

ΑΝΩΤΑΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΚΥΠΡΟΥ

ΔΕΥΤΕΡΟΒΑΘΜΙΑ ΔΙΚΑΙΟΔΟΣΙΑ

ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΕΦΕΣΗ ΑΡ. 10071

ΕΝΩΠΙΟΝ: ΝΙΚΗΤΑ, ΝΙΚΟΛΑΙΔΗ, ΝΙΚΟΛΑΟΥ, ΔΔ.

Μεταξύ -

Γενικού Εισαγγελέα της Δημοκρατίας της Κένυας εκ μέρους

και για λογαριασμό της Δημοκρατίας της Κένυας

Εφεσεϊόντων/Αιτητών

- και -

Bank Fur Arbeit Und Wirtschaft AG, από την Αυστρία

Εφεσίβλητης/Καθής η αίτηση

- και -

Αναφορικά με τον περί Διεθνούς Εμπορικής Διαιτησίας Νόμο
101/87 και αναφορικά με τη Διεθνή Εμπορική Διαιτησία I.C.C.

Int Court of Arb. 7597/JK

- και -

Αναφορικά με την αίτηση του Γενικού Εισαγγελέα της
Δημοκρατίας της Κένυας εκ μέρους και για λογαριασμό της
Δημοκρατίας της Κένυας για ακύρωση και ή αναστολή της
Διαιτητικής Απόφασης στην ως άνω Διαιτησία.

28 Απριλίου, 1999

Για τους εφεσεϊόντες/αιτητές: Κ. Μελίδης και Λ. Πισίας

Για την εφεσίβλητη/καθής η αίτηση: Α. Τριανταφυλλίδης

- Την απόφαση του Δικαστηρίου θα δώσει ο δικαστής Σ. Νικήτας -

ΝΙΚΗΤΑΣ, Δ: Η διαιτησία αποτελεί εναλλακτική διαδικασία επίλυσης διαφορών. Η μακρά διεξαγωγή της δίκης στα πλαίσια της κρατικής δικαιοσύνης, η χρήση χρονοβόρων ένδικων μέσων που επαυξάνουν τις καθυστερήσεις, η εξοικείωση των διαιτητών με το αντικείμενο τους, η ανελαστικότητα της τακτικής δικαιοσύνης, είναι μερικοί από τους λόγους για τους οποίους έχει ανθίσει και καθιερωθεί ο θεσμός της διαιτησίας για ποικίλης φύσεως διαφορές. Αποτελεί χαρακτηριστικό συμπλήρωμα κάθε σύγχρονου νομικού συστήματος. Ο θεσμός επιβιώνει χωρίς ένδικα μέσα. Μόνο σε καθορισμένες περιπτώσεις μπορεί να χρησιμοποιηθούν κατά της διαιτητικής απόφασης. Στο εσωτερικό μας δίκαιο οι κανόνες αυτοί, όπως και οι ευρύτεροι κανόνες που διέπουν τη διαιτησία, θεσμοθετούνται από ειδική νομοθεσία, τον περί Διαιτησίας Νόμο, Κεφ. 4.

Η συχνή και επιτυχής χρήση του θεσμού σε οικουμενική κλίμακα ώθησε τα Ηνωμένα Έθνη να θεσπίσουν, χάριν πληρότητας και ομοιομορφίας, ολοκληρωμένο πρότυπο κώδικα διαιτησίας τον οποίο υιοθέτησε στις 21/6/85 η Επιτροπή Διεθνούς Εμπορικού Δικαίου των Ηνωμένων Εθνών. Η διαμόρφωση του ήταν απόρροια συστηματικής μελέτης των σχετικών θεσμών διαφόρων χωρών. Έχει ήδη υιοθετηθεί από αριθμό κρατών είτε στο σύνολο του είτε μερικώς.

Ο περί Διεθνούς Εμπορικής Διαιτησίας Νόμος του 1987 (ν. 101/87) αντανάκλα πιστά τις κεντρικές ιδέες και το σύνολο των προνοιών του διεθνούς αυτού κώδικα. Μπορεί να λεχθεί ότι η Διεθνής Σύμβαση περί της Αναγνώρισης και Εκτελέσεως Αλλοδαπών Διαιτητικών Αποφάσεων του 1958, γνωστή ως Σύμβαση της Νέας Υόρκης, η οποία κυρώθηκε με το νόμο 84/79, υπήρξε ο μακρινός προπομπός του παραπάνω κώδικα. Οι διατάξεις του ν. 101/87 και σε πολύ μικρότερο βαθμό του ν. 84/79 συνάπτονται των θεμάτων της κρινόμενης υπόθεσης. Η διαιτησία στην προκείμενη περίπτωση έχει διεθνή χαρακτήρα και υπόκειται στις διατάξεις του παραπάνω νόμου (αρ. 101/87) δοθέντος ότι τα μέρη της συμφωνίας, όταν συμβλήθηκαν, είχαν την έδρα των σχέσεων τους σε διαφορετικές χώρες: βλ. ορισμό της λέξης "διεθνής" στο άρθρ. 2 (2)(β) που περιέχει τις ερμηνευτικές διατάξεις.

