

---

NUMER / N<sup>o</sup>

*CZERWIEC* 27  
*JUNE 2021*

---



**BIULETYN**  
**ARBITRAŻOWY**

*ARBITRATION*  
*BULLETIN*

---



Sąd Arbitrażowy

przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie

## *Spis treści*

- 5      Some Reflections on Arbitration Hearings in the COVID-19 Era  
*Christopher Chinn*
- 
- 13     Kilka uwag o wprowadzeniu zapisu na sąd polubowny do umowy  
(statutu) spółki kapitałowej (na tle prawa włoskiego)  
*Katarzyna Bilewska*
- 
- 19     Interes prawny w powództwie o ustalenie w postępowaniu przed  
sądem polubownym – glosa do wyroku SA KIG 193/05  
*Beata Gessel Kalinowska vel Kalisz*
- 
- 29     Związanie sądu polubownego wyrokiem innego sądu  
polubownego – w świetle orzecznictwa sądu najwyższego, doktryny  
i w perspektywie prawnoporównawczej  
*Andrzej Szlęzak, Anna Tujakowska*
- 
- 58     Dissenting opinions in arbitral awards – issues of recognition  
and enforcement in different jurisdictions with special focus on  
the issue of secrecy of deliberations  
*Zuzanna Cieplińska*
- 
- 65     Klauzula Równoczesnej Mediacji-Arbitrażu CMA  
*Roman Rewald*
- 
- 73     Ugoda w postępowaniu arbitrażowym – praktyczne aspekty  
*Monika Diehl, Dominika Jędrzejczyk*
-

## *Szanowni Czytelnicy,*

z przyjemnością oddajemy do Państwa rąk kolejny numer „Biuletynu Arbitrażowego Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej”.

Kończąca się wiosna przyniosła nadzieję na częściową normalizację życia społeczno-gospodarczego. W jakiej rzeczywistości i w jaki sposób będzie działał arbitraż jesienią? Czy zdalne rozprawy zostaną z nami na dłużej, czy może – jeśli sytuacja epidemiczna na to pozwoli – przeważą tęsknota za tradycyjnym formatem rozprawy, w tym kolejowymi lub lotniczymi podróżami, wymianą uścisków dłoni i nawiązywaniem nowych kontaktów? Zagadnieniom tym zostało poświęcone webinarium Arbitrażowego Forum Młodych SA KIG „Virtual Hearings in Arbitration: Recent Experiences”, które odbyło się 19.02.2021 roku. W nowym numerze „Biuletynu” publikujemy m.in. przemyślenia Christophera Chinna dotyczące zdalnych rozpraw arbitrażowych w trakcie pandemii COVID-19, którymi podzielił się z uczestnikami wskazanego webinarium. Autor wyraża pogląd, że dopiero wraz z upływem czasu dowiemy się, czy tradycyjne rozprawy – i tradycyjne kontakty społeczne – przejdą na wzór kaset magnetofonowych do lamusa. Nie można przy tym wykluczyć, że niczym kasety magnetofonowe i płyty winylo- we wrócą kiedyś do łask, a także staną się ponownie modne oraz cenne. Rewolucja technologiczna spowodowana pandemią COVID-19 nie musi oznaczać zaniku przedpandemicznych praktyk.

Państwa uwadze w nowym numerze „Biuletynu” polecamy również artykuł dr hab. prof. UW Katarzyny Bilewskiej poświęcony wprowadzeniu zapisu na sąd polubowny do umowy (statutu) spółki kapitałowej, który omawia to zagadnienie na tle prawa włoskiego. W tekście tym dr hab. prof. UW Katarzyna Bilewska – członkini Zespołu SA KIG ds. arbitrażu korporacyjnego – postuluje rozważenie wprowadzenia

w polskim systemie prawnym, wzorem prawa włoskiego, mechanizmu ochronnego dla wspólników lub akcjonariuszy niechętnych umieszczeniu klauzuli arbitrażowej w statucie. W celu zagwarantowania kompromisu między zasadą rządów większości a kontraktowym charakterem zapisu na sąd polubowny proponuje ona dyskusję nad dopuszczeniem możliwości „wyjścia” ze spółki wspólnikom albo akcjonariuszom niezgadzającym się na zmianę statutu.

Oprócz powyżej wspomnianych artykułów w numerze publikujemy m.in. głosę do wyroku SA KIG 193/05 autorstwa dr hab. Beaty Gesel, a także artykuły dr hab. Andrzeja Szlęzaka i Anny Tujakowskiej, Zuzanny Cieplińskiej, Romana Rewalda, Moniki Diehl i Dominiki Jędrzejczyk, które zostały poświęcone zagadnieniom takim jak: związanie sądu polubownego wyrokiem innego sądu polubownego, uznawaniu i stwierdzaniu wykonalności wyroków arbitrażowych zawierających zdania odrębne, klauzuli równoczesnej mediacji-arbitrażu (CMA) oraz problematyce ugody w postępowaniu arbitrażowym.

