdańsku, który orzekł w jednym z orzeczeń<sup>63</sup>, że twierdzenie, iż strona dla zachowania roszczeń powinna wyczerpać wszelkie możliwości powołania DAB, nie znajduje oparcia w treści WK FIDIC.

Według tego stanowiska skoro klauzula arbitrażowa FIDIC przewidywała jedynie możliwość powołania DAB, natomiast strony nie przewidziały sankcji w postaci bezskuteczności klauzuli arbitrażowej, co więcej w postępowaniu przed sądem polubownym arbitrzy nie są związani decyzjami DAB, należy stąd wywodzić, iż postępowanie przed DAB nie jest obligatoryjnym elementem klauzuli arbitrażowej, wpływającym na możliwość podniesienia zarzutu na sąd polubowny.

Także część przedstawicieli doktryny opowiedziała się za omawianą drogą wykładni, uznając, iż nie można bazować na anglosaskim punkcie widzenia, który zakłada prymat uzgodnień kontraktowych nad prawem do sądu, natomiast zapisy klauzuli 20 stanowią pewną fakultatywną drogę, która ma stronom umożliwić sprawne rozstrzygnięcie sporu<sup>64</sup>.

W ramach drugiego stanowiska wyrażono pogląd, że warunkiem skuteczności wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC jest wyczerpanie całej procedury rozwiązywania sporów według WK FIDIC, natomiast skutkiem braku współdziałania jednej ze stron w tym zakresie jest czasowy brak właściwości sądu polubownego, aż do wyczerpania koniecznych procedur wielostopniowej klauzuli arbitrażowej. Co jednak istotne, w tym ujęciu niewłaściwy jest także sąd powszechny.

Sąd Arbitrażowy przy Konfederacji Lewiatan w Warszawie w postanowieniu<sup>65</sup> z 2009 r. odrzucił pozew,

57 Zob. klauzula 20.5 (*amicable settlement of a dispute*).

58 Wykonanie robót przez Wykonawcę nie powinno być wstrzymane, albowiem strony łączy zobowiązanie do kontynuowania robót w oparciu o wiążącą decyzję DAB.

59 Stosownie do klauzuli 20.6 spór zostanie ostatecznie rozstrzygnięty przez sąd arbitrażowy, modelowo – na podstawie Regulaminu Arbitrażowego ICC w Paryżu, przez trzech arbitrów oraz w języku ustalonym według klauzuli 1.4.

60 Przy czym, ingerując w warunki ogólne FIDIC, należy pamiętać, że umowa o poddanie sporu właściwości sądu polubownego jedynie w celu zawarcia ugody nie stanowi zapisu na sąd polubowny. Zapis na sąd polubowny musi być stanowczy; zob. M. Tomaszewski, w: *System prawa handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, A. Szumański (red.) Warszawa 2015, s. 270; R. Kułski, *Umowy procesowe w postępowaniu cywilnym*, Kraków 2006, s. 126–128 oraz wyrok SN z 11.07.2001 r. (V CKN 379/00), OSNC 2002/3, poz. 37.

61 Zob. A.J. Bělohávek, *Arbitration...*, s. 411–437.

62 Jak słusznie podnosi się w doktrynie, propozycje rozwiązania prezentowanego problemu prawnego w obcych jurysdykcjach nie przystają do polskich warunków prawnych; zob. R. Morek, *Wielostopniowe klauzule...*, s. 67.

63 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 28.11.2013 r. (I ACa 550/13), LEX nr 1422342.  
64 K. Miularczyk, H. Drynkorn, *Specyfika rozstrzygania sporów przez Komisję Rozjemczą oraz charakter prawny jej decyzji w świetle dopuszczalności drogi sądowej*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2014/2, s. 13. Autorzy wskazują przy tym na konieczność respektowania niezbywalnego prawa do sądu, które w swoim negatywnym aspekcie przewiduje zakaz zamykania drogi sądowej w obronie naruszonych praw.  
65 Zob. ePrzeгляд Arbitrażowy 2010/1, s. 28–30.