Μπορούμε τώρα να αναφερθούμε στα βασικά γεγονότα που οδήγησαν στην κατάθεση αίτησης από τον εφεσείοντα, που εκπροσωπούσε τη Δημοκρατία της Κένυας, στο Επαρχιακό Δικαστήριο Λάρνακας, για ακύρωση της διαιτητικής απόφασης που εκδόθηκε κατά της χώρας αυτής. Η εφεσίβλητη Bank Fur Arbeit Und Wirtschaft AG, (εφεξής και τράπεζα ή συντομογραφικά Bawag) είναι αλλοδαπή τράπεζα. Έχει την έδρα της στην Αυστρία. Το 1975 χρηματοδότησε την κατασκευή και λειτουργία εργοστασίου παραγωγής αμμωνίας στην Κένυα από την εταιρεία Ken Ren Chemicals & Fertilisers Ltd (εφεξής Ken Ren) που είναι εγγεγραμμένη εκεί. Η Ken Ren είχε συμβληθεί για τον παραπάνω σκοπό με την επίσης ξένη εταιρεία Voest Albin A.G. Τη συμφωνία αυτή ημερ. 13/8/75 εγγυήθηκε η κυβέρνηση της Κένυας.

Το 1978 η Ken Ren χρεωκόπησε. Διατάχθηκε η διάλυση της. Η εγγυήτρια χώρα κλήθηκε από την Τράπεζα να τακτοποιήσει το χρέος σύμφωνα με τους

όρους της παραπάνω συμφωνίας. Τελικά, στις 24/3/83, καταρτίστηκε συμφωνία επαναχρηματοδότησης του δανείου μεταξύ των διαδίκων μερών. Τέλη του 1989 η Κένυα σταμάτησε τις πληρωμές προς την τράπεζα. Ισχυρίστηκε πως οι συμφωνίες ήταν, για διάφορους λόγους που πρόβαλε, άκυρες εξ υπαρχής. Στη συνέχεια, το Νοέμβριο του 1990, κίνησε αγωγή της εφεσίβλητης και της Voest Albin A.G. στο Ανώτατο Δικαστήριο της Κένυας για ακύρωση της συμφωνίας και ανάκτηση του ποσού ATS 458.403.700,66. Η εφεσίβλητη πρόβαλε ένσταση αναρμοδιότητας του δικαστηρίου, η οποία όμως δεν ευδοκίμησε. Το αλλοδαπό δικαστήριο έκρινε ότι είχε δικαιοδοσία. Κατά της απόφασης αυτής η εφεσίβλητη άσκησε έφεση το 1995, η οποία όμως δεν ορίστηκε ακόμη για ακρόαση.

Στο μεταξύ η τράπεζα, για να αντιμετωπίσει τη δυσμενή αυτή εξέλιξη της αναστολής των πληρωμών, κατέφυγε στο μηχανισμό διαιτησίας. Η σύμβαση του 1983 της το επέτρεπε. Περιέχει συμφωνία αποκλειστικής διαιτησίας για λύση των αναφυόμενων διαφορών από το Διεθνές Διαιτητικό Δικαστήριο (εφεξής Δ.Δ.Δ. ή Δ.Δ. ή διαιτητές) του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου (Δ.Ε.Ε.), που εδρεύει στο Παρίσι. Τα μέρη δεν κατάφεραν να συμφωνήσουν ως προς την έδρα της διαιτησίας. Το θέμα ρυθμίστηκε με διαδικαστική διαταγή με την οποία καθορίστηκε για το σκοπό αυτό η πόλη της Λάρνακας στην Κύπρο.