Dziękujemy wszystkim Autorom za przesłane teksty i ich wkład w rozwój „Biuletynu”. Zainteresowanie publikacją na łamach bieżącego numeru przekroczyło oczekiwania Redakcji. Rosnące zainteresowanie wydawanym w formie elektronicznej „Biuletynem” wśród Autorów i Czytelników, a także jego ekspozycja w Systemie Legalis C.H.Beck pozwalają mieć nadzieję, że po zeszłorocznym wznowieniu na stałe zagości on w gronie periodyków nadających ton polskiej myśli arbitrażowej.

*Życzymy Państwu miłej lektury i udanych wakacji!*

*W imieniu redakcji,*

**dr Konrad Czech**

*Redaktor Naczelny*

# *Some Reflections on Arbitration Hearings in the COVID-19 Era*

**Christopher Chinn<sup>1</sup>**

---

## 1. INTRODUCTION

The COVID-19 pandemic has taken many people's lives in Poland and abroad while dramatically affecting others' way of life.

For arbitration practitioners, virtual hearings via video conference platforms have become the norm, at least while travel and other physical contact restrictions remain in place.<sup>2</sup> The Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce ("SAKIG") joined other institutions in 2020 to quickly promote the increased use of virtual hearings via video conference platforms in response to the pandemic.<sup>3</sup>

Seminars and conferences on the virtual hearing phenomenon, themselves in virtual format, have proliferated.<sup>4</sup> Arbitration practitioners have debated whether and in what context the right to a physical hearing exists.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Avocat, Paris; Solicitor, England & Wales; Attorney at Law, New York; Juris Doctor (University of Minnesota); Counsel and Arbitrator (Chinn Arbitration, Paris).

<sup>2</sup> The author has participated as both counsel and arbitrator in hearings during the COVID-19 Era that were changed to virtual format because of the pandemic. Like many of his arbitration colleagues, and like most office professionals in general around the world, the author has become familiar with the "culture" of virtual meetings. "Remember to unmute your microphone when you speak." One should also test the video platform and one's own equipment in a test session before taking part in a videoconference or else one will become like the lawyer in the Texas virtual (and now viral) court session who was stuck making oral arguments with a cat filter on his face and had to clarify for the judge that "I'm not a cat." (available at <https://www.youtube.com/watch?v=TDNP-SWgn2w>; accessed 16.04.2021).

<sup>3</sup> In keeping with its longstanding policy of offering physical meeting space at no additional charge for parties in SAKIG arbitrations, SAKIG has also offered virtual meeting spaces via Zoom Pro at no additional charge.

<sup>4</sup> This article touches on comments made by the author when presenting at three recent conferences: (a) the 19.02.2021 SAKIG and AFM Below 40 webinar titled "Virtual Hearings in Arbitration: Recent Experiences" (available at: <https://www.youtube.com/channel/UC3prjWft66ccIKigUr25T4g>, accessed 07.05.2021); (b) the 22.09.2020 CIETAC China Arbitration Week 2020 webinar titled "Virtual Meetings in the COVID-19 Era: Chinese and French/European Perspectives" (available at <https://wenner.eu/en/news/>; accessed 16.04.2021); and (c) the 04.12.2019 conference in Istanbul titled "Perspectives of the Hearing: The ISTAC Approach" (Panel 2 –Use of Evidence: Witnesses and Documents).

<sup>5</sup> See e.g. International Council for Commercial Arbitration (ICCA) 2020-2021 Research Project: "Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration?" (available at <https://arbitration-icca.org/right-to-a-physical-hearing-international-arbitration>; accessed 16.04.2021).

Meanwhile, parties unsatisfied with the virtual format have made legal challenges claiming that virtual hearings are a denial of due process, so far reportedly without success.<sup>6</sup> This article sets forth a few reflections on arbitration hearings in the COVID-19 Era.

## 2. WHAT IS AN ARBITRATION HEARING?

One may think of an arbitration hearing as a meeting between the parties and the tribunal.

Like any meeting, an arbitration hearing may take various forms and have different features<sup>7</sup> depending on the choices of the parties, counsel, and arbitral tribunal, as well as on the characteristics of the dispute being resolved.