po rozstrzygnięciu zagadnienia dotyczącego swojej właściwości, na podstawie § 20 Regulaminu Sądu Arbitrażowego oraz art. 1180 k.p.c., stojąc na stanowisku, że jeżeli klauzula arbitrażowa przewidywała, iż wszczęcie postępowania arbitrażowego powinno nastąpić dopiero wtedy, gdy nie powiodą się obligatoryjne próby rozstrzygnięcia sporu na innej drodze, to do tego czasu pozwany może sformułować zarzut czasowej niewłaściwości sądu polubownego. Zgodnie z poglądem reprezentowanym przez sąd arbitrażowy, na mocy wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC, strony zawierają *pactum de non petendo*, zobowiązując się do niewszczywania postępowania arbitrażowego (jak również sądowego) do czasu zrealizowania etapów przedarbitrażowych rozstrzygnięcia sporu, tj. do momentu skonsumowania wcześniejszych etapów klauzuli. Dalej, skoro klauzula nie przewiduje wyraźnie swojego wygaśnięcia w prezentowanej sytuacji, nie następuje powrót do właściwości sądu powszechnego. Nawet w przypadku stwierdzenia braku właściwości arbitrażu, wolą stron jest nadal poddanie sporów ostatecznie i bezwarunkowo arbitrażowi, natomiast brak zrealizowania przedarbitrażowych etapów rozstrzygnięcia sporu sprawia, że niejako w odniesieniu do danego roszczenia, droga sądowa jest czasowo niedopuszczalna<sup>66</sup>.

Zdaniem przedstawicieli doktryny wpisujących się w powyższy kierunek interpretacyjny wyczerpanie przed sądowych procedur rozstrzygnięcia sporów, określonych w WK FIDIC, może być traktowane jako dopełnienie materialnoprawnej przesłanki skutecznego dochodzenia roszczenia<sup>67</sup>. Dalej, rzeczony zarzut czasowej niedopuszczalności drogi sądowej z uwagi na przedwczesność powództwa ma zastosowanie zwłaszcza w przypadku sporów dotyczących inwestycji opartych na WK FIDIC. Klauzula arbitrażowa WK FIDIC jest przykładem wielostopniowej klauzuli rozwiązywania sporów, która przewiduje, że postępowanie arbitrażowe lub odpowiednio sądowe jest ostatnim z poziomów rozstrzygnięcia sporów, do którego można dojść, jedynie realizując wszystkie elementy klauzuli.

Przedstawiciele trzeciej opcji interpretacyjnej, przy założeniu wyjściowym, że warunkiem *sine qua non* skuteczności wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC jest wyczerpanie całej procedury rozwiązywania sporów według WK FIDIC, zgodnie z naturą wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC obstają za skutkiem niezrealizowania przedarbitrażowych etapów, w postaci braku właściwości sądu polubownego w odniesieniu do danego sporu z uwagi na nieskuteczność klauzuli arbitrażowej. Brakuje możliwości skutecznego podniesienia zarzutu zapisu na sąd polubowny, natomiast w dalszym ciągu właściwy jest sąd powszechny<sup>68</sup>. Według omawianego stanowiska należy przyjąć względną niedopuszczalność drogi sądowej, która występuje w wypadku, gdy podmiot

uprawniony może wybrać sposób ochrony swoich praw albo przed sądem powszechnym, albo przed sądem arbitrażowym, lecz tylko po wyczerpaniu wszystkich etapów wielostopniowej klauzuli arbitrażowej.

Opowiadam się za trzecią opcją interpretacyjną, a swój pogląd argumentuję następująco:

Z poglądem wyrażonym w pierwszej opcji interpretacyjnej nie sposób się zgodzić, bowiem jeżeli wolą stron było rozwiązywanie sporów według natury stosunku prawnego umowy o arbitraż WK FIDIC, wówczas w takim wypadku każdy poziom rozstrzygnięcia sporów jest dla stron obligatoryjny, stosownie do literalnego brzmienia klauzuli. Brzmienie nazwy klauzuli arbitrażowej WK FIDIC – roszczenie, spór i arbitraż (*Claim, Dispute and Arbitration*) wskazuje na współwystępowanie etapów i traktuje zapis na sąd polubowny jako nierozdzielalną całość.