Η διαιτητική δίκη διεπόταν από τους Κανονισμούς Συνδιαλλαγής και Διαιτησίας του Δ.Δ.Δ. του Δ.Ε.Ε. Για το θέμα αυτό δεν υπήρξε αμφισβήτηση. Τα άρθρ. 9(1) και (2) περιέχουν πρόβλεψη για προκαταβολή προς κάλυψη των εξόδων της διαιτησίας. Η υποχρέωση υφίσταται τόσο για την αρχική απαίτηση όσο και την ανταπαίτηση, στην περίπτωση που εγείρεται. Με ενδιάμεση απόφαση ημερ. 29/4/94 το Διαιτητικό Δικαστήριο έκρινε πως δεν είχε μόνο δικαιοδοσία για την απαίτηση της Bawag, αλλά μπορούσε να εκδικάσει και την ανταξίωση της Κένυας. Έτσι η τελευταία κλήθηκε να καταθέσει ποσό \$350.000 στα πλαίσια της παραπάνω διάταξης. Δεν υπήρξε συμμόρφωση παρά τις επανειλημμένες οχλήσεις και παρατάσεις που ζήτησε η χώρα αυτή για να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις της. Η τελευταία προθεσμία 30 ημερών που της δόθηκε παρήλθε επίσης άπρακτη (επιστολή ημερ. 27/11/95). Ας σημειωθεί ότι η προειδοποίηση δόθηκε σύμφωνα με το άρθρο 14 των Εσωτερικών Κανονισμών του Δικαστηρίου, Παράρτημα II των Κανονισμών του Δ.Ε.Ε., που εφαρμόζεται σε περίπτωση, όπως εδώ, που το Δ.Δ.Δ. ζήτησε χωριστή προκαταβολή για τα έξοδα, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρ. 9(1) και (2).

Η παράλειψη δεν είναι χωρίς συνέπειες. Συνεπάγεται απόρριψη της ανταπαίτησης γιατί εφόσον δεν καταβλήθηκε η ορισθείσα προκαταβολή θεωρείται ως αποσυρθείσα. Και αυτό έπραξε το Διαιτητικό Δικαστήριο σε αυτή την περίπτωση. Αυτό όμως δεν αποτελεί κώλυμα για έγερση της σε μεταγενέστερο χρόνο. Το άρθρ. 15 των παραπάνω εσωτερικών κανονισμών του δικαστηρίου προβλέπει ότι:

"When a request for an advance on costs has not been complied with, the Secretariat may set a time-limit, which must not be less than 30 days, on the expiry of which the relevant

claim, whether principal claim or counter-claim, shall be considered as withdrawn. This does not prevent the party in question from lodging a new claim at a later date."

Η εφεσείουσα γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει την πρόνοια αυτή. Άλλωστε προειδοποιήθηκε για τις συνέπειες με την παραπάνω επιστολή καθώς και για το δικαίωμα της να επαναφέρει τις αξιώσεις της. Όπως προαναφέρθηκε, κατ' εφαρμογή των δυο παραπάνω εσωτερικών κανονισμών, το Δ.Δ.Δ. θεώρησε αποσυρθείσα την ανταπαίτηση. Το θέμα συζητήθηκε επίσης και κατά τη διαιτητική διαδικασία. Δεν υπήρξε ένσταση από πλευράς των δικηγόρων της Κένυας ως προς τον τρόπο διεξαγωγής της διαδικασίας. Ωστόσο η κρίση αυτή του δικαστηρίου αποτελεί τον ένα πόλο της έφεσης και έχει συγκεντρώσει τα περισσότερα βέλη της κριτικής του δικηγόρου του εφεσείοντα. Παρόλο που πρέπει εδώ να υπογραμμισθεί ότι κατά τη διαιτητική δίκη, όταν ο Πρόεδρος του Δικαστηρίου ήγειρε ειδικά αυτό το θέμα, δεν υπήρξε παράπνοο ή ένσταση από την Κένυα αναφορικά με τον τρόπο διεξαγωγής της, όπως επισημαίνει και η πρωτόδικη απόφαση.

Το άλλο σημείο αιχμής είναι η εκκρεμοδικία (*lis alibi pendens*), που αφορά το ίδιο αντικείμενο, την ίδια αιτία και τους αυτούς διαδίκους, όπως ισχυρίστηκε ο εφεσείων και δέχθηκε ο πρωτόδικος δικαστής. Κατά την εισήγηση του εφεσείοντα η παράλειψη του Δ.Δ.Δ. να αποφασίσει οριστικά το ζήτημα αυτό, όπως υπαγόρευαν άλλωστε οι όροι εντολής του, αποτελεί πρόσθετο και αυτοτελή λόγο ακύρωσης. Τουλάχιστον ο πρωτόδικος δικαστής όφειλε να ικανοποιήσει το επικουρικό αίτημα θεραπείας του εφεσείοντα, αναστέλλοντας την εκτέλεση της διαιτητικής απόφασης μέχρις ότου γνωσθεί η τύχη των εκκρεμουσών διαδικασιών στα δικαστήρια της Κένυας.

