

Tomasz Latawiec

Prezes Zarządu Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców



**Wytyczne FIDIC z dnia 1 kwietnia 2013 r.
dla stosujących Warunki Kontraktu z 1999 w odniesieniu do Decyzji¹ Komisji Rozjemczej**

Szanowni Państwo.

Spełniając obietnicę złożoną podczas ostatnich Warsztatów, które się odbyły w dniu 21 kwietnia 2014 r. przekazuję Państwu informację o Wytycznych FIDIC dla stosujących Warunki Kontraktu z 1999 r. w odniesieniu do wydawanych przez Komisje Rozjemstwa w Sporach Decyzji.

Żeby lepiej zrozumieć intencje FIDIC odsyłam do lektury opublikowanego w Biuletynie KONSULTANT, nr 34-35 z listopada 2014 artykułu mojego autorstwa „Skutki prawne i kontraktowe wydanej przez Komisję Rozjemstwa w sporach”, opisującego procedurę postępowania z wydaną Decyzją Komisji Rozjemstwa („KR”) w Sporach oraz skutki prawne i kontraktowe takiej Decyzji.

Podkreślałem wówczas, że dokładne zrozumienie klauzul dotyczących KR i Decyzji jako takie nastęrcza dużo problemów spowodowanych między innymi nietrafnymi tłumaczeniami dokonanymi przez SIDiR.

Ale jak się okazuje nie tylko my mamy problem z tymi klauzulami. To samo trapi naszych kolegów z FIDIC, do których od dłuższego czasu docierały informacje, że znaczna liczba sądów arbitrażowych, do których trafiają spory wynikające na tle realizacji kontraktów opartych o WK FIDIC, stwierdziła, że klauzula 20 nie jest jednoznaczna w kwestii takiej, czy jedna ze Stron może zaskarżyć do sądu arbitrażowego niezastosowanie się przez drugą Stronę do Decyzji Komisji Rozjemczej, która jest wiążąca, ale jeszcze nie jest ostateczna, jak ma to miejsce w wypadku klauzuli 20.7 odnoszącej się do „ostatecznej i wiążącej” decyzji KR. Jak zauważa FIDIC w swoim Memorandum z dnia 1 kwietnia 2013 r. Decyzja KR jest „wiążąca”, ale nie jest „ostateczna”, gdy którakolwiek ze Stron da powiadomienie o niezadowoleniu z decyzji KR w terminie 28 dni od daty otrzymania takiej decyzji.

W związku z powyższym postanowiono opublikować Wytyczne, które w założeniu zostały sformułowane w celu wyjaśnienia intencji FIDIC w odniesieniu do wykonalności decyzji Komisji Rozjemczej, które są wiążące, ale jeszcze nieostateczne, a mianowicie, iż w wypadku niezastosowania się do takich decyzji, naruszenie to powinno nadawać się do zaskarżenia do sądu arbitrażowego na podstawie klauzuli 20.6 [Arbitraż] bez zastosowania klauzuli 20.4 [Uzyskanie Decyzji Komisji Rozjemczej] oraz klauzuli 20.5 [Rozstrzygnięcie polubowne].

Intencji tej dano wyraz w Warunkach kontraktowych FIDIC dla projektowania, budowy i obsługi z 2008 r. (tzw. „złota książka”) w klauzuli 20.9 posiadającej równoznaczne brzmienie.

W celu wyjaśnienia intencji FIDIC niniejsze Wytyczne przedstawiają zmiany, jakie powinny być wprowadzone do klauzuli 20 WK dotyczącej rozstrzygania sporów, a w szczególności do klauzuli 20.7, a w konsekwencji także do klauzuli 14.6 i 14.8 Warunków Kontraktu dla budowy z 1999 r. (tzw. „czerwona książka”), Warunków Kontraktu dla urządzeń oraz projektowania i budowy z 1999 r. (tzw. „żółta książka”) oraz Warunki Kontraktu na realizację epc/pod-klucz z 1999 r. (tzw. „srebrna książka”). Zastosowanie się do niniejszych Wytycznych jest szczególnie zalecane przy stosowaniu czerwonej, żółtej i srebrnej książki z 1999 r.