Warto także wspomnieć, że organizacja FIDIC w najnowszych wzorcach FIDIC poparła inicjatywę Banku Światowego wprowadzenia DAB do wszystkich kontraktów budowlanych w celu umożliwienia rozstrzygnięcia sporów pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą robót bez odwoływania się do arbitrażu<sup>69</sup>. Posługując się więc wykładnią historyczną, nie można mieć wątpliwości w związku z założonym przez twórców WK FIDIC przekonaniem stron co do obligatoryjnego charakteru przedarbitrażowych etapów klauzuli.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku, wyrażonym w przywołanym wcześniej wyroku, decyzja DAB działa tylko wtedy, gdy wolą stron jest respektowanie jej rozstrzygnięcia, bowiem nie wiąże się z nią możliwość przymusowej egzekucji. Korzystając z argumentu *ad absurdum*, zgodnie z rozumowaniem sądu, skoro kontrakt główny nie nadaje się do egzekucji (czy też nie stanowi tytułu egzekucyjnego), to również strony nie powinny się do niego stosować. Taka konstatacja nie znajduje żadnego uzasadnienia na gruncie polskiego prawa zobowiązań, a zatem również w tym zakresie zapatrywanie Sądu Apelacyjnego nie zasługuje na podzielenie.

Decyzja DAB jest wiążąca dla stron w zakresie, w jakim kształtuje ich stosunek zobowiązaniowy umowy o arbitraż. Strony powinny traktować decyzję DAB jak każde inne postanowienie umowy, a niewykonanie albo nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wiążącej i ostatecznej decyzji DAB stanowi naruszenie kontraktu i podstawę odpowiedzialności kontraktowej strony, która nie stosuje się do takiego rozstrzygnięcia.

Także nie do zaakceptowania jest argument wskazujący, że nieprzystająca do polskiego porządku prawnego zasada prymatu uzgodnień kontraktowych stoi na przeszkodzie przyjęciu obligatoryjności przedarbitrażowych etapów rozstrzygnięcia sporów. Strony mogą swobodnie kształtować swój stosunek zobowiązaniowy, zwracając uwagę jedynie na ograniczenia wynikające z art. 353<sup>1</sup> k.c., a zatem naturę stosunku prawnego wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC, ustawę oraz zasady współżycia społecznego. Niewątpliwie zarówno brak przepisu ustawy, który wykluczałby przyjęcie uzależnienia skuteczności klauzuli arbitrażowej od wyczerpania przedarbitrażowych

66 Za wzorem niemieckim, dopuszczającym *pactum de non petendo* o skutku procesowym, zob. K.P. Berger, *Law and Practise of Escalation Clauses*, „Arbitration International” 2006/22, s. 6.

67 Zob. A. Olszewski, *Kontraktowe procedury rozwiązywania sporów w umowach o roboty budowlane opartych na wzorcach umownych FIDIC – w świetle prawa polskiego*, „Monitor Prawniczy” 2010/21, s. 1208.

68 Do czasu ewentualnej realizacji procedury z wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC, chyba że strony zawrą następczy, nowy zapis na arbitraż – tzw. kompromis, przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy przed sądem powszechnym i jedna z nich podniesie odpowiedni zarzut – zob. art. 1165 § 1 k.p.c.

69 A. Brzozowski, w: *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, K. Pietrzykowski (red.), Legalis 2016, komentarz do art. 647 k.c., teza 5.





etapów rozstrzygania sporów, jak i zasady współzycia społecznego nie sprzeciwiają się takiemu ukształtowaniu stosunku zobowiązaniowego umowy o arbitraż. Natomiast, jak wykazano w pierwszej części publikacji, natura wielostopniowej klauzuli arbitrażowej przemawia za trafnością konstatacji na temat obligatoryjności rzeczonych poziomów rozstrzygania sporów.

Warunki Kontraktowe FIDIC mają jasno wskazane etapy rozstrzygania sporów. Ich sekwencyjność oraz terminy realizacji poszczególnych etapów **przemawiają za ich obligatoryjnością**. Arbitraż jest wyraźnie wskazany jako etap **dedykowany dla sporów, które przejdą przez sito wcześniejszych poziomów** wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC.