The persons involved are usually the counsel for the parties and the arbitral tribunal. Often, the parties themselves also attend, along with third-party witnesses and experts. Court reporters/stenographers, interpreters, and secretaries to the tribunal may also participate.<sup>8</sup>

While official communications are usually limited to exchanges with the tribunal, a hearing may also offer the parties a chance to communicate among themselves both officially during the planned sessions and unofficially during breaks, thereby in some instances leading to settlement.

Expert or fact witnesses may also confront one another's conflicting testimony in direct simultaneous dialogue known as "hot-tubbing" or "witness conferencing" which, while confrontational, may also lead to consensus.<sup>9</sup> A hearing may be the first time that the members of the arbitral tribunal have met each other.

---

<sup>6</sup> One conspicuous example has been in the context of investor-state arbitration where a party's challenge to an arbitral tribunal was based in part on allegations that bias and dishonesty had driven the tribunal's decision to hold a virtual hearing. The chair of the ICSID Administrative Council denied the challenge. Decision, 15.12.2020, *Landesbank Baden-Württemberg and others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/45) (available at [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C5006/DS15556\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C5006/DS15556_En.pdf); accessed 16.04.2021) ("137. The Chair further notes that the challenged arbitrators have also observed that they have strived to conduct the proceeding 'in a way which both ensures due process to the Parties and recognizes the need to conduct the proceedings as expeditiously as possible.' In the Chair's view, as a general rule, the Tribunal itself is best placed to assess and balance these risks and considerations. Given the extraordinary circumstances and the multiple uncertainties created by the COVID-19 pandemic, the Tribunal's decision to conduct a risk assessment certainly does not show a lack of high moral character. Rather, in the eyes of an objective third party, it would appear to be the Tribunal's duty to do so. A party's disagreement with the Tribunal's risk assessment is no basis to conclude that there is 'a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14' to disqualify the Tribunal.").

<sup>7</sup> For some of the considerations to take into account when planning a hearing see UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016) available at <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf>; accessed 16.04.2021. For many decades now arbitration hearings in both civil and common law jurisdictions have centered on the examination and testimony of witnesses while also containing oral argument and sometimes demonstrative evidence such as scale models and power-point slides. See W. Craig, W. Park, J. Paulson, *Hearings* [in:] International Chamber of Commerce Arbitration Third Edition, Oceana 2000, Chapter 25.

<sup>8</sup> In SAKIG arbitration practice a representative of the arbitration court is usually also present at the arbitration hearing per §34.2 of the SAKIG Rules.

<sup>9</sup> For a discussion of some of the issues arising in witness conferencing see Chartered Institute of Arbitrators, "Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration" (2019), available at <https://www.ciarb.org/media/4555/guideline-13-witness->

An arbitration hearing usually occurs at least twice during the proceedings, once at the outset in the form of a so-called case management conference to discuss the calendar and procedural rules and once near the end to discuss the substance of the dispute and to help the tribunal render its final written award.

The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, known as the “IBA Rules,”<sup>10</sup> refer to the substantive hearing (also known as the main hearing or merits hearing) as the “Evidentiary Hearing,”<sup>11</sup> a terminology which reflects the common law-inspired practice of examining and cross-examining witnesses during the substantive hearing, thereby creating evidence near the end of the proceeding that may influence the tribunal’s decision.

Polish arbitration practice, even in purely domestic cases, would appear to have largely embraced the use of witnesses<sup>12</sup> and the creation of evidence during the substantive hearing, albeit without the strict rules of court procedure used in some common law systems and without some of the aggressive theatrics seen in television dramas.

Through the use of a hearing transcript that can later be dissected and cited in detail by the parties in post-hearing submissions, the arbitration hearing itself may become an important exhibit that the arbitral tribunal not only experiences first-hand but also helps to create through its own lines of questioning.

In a counterintuitive twist, the arbitration hearing which is an oral procedure thus arguably reinforces the importance of written evidence because its very purpose might be said to be the creation of a written exhibit in the form of the hearing transcript. What was once merely oral or only recorded in the minds of the participants is reduced to writing. Indeed, the intense degree to which some counsel (or designated members of the counsel’s team) scrutinize the real-time computer-generated feed of transcription during a hearing rather than pay attention to the reactions of the tribunal reflects the importance of the precise words elicited during a hearing.<sup>13</sup>

---

-conferencing-april-2019pdf.pdf; accessed 16.04.2021.

<sup>10</sup> Available at <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC>; accessed 16.04.2021.

<sup>11</sup> Under the IBA Rules, “Evidentiary Hearing’ means any hearing, whether or not held on consecutive days, at which the Arbitral Tribunal, whether in person, by teleconference, videoconference or other method, receives oral or other evidence.”