Το άρθρ. 6 του ν. 101/87 ορίζει ότι χωρεί προσφυγή στο δικαστήριο κατά διεθνούς διαιτητικής απόφασης μόνο στις περιπτώσεις που ορίζει ο νόμος. Τις περιπτώσεις αυτές απαριθμεί εξαντλητικά, πιστεύουμε, το άρθρ. 34. Το αντίστοιχο άρθρο του πρότυπου κώδικα είναι το άρθρ. 5 με το οποίο η κυπριακή διάταξη είναι ταυτόσημη. Την ερμηνευτική μας άποψη υποστηρίζει το σύντομο σχόλιο σχετικά με το άρθρο αυτό, που απαντάται στον *Russel on Arbitration, 21η έκδοση (1997), στην παράγραφο A5-013*. Και αξίζει να το παραθέσουμε:

"Of all articles, this most clearly illustrates the tensions between international arbitration and the national courts. Article 5 tries to limit court intervention to specific instances."

Έτσι η διαιτητική απόφαση μπορεί να ακυρωθεί, πλην άλλων λόγων που αναφέρει το άρθρ. 34 και αν "η διαιτητική απόφαση προσκρούει σε διατάξεις δημόσιας τάξεως της Κυπριακής Δημοκρατίας" (άρθρ. 34(2) (β)(ii)].

Οι αλλοδαπές αποφάσεις, που παρέθεσε ο δικηγόρος της εφεσίβλητης, τονίζουν την ανάγκη για αυτοσυγκράτηση κατά την αναθεώρηση από τα κρατικά δικαστήρια των διαιτητικών αποφάσεων. Αξίζει να σταθούμε στο παρακάτω απόσπασμα από την απόφαση *Quintette Coal Ltd v. Nippon Steel*

Corporation et al. του Εφετείου της British Columbia, ημερ. 24/10/90 σελ. 9 γιατί περιέχει και τους λόγους που επιβάλλουν αυστηρότητα στο ζήτημα αυτό:

"The reasons advanced in the cases discussed above for restraint in the exercise of judicial review are highly persuasive. The "concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes" spoken of by Blackmun J. are as compelling in this jurisdiction as they are in the United States or elsewhere. It is meet therefore, as a matter of policy, to adopt a standard which seeks to preserve the autonomy of the forum selected by the parties and to minimize judicial intervention when reviewing international commercial arbitral awards in British Columbia. That is the standard to be followed in this case."

Με βάση και πλαίσιο την παραπάνω διάταξη, ο δικηγόρος του εφεσεύοντα επιχειρηματολόγησε και προς τις δύο κατευθύνσεις της εισηγήσεως του, που, όπως εξηγήσαμε, συνδέεται με την αντιμετώπιση από τους διαιτητές των θεμάτων ανταπαίτησης και εκκρεμοδικίας. Θα περιορισθούμε προς το παρόν στη συνοπτική παράθεση των αιτιάσεων κατά του πρωτόδικου ευρήματος ότι η ενέργεια των διαιτητών να μην εξετάσουν την ανταπαίτηση ήταν απόλυτα δικαιολογημένη και με κανένα τρόπο δεν αντιστρατεύεται τη δημόσια τάξη της Κύπρου. Το ζήτημα είναι αντικείμενο του πρώτου λόγου της έφεσης.

Ο εφεσεύων υποστήριξε τις θέσεις του ως προς το τι συνιστά τη δημόσια τάξη της χώρας με παραπομπές στον *Chitty on Contracts τόμος 1, 23η έκδοση, παράγραφοι 803 και 813 και το βιβλίο του Κ. Σημαντήρα "Γενικά Αρχαία του Αστικού Δικαίου", δεύτερη έκδοση (1976) ημίτομος Α, σελ. 66-67, καθώς και δύο αποφάσεις επαρχιακών δικαστηρίων.*