Postępowanie sądowe lub arbitrażowe w wypadku wielostopniowej klauzuli arbitrażowej zostaje w drodze wolności umów przewidziane do rozstrzygania sporów, których nie udało się rozwiązać na niższych poziomach przedarbitrażowych w umówiony przez strony sposób.

Wieloetapowe mechanizmy współpracy stron w zakresie rozwiązywania sporów są przede wszystkim wyjściem naprzeciw potrzebie szybkiego rozstrzygnięcia sporu i niedopuszczenia do tego, aby spór sparaliżował wykonanie projektu budowlanego<sup>70</sup>. Mechanizmy te powinny być postrzegane jako komplementarne, a nie konkurencyjne do postępowania arbitrażowego<sup>71</sup>.

Jedynie klauzula 20.8 (*Expiry of DAB's Appointment*) przewiduje wyjątek, gdy DAB nie będzie zdolna do rozstrzygnięcia sporu (z powodu wygaśnięcia umowy albo innego powodu niezależnego od stron), kiedy spór<sup>72</sup> może zostać skierowany bezpośrednio do arbitrażu na mocy klauzuli 20.6, bez konieczności uzyskiwania decyzji DAB oraz potrzeby podjęcia próby ugodowej. Zatem korzystając z argumentu *a contrario*, należy opowiedzieć się za stanowiskiem, że skoro WK FIDIC wyraźnie wskazują, iż wyjątkiem jest nieobligatoryjność decyzji DAB w celu przedstawienia sporu do arbitrażu, to zasadą jest, że jest to etap obligatoryjny, a sama wielostopniowa klauzula arbitrażowa FIDIC zawierana jest pod warunkiem wyczerpania wszystkich przedarbitrażowych etapów rozwiązywania sporów.

Co do drugiego wariantu interpretacyjnego, **niedopuszczalne<sup>73</sup> na gruncie polskiego prawa byłoby odebranie stronom konstytucyjnego prawa do sądu<sup>74</sup> w przypadku niezastosowania etapów przedarbitrażowych WK FIDIC**. Przyjmując tę opcję interpretacyjną, najczęściej nie będzie możliwości realizacji wcześniejszych etapów procedury przedarbitrażowej, albowiem upłyną przewidziane w kontrakcie terminy na zgłoszenie roszczeń Inżynierowi czy też na przedstawienie sporu DAB.

Ponadto SN w przywołanym wcześniej orzeczeniu z 19.03.2015 r. (IV CSK 443/14) potwierdził, że strony

<sup>70</sup> W szczególności biorąc pod uwagę występowanie zjawiska lawinowego mnożenia sporów w sytuacji, gdy dana kwestia sporna nie zostanie szybko wyjaśniona.

<sup>71</sup> Tak również G. Wujek, w: *System...*, t. 8, s. 912.

<sup>72</sup> Podkreślenia wymaga, że warunkiem koniecznym, aby móc skierować spór do arbitrażu, w świetle uregulowania omawianej klauzuli, jest dokonanie ustaleń przez Inżyniera, ponieważ WK FIDIC posługują się pojęciem sporu tylko w odniesieniu do etapu następującego po ustaleniu dokonanych przez Inżyniera (w tym przypadku etap obligatoryjny).

<sup>73</sup> Tym bardziej że odpowiedzialność strony może wynikać zarówno *ex contractu*, jak i *ex delicto* (także w zbiegu).

<sup>74</sup> Prawo do sądu zostało zagwarantowane w art. 45 Konstytucji RP (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

są związane zawartymi w klauzuli 20 postanowieniami dotyczącymi postępowania w zakresie sporów i arbitrażu, a wykładnia klauzul 20.2 i 20.3 WK FIDIC prowadzi do wniosku, że powołanie komisji rozjemczej jest obligatoryjne i jeśli strona zdecyduje się na dochodzenie roszczenia, to według postanowień klauzuli 20 FIDIC musi je przedłożyć DAB.