¹ „Decyzja” pisana jest świadomie z dużej litery mimo, iż w Warunkach Kontraktowych FIDIC nie jest zdefiniowana i w poszczególnych klauzulach pisana jest z małej litery

Szerszego wyjaśnienia wymagają fakty, które wpłynęły na takie podejście FIDIC do kwestii Decyzji KR.

Otóż międzynarodowe sądy arbitrażowe były podzielone w swojej opinii, czy w wypadku niezastosowania się do wydanej na podstawie klauzuli 20 czerwonej książki decyzji KR, która jest „wiążąca”, ale nie jest „ostateczna”, sam fakt takiego naruszenia może być poddany pod rozstrzygnięcie w drodze arbitrażu, bez zastosowania postanowień klauzuli 20.4 [Uzyskanie Decyzji Komisji Rozjemczej] oraz klauzuli 20.5 [Rozstrzygnięcie polubowne] w tym zakresie. Kwestia ta była także przedmiotem orzeczenia Sądu Wyższej Instancji w Singapurze w sprawie *PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation*, sygn. akt [2010] SGHC 202 oraz orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Singapurze oddalającego odwołanie od powyższego wyroku, sygn. akt [2011] SGCA 33 (tzw. „Sprawa Singapurska”), które to orzeczenie uchyliło wyrok ICC wskazujący na bezpośrednią wykonalność decyzji KR.

Te same uwagi dotyczą klauzuli 20 w żółtej i srebrnej książce, jako że klauzula ta ma niemal identyczne brzemienie w tych książkach.

Zalecenia FIDIC

Klauzula 20:

Klauzula 20.4 – Przed ostatnim akapitem należy dodać akapit o następującej treści:

„Jeżeli na mocy decyzji KR jedna ze Stron będzie zobowiązana do zapłaty jakiegokolwiek kwoty na rzecz drugiej Strony, KR może zażądać, by Strona zobowiązana do zapłaty wniosła odpowiednie zabezpieczenie zapłaty takiej kwoty”.

Dotychczasowej klauzuli 20.7 należy nadać następujące brzmienie:

„W wypadku gdy jedna ze Stron nie zastosowała się do decyzji KR, niezależnie od tego, czy taka decyzja jest wiążąca lub ostateczna i wiążąca, druga Strona, bez uszczerbku dla innych przysługujących jej praw, może poddać kwestię niezastosowania się do decyzji pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego w trybie uproszczonym lub w innym właściwym trybie przyspieszonym. Postanowienia klauzuli 20.4 [Uzyskanie Decyzji Komisji Rozjemczej] oraz klauzuli 20.5 [Rozstrzygnięcie polubowne] nie będą miały w takim przypadku zastosowania”.

Klauzula 14:

Klauzula 14.6 – Ostatnie zdanie pierwszego akapitu należy uzupełnić o następującą treść:

„(...) oraz uwzględniając jakiegokolwiek kwoty należne Wykonawcy lub od Wykonawcy zgodnie z decyzją KR wydaną na mocy klauzuli 20.4 [Uzyskanie Decyzji Komisji Rozjemczej].”

Klauzula 14.7 lit.) b – przed słowem „oraz” należy dodać następującą treść:

„(...), w tym wszelkie kwoty należne zgodnie z decyzją KR uwzględnione w Przejściowym Świadectwie Płatności”

Mam nadzieję, że powyższe zmiany wpłyną na jednoznaczne stanowiska sądów co do kwestii niezastosowania się do Decyzji przez którąkolwiek ze Stron oraz co do zasady wskażą jakie były rzeczywiste intencje jakimi kierował się FIDIC formułując pierwotne zapisy w Warunkach Kontraktu z 1999r.