Το βασικό που προβλήθηκε είναι ότι η άρνηση του Διαιτητικού Δικαστηρίου να εξετάσει και αποφανθεί, ως οι όροι εντολής του, για την ανταπαίτηση, προσβάλλει τη δημόσια τάξη της χώρας. Η μη καταβολή των εξόδων, που ο εφεσεύων χαρακτήρισε "υπέρογκα" δε συνιστούσε νόμιμη αιτία για τη συμπεριφορά του αυτή. Την άποψη του υποστηρίζουν, όπως εισηγήθηκε ο δικηγόρος του εφεσεύοντα, το άρθρ. 30 του συντάγματος, τα άρθρ. 29 και 31 του περί Δικαστηρίων Νόμου και τα άρθρ. 2, 18, 34, 35 και 36 του ν. 101/87. Θα μπορούσε εδώ παρεμπιπτόντως να αναφερθεί ότι η Bawag κλήθηκε και κατέθεσε ποσό \$350.000 αναφορικά με τα έξοδα εκδίκασης της απαίτησης της. Ο εφεσεύων υπέβαλε ότι δε δέχθηκε την κρίση των διαιτητών για απόσυρση της ανταπαίτησης. Και επομένως κακώς έκρινε ο πρωτόδικος δικαστής ότι υπήρχε παραδοχή που συνιστούσε κώλυμα προς έγερση του θέματος στην αίτηση ακύρωσης.

Περαιτέρω ο εφεσεύων υποστήριξε ότι ενόψει της εκκρεμοδικίας δεν έπρεπε να προκαταβληθεί η αμοιβή, αλλά να τεθεί όρος ότι τυχόν απόφαση υπέρ του εφεσεύοντα να παραμείνει ανενεργός μέχρι την αποπληρωμή της αμοιβής των διαιτητών ότι οι διαιτητές, αποφασίζοντας να αποκλείσουν την ανταπαίτηση, έλαβαν υπόψη, κατά παράβαση των όρων εντολής και των κανόνων δημόσιας τάξης και των συμφωνηθέντων γενικά, την υπόδειξη τρίτου, δηλαδή

του Δ.Δ.Δ. του Δ.Ε.Ε. ότι οι διαιτητές όφειλαν να προχωρήσουν και με την ανταπαιτήση δοθέντος ότι οι όροι εντολής τέθηκαν σε λειτουργία από 4/1/94, όπως αναφέρει και η παράγραφος 20 του Final Award, διότι οι κανονισμοί που προβλέπουν για τα δικαιώματα διαιτησίας δεν μπορούσαν να εφαρμοστούν μετά την εν λόγω ημερομηνία: ότι το πρωτόδικο δικαστήριο αναγνώρισε πως οι αιτιάσεις του εφεσείοντα ήταν μέχρις ενός βαθμού βάσιμες εφόσον ανέφερε στην απόφαση του ότι "οι θέσεις της Κένυας ότι οι ανταπαιτήσεις απορρίφθηκαν χωρίς να εξεταστούν" δεν ανταποκρίνονται απόλυτα στην πραγματικότητα και ότι το παράδειγμα του δικαστηρίου, προς ενίσχυση της κατάληξης του ότι και ενώπιον της κρατικής δικαιοσύνης διάδικος μπορεί να απωλέσει οριστικά τα δικαιώματα του για παράλειψη συμμόρφωσης με διαταγή εξόδων ήταν άστοχο και αντίθετο με την αρχή της υπόθεσης *Mirror Group Newspapers plc v. Maxwell and others, The Times ημερ. 15/7/97*.

Πρέπει να μας απασχολήσει η έννοια του όρου "δημόσια τάξη" και η εμβέλεια της. Τα παρακάτω αποσπάσματα από τον *G.H. Treitel "The Law of Contract", 8η έκδοση (1991) στις σελ. 424 και 425* διαφωτίζουν όχι μόνο για το νοηματικό περιεχόμενο του δόγματος αυτού και τις παραμέτρους του, αλλά δίνουν και σύγχρονα παραδείγματα σχετικά με την εφαρμογή του:

"Public policy is a variable notion, depending on changing manners, morals and economic conditions. In theory, this flexibility of the doctrine of public policy could provide a judge with an excuse for invalidating any contract which he violently disliked.....
.....

On the other hand, the law does adapt itself to changes in economic and social conditions, as can be seen particularly from the development of the rules as to contracts in restraint of trade. This point has often been recognised judicially.....
.....

The present attitude of the courts represents a compromise between the flexibility inherent in the notion of public policy and the need for certainty in commercial affairs.....
.....

Και συνεχίζει στη σελ. 425 με παραδείγματα:

"But in some cases (particularly "where the subject-matter is "lawyers" law") judicial intervention may still as a last resort be desirable. The courts may occasionally invalidate a contract even though it is of a kind to which the doctrine of public policy has not been applied before. Such novel applications of the doctrine of public policy are illustrated by decisions to the effect that a moneylending contract is illegal if it imposes quasi-servile obligations on the borrower; that a contract by which a trade journal promises not to comment on the affairs of a company is illegal as it may prevent the journal from exposing frauds