Należy podkreślić, że **ocena prawna wielopoziomych klauzul arbitrażowych powinna być dokonywana *ad casum***, starając się odkodować w drodze wykładni oświadczeń woli, zgodnie z art. 65 k.c., jaki był rzeczywisty zamiar stron w zakresie umowy arbitrażowej. Jeżeli zatem strony zdecydują się na klauzulę z WK FIDIC w czystej postaci, wówczas, bazując na jej cechach konstrukcyjnych opisanych w niniejszym opracowaniu, jak również na naturze wielopoziomowej klauzuli arbitrażowej FIDIC, należy dojść do konstatacji, iż strony są **zobligowane do inicjowania przedarbitrażowych poziomów rozstrzygania sporu i uczestniczenia w nich pod rygorem utraty możliwości skorzystania z arbitrażu**. W przypadku bowiem niedochowania procedury właściwość swoją zachowuje sąd powszechny z powodu braku możliwości skutecznego podniesienia zarzutu zapisu na sąd polubowny.

Zapis na sąd polubowny w ramach WK FIDIC dokonywany jest pod warunkiem<sup>75</sup> wyczerpania przedarbitrażowych etapów rozstrzygania sporów. Dopiero w razie zaistnienia zdarzenia przyszłego, niepewnego, w postaci zrealizowania poszczególnych etapów wielopoziomowej klauzuli arbitrażowej FIDIC, strony mają możliwość skierowania sprawy do arbitrażu.

W świetle więc literalnego brzmienia art. 1165 § 1 k.p.c. nie powinno budzić wątpliwości, że swoją właściwość zachowuje sąd powszechny.

Należy w pełni podzielić pogląd, że każdy podmiot, który nie może zrealizować swojego prawa przy dobrowolnym współdziałaniu podmiotu zobowiązanego, ma możliwość wniesienia sprawy do sądu. To, czy sądem tym jest sąd powszechny czy sąd polubowny, nie ma znaczenia dla stwierdzenia, że **prawo formalnie do uruchomienia sądowego postępowania cywilnego dla rozpoznania sprawy cywilnej nie jest elementem treści praw cywilnych, a jedynie mechanizmem ich sądowej realizacji<sup>76</sup>**.

Ponadto należy wskazać, że także w przypadku zaliczenia zapisu na sąd polubowny do tzw. kategorii umów procesowych istnieje możliwość uzależnienia jego skutków od warunku lub terminu określonego w danej umowie, żaden przepis bowiem nie wyklucza takiej możliwości<sup>77</sup>. Należy

<sup>75</sup> Dopuszczalność zawarcia stanowczej umowy o arbitraż z zastrzeżeniem warunku, jak ma to miejsce w przypadku WK FIDIC, podzielana jest w doktrynie prawa arbitrażowego; zob. T. Ereciński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część 4. Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Część 5. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, J. Ciszewski, T. Ereciński, Warszawa 2006, s. 370. T. Ereciński podkreśla przy tym, że warunek może się odnosić zarówno do samego zapisu na sąd polubowny, jak i do sposobu postępowania i rozstrzygnięcia sądu polubownego. W nowszej literaturze także zob. A. Kubas, M. Durbas, *Conditional effectiveness of the arbitration agreement*, w: A.J. Bělohávek (red.), F. Černý (red.), N. Rozehnalová (red.), *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration 2016*, New York 2016, s. 126–128.

<sup>76</sup> Tak, przekonywująco, zob. R. Kos, *O związaniu cesjonariusza zapisem na sąd polubowny – glosa do wyroku SN z dnia 3 września 1998 r., I CKN 822/97*, „Glosa” 2013/4, s. 40.

<sup>77</sup> Nie ma więc żadnej przeszkody, aby strony umowy o arbitraż określiły w umowie zdarzenia, od których zaistnienia uzależniają skuteczność zapisu na sąd polubowny; zob. W. Siedlecki, *O tzw. umowach procesowych...*, s. 175.



jednak podkreślić, że do umowy o arbitraż, konstruowanej w oparciu o zasadę wolności umów, należy przede wszystkim stosować przepisy prawa materialnego, również prawa obcego w razie zawarcia w umowie klauzuli wyboru prawa albo ustalenia prawa właściwego w oparciu o odpowiednie normy kolizyjnoprawne. Ma to niebagatelne znaczenie w odniesieniu do oceny dopuszczalności zastrzeżeń umownych (warunków i terminów), albowiem w oparciu o te przepisy będzie oceniana ich ważność. Tymczasem, jeśli chodzi o skutki procesowe klauzuli arbitrażowej, to podlegają one zawsze ocenie według właściwej ustawy procesowej<sup>78</sup>.

Jeżeli na gruncie konkretnego przypadku okaże się, że w warunkach szczególnych strony postanowiły, iż poszczególne etapy są zaledwie ich uprawnieniem, z którego mogą skorzystać, wówczas rozwiązanie prezentowanego problemu byłoby zupełnie inne – klauzula arbitrażowa zachowałaby swoją skuteczność przez stanowcze zdecydowanie stron co do skorzystania z arbitrażu, przy fakultatywnych poziomach wstępnych<sup>79</sup>.

Wskazówki interpretacyjnej w tej kwestii dostarcza Ch. Seppälä, który podkreśla, że nie można zrozumieć wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC bez rozważenia warunków, które muszą lub powinny zostać spełnione przed tym, aby jakiegokolwiek roszczenie mogło być przedłożone do arbitrażu. Dlatego jeżeli strona nie spełni takich warunków, nie ma prawa do arbitrażu. Konsekwentnie, aby klauzula arbitrażowa została w pełni zrozumiana, musi być brana pod uwagę razem z klauzulą 20.1 dla roszczenia i klauzulami 20.2 do 20.4 dla DAB oraz z klauzulą 20.5 dla próby ugodowej. Innymi słowy, klauzula 20 tworzy nierozdzielalną całość wpływającą na możliwość oddania sporu pod arbitraż<sup>80</sup>.

Strony umowy o roboty budowlane – Wykonawca i Zamawiający są uwikłane w nieustanny konflikt interesów, który WK FIDIC starają się neutralizować poprzez konstrukcję klauzuli arbitrażowej. Dlatego, w oparciu o przedstawioną na gruncie niniejszego opracowania charakterystykę klauzuli arbitrażowej, zawartej w WK FIDIC, a która w założeniu ma służyć stronom do szybkiego eliminowania sporów i dokonywania odpowiednich rozliczeń, w pełni **uprawniona jest teza o braku skuteczności zapisu na sąd polubowny w wypadku pominięcia procedur przedarbitrażowych** zawartych w wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC. Należy przede wszystkim wskazać na spójność, sekwencyjność i doniosłość występujących kolejno po sobie etapów postępowania w ramach przedmiotowej klauzuli. Żadnego z etapów nie może zabraknąć z uwagi na stanowcze określenie w warunkach kontraktu FIDIC terminów i konsekwencji zrealizowania lub braku realizacji którejkolwiek kroku<sup>81</sup>, a w szczególności konsekwencji związanej z możliwością skorzystania z dobrodziejstwa arbitrażu<sup>82</sup>.

Refleksem zasady autonomii umowy o arbitraż jest to, że wolą stron umowa podstawowa i klauzula arbitrażowa mogą zostać poddane prawu innego państwa, a przez to w pełniejszym stopniu realizować ich rzeczywiste założenia kontraktowe. W razie braku takiego postanowienia przyjmuje się, że prawem właściwym dla klauzuli arbitrażowej FIDIC jest prawo rządzące kontraktem<sup>83</sup>.

Wolność stron umowy o arbitraż sięga jeszcze dalej, albowiem w razie wyraźnego postanowienia stron w tym przedmiocie, sąd arbitrażowy może wydać wyrok tylko na zasadach słuszności (*ex aequo et bono*) albo według ogólnych zasad prawa (art. 1194 k.p.c.)<sup>84</sup>. Tym bardziej więc należy stwierdzić, że w ramach wolności umów, strony umowy o arbitraż mogą przewidzieć etapowość i sekwencyjność zastosowania etapów przedarbitrażowych jako warunku determinującego możliwość skorzystania z arbitrażu.

Konstatując, należy dość do wniosku, że skutkiem braku zrealizowania warunku koniecznego do przeprowadzenia arbitrażu (w postaci stadiów przedarbitrażowych) jest brak możliwości skutecznego podniesienia zarzutu na sąd polubowny, co z kolei pociąga za sobą zachowanie kognicji sądu powszechnego, która niewątpliwie jest zasadą<sup>85</sup>.

Niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania przez którąkolwiek ze stron w zakresie zastosowania się do wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC w odniesieniu do któregośkolwiek etapu poprzedzającego arbitraż stanowi podstawę odpowiedzialności *ex contractu* i kreuje samodzielne roszczenie odszkodowawcze w tym zakresie<sup>86</sup>.

## 4. Wnioski końcowe

W świetle przedstawionych powyżej argumentów, reprezentowanych zarówno w polskiej, jak i zagranicznej literaturze, wspartych koncepcją natury wielostopniowej umowy o arbitraż FIDIC, należy stwierdzić, że konsekwencją braku któregośkolwiek z przedarbitrażowych etapów wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC jest brak skuteczności zapisu na sąd polubowny.

W tym kontekście wpływ samodestrukcji wielostopniowej klauzuli arbitrażowej może być fatalny w skutkach, bowiem zamiast rozwiązać spór w ramach systemu alternatywnych metod rozstrzygania sporów, spór może trafić przed długi proces przed sądem powszechnym. Co więcej, **konieczna jest wyraźna decyzja stron w ramach warunków szczególnych co do fakultatywnego charakteru etapów**

78 Powoływanie się bowiem na skutek procesowy danej umowy jest niezaprzeczalną czynnością procesową i znajduje swoje źródło we właściwym prawie procesowym; zob. W. Siedlecki, *O tzw. umowach procesowych...*, s. 180.

79 Na konieczność stanowczego wyrażenia woli stron w tym przedmiocie zwrócono uwagę w piśmiennictwie – zob. R. Morek, *Wielostopniowe klauzule...*, s. 57 i 66.

80 Zob. Ch. R. Seppälä, *The Arbitration Clause in FIDIC Contracts for Major Works*, „The International Construction Law Review” 2005/22, s. 42.

81 Więcej na temat najczęściej popełnianych błędów podczas konstruowania wielostopniowych klauzul arbitrażowych zob. A.M. Whitesell, *The drafting of Arbitration Clauses: Recent Issues in ICC Cases*, Schulthess 2008, s. 983–984.

82 Już tylko sama poufność arbitrażu może być argumentem przemawiającym za zasadniczą atrakcyjnością tej metody rozstrzygnięcia sporu, w porównaniu z postępowaniem przed sądem powszechnym.

83 Klauzula 1.4 WK FIDIC (*Law Applicable and Language*).

84 A. Szumański, w: *System prawa handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, A. Szumański (red.), Warszawa 2015, s. 48.

85 Podkreślić trzeba, że konstrukcyjnie strona umowy musi podnieść zarzut zapisu na sąd polubowny przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy, natomiast niedopuszczalność drogi sądowej może wynikać wyłącznie z ustawy, a nie z czynności prawnej stron umowy.

86 Ze względu na niepieniężny charakter zobowiązania do współdziałania w realizacji poszczególnych etapów wielostopniowej klauzuli arbitrażowej rekomendowanym rozwiązaniem jest zabezpieczenie kontraktu w tym zakresie np. przez zastrzeżenie odpowiedniej kary umownej. Będzie to dodatkowo przemawiało za stanowczością i obligatoryjnością dochowania procedury wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC, jak również eliminowało kluczowe zagrożenie dla skuteczności procedury.



przedarbitrażowych, przy wyraźnej woli oddania sporu pod arbitraż, jeżeli taka jest rzeczywista wola stron danej umowy. Podkreślenia wymaga, że obligatoryjny charakter przedmiotowych etapów jest w pełni zgodny z istotą wielopozostawowej klauzuli arbitrażowej FIDIC i jako taki jest rekomendowany, pomimo zasygnalizowanych ryzyk z tym związanych. Tylko bowiem jasne reguły i znane stronom konsekwencje są w stanie sprostać wymaganiom obrotu gospodarczego, który nie lubi niespodzianek.

Zastosowanie wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC niesie ze sobą możliwość uzyskania szybkiej decyzji przy rezygnacji z dochodzenia swoich racji przed sądem powszechnym. Tylko najbardziej przemyślane roszczenia mają z założenia trafiać przed sąd arbitrażowy.

Uprawniona pozostaje teza, że przewidziana procedura WK FIDIC weryfikuje roszczenia z punktu widzenia zdecydowania strony co do woli trwania w sporze i chęci dochodzenia swoich racji przed sądem arbitrażowym, natomiast strona, która nie współpracuje w zakresie wykorzystania przewidzianych w umowie metod rozstrzygnięcia sporów, ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą na podstawie art. 471 k.c., a wysokość szkody z tego tytułu będzie zazwyczaj wielokrotnie przekraczała wysokość przedmiotu sporu, który zostałby rozstrzygnięty w ramach wielostopniowej klauzuli arbitrażowej<sup>87</sup>.

Wreszcie, należy podkreślić atrakcyjność wielostopniowych klauzul arbitrażowych, gdyż – co do zasady – wpływają

<sup>87</sup> Należy jednak wskazać, że takie roszczenie odszkodowawcze będzie się nadawało do dochodzenia przed sądem, a także do potrącenia w ramach toczącego się procesu sądowego, po złożeniu stosownego oświadczenia o potrąceniu, które zgodnie z art. 499 k.c. ma charakter konstytutywny i stanowi materialnoprawną podstawę procesowej czynności pozwanej w postaci zarzutu potrącenia. Sam fakt braku współpracy w rozstrzygnięciu sporu w ramach wielostopniowej klauzuli arbitrażowej jest zachowaniem szkodzącym, które wielokrotnie może skutkować znacznym przedłużeniem wykonania projektu, cofnięciem dofinansowania zewnętrznego czy też fiaskiem całego przedsięwzięcia. Przy takim roszczeniu, strona niewspółpracująca przy wykonaniu umowy w ramach wielostopniowej klauzuli arbitrażowej FIDIC powinna rozważyć celowość i opłacalność swojego braku współpracy przy należyтым wykonaniu umowy o arbitraż zgodnie z WK FIDIC; więcej na temat procesowego zarzutu potrącenia zob. wyroki SN z 9.10.2003 r. (V CK 319/02), LEX nr 82267; z 6.09.1983 r. (IV CR 260/83), OSNCP 1984/4, poz. 59; z 25.02.2005 r. (II CK 434/04), OSNC 2006/2, poz. 32.

one na dynamiczną eliminację sporów na placu budowy. Brak świadomości stron umowy o roboty budowlane realizowanej według WK FIDIC w omówionym powyżej obszarze współpracy może prowadzić do eskalacji konfliktu, poprzez wykorzystanie przez strony uwikłane w konflikt mechanizmów zawartych w wielostopniowej klauzuli arbitrażowej, a zatem do tzw. efektu kobry (*the cobra effect*).

### Summary

Marek Topór

#### *The problem of legal effects of non-compliance with pre-arbitration stages of FIDIC's multi-tiered arbitration clause*

*The crucial issue of legal effects of non-compliance with pre-arbitration stages of FIDIC's multi-tiered arbitration clause has appeared in the practice of applying the law. The author is of the opinion that the effect of failure to perform the pre-arbitration steps of multi-tiered arbitration clause is the ineffectiveness of the arbitration clause contained in the contract, hence a party to the conflict is unable to raise an objection against the arbitration clause. The main argument for this position is the nature of FIDIC's multi-tiered arbitration clause. The arbitration clause in FIDIC's standard forms of contract is conditional on the parties' having exhausted the prescribed pre-arbitration stages of dispute resolution. Only in case of a future and uncertain event of observance of pre-arbitration stages of FIDIC's multi-tiered arbitration clause, the parties have the right to refer the matter to arbitration. Therefore, in light of the literal wording of Article 1165(1) of the Polish Code of Civil Procedure there should be no doubt that in the event of non-compliance with pre-arbitration stages of FIDIC's multi-tiered arbitration clause the general court retains its jurisdiction.*

Marek Topór

*Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Gospodarczego i Handlowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie oraz associate w kancelarii Kubas Kos Galkowski w Krakowie.*

[www.wolterskluwer.pl](http://www.wolterskluwer.pl)