<sup>12</sup> See P. Bytnerowicz, E. Wanat, *Admissibility of Witness Preparation in Arbitration Proceedings-international and Polish Perspectives* [in:] *Young Arbitration, Arbitration Bulletin* 2016, Vol. 24, p. 38 (“Nowadays witness preparation is common practice in arbitration...notwithstanding whether arbitration proceedings are conducted in Poland or any other jurisdiction, the most appropriate document to fix the rules for witness preparation is a procedural order (ideally, agreed by the parties).”). See also §33 of the SAKIG Rules (“Evidence”) which makes detailed reference to the use of witness evidence.

<sup>13</sup> Court deposition proceedings in the United States (and sometimes used in arbitration) provide a good example of when it is the precise words of the witness that are important rather than the witnesses’ overall performance. Depositions are not hearings but are procedures by which witnesses are questioned by counsel *without the presence of the tribunal* in order to create a transcript that can be used as evidence later in the proceedings.

Although the creation of a verbatim hearing transcript was rare in Polish arbitration practice ten years ago when short and vague summary minutes were preferred and audio recordings were only increasingly coming into play,<sup>14</sup> today audio and even video recordings of hearings (especially of virtual hearings) are now commonplace and almost systematically transform the hearing into at least some kind of durable piece of evidence.<sup>15</sup>

Besides the hearing of evidence, an arbitration hearing has another purpose which is to present evidence already collected and to persuade the tribunal with legal arguments.

The substantive hearing is in this way the oral analogue of not only written expert or witness statements, an evidentiary tool, but also written pleadings by lawyers, a persuasive tool. The limitations and pressures of time during a hearing moreover affect the way the case is argued, not only forcing counsel to be efficient and relevant with their arguments but also leading to focused questions and spontaneous lines of inquiry by the tribunal.

The substantive hearing also makes the dispute “come to life” for the arbitral tribunal. The tribunal’s interest and focus on resolving the case may be increased when it comes face to face with the parties and is presented with the human aspects of the dispute.

An arbitration hearing is not essential. Indeed, some disputes may and should be resolved on the basis of documents only, and the rules of SAKIG and other arbitral institutions accordingly recognize such possibility, especially in cases involving lower amounts in dispute. Documents-only procedures however require certain safeguards<sup>16</sup> and although technically possible are rarely employed even in cases involving lower amounts in dispute<sup>17</sup> because the parties want to have the benefit of at least a brief hearing and to meet the arbitral tribunal face to face.<sup>18</sup>

An arbitration hearing clearly has emotional and symbolic functions too.

---

<sup>14</sup> M. Olechowski, A. Tujakowska, *Arbitral Proceedings* [in:] *Arbitration in Poland*, Warsaw 2011, p. 91 (“In Polish domestic arbitral practice, the hearing record has usually consisted of minutes prepared by the arbitral tribunal (or its secretary). More recently audio recordings are increasingly used, but verbatim transcripts remain relatively uncommon.”).

<sup>15</sup> Even when the expense of a court reporter and likely post-hearing fight among the parties as to the exact words which were said does not warrant the creation of a transcript, there is still in any event a video and/or audio record of what transpired.

<sup>16</sup> See Chartered Institute of Arbitrators, “Guideline 8 Documents-Only Arbitration Proceedings” (2015), available at <https://www.ciarb.org/media/4202/guideline-8-documents-only-arbitration-proceedings-2015.pdf>; accessed 16.04.2021.

<sup>17</sup> See, with respect to international arbitration seen from a civil law perspective, C. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international 2<sup>ième</sup> édition*, LGDJ 2019 (“Although, in the absence of provisions by the parties, nothing obliges the organization of oral hearings, it is rare that arbitration procedures are solely written procedures.”)(free translation by author), p. 847.

<sup>18</sup> Conversely, it is technically possible although rare for the entire arbitration to consist of a hearing or hearings with no written arguments or evidence whatsoever. The contractual nature of arbitration and written requirement for arbitration agreements in many jurisdictions may explain why written documents are almost always important in arbitration proceedings.



Descended in part from medieval trials by combat and from ecclesiastical trials where the innocent were seen by the public to sink in the water or fail to burn when exposed to hot coals (but could be saved from actual drowning or burning by discerning clergy), the arbitration hearing may serve as an emotional test and opportunity for catharsis where parties and witnesses are allowed to look their judges in the eye and plead their case through their performance.

The hearing is said by some to be the culmination and key feature of the arbitration procedure.

### 3. ARBITRATION IS WELL-SUITED TO VIRTUAL HEARINGS AND VIRTUAL HEARINGS ARE WELL-SUITED TO ARBITRATION

Meetings between people who live in different cities or different countries, including virtual meetings, are nothing new to arbitration.

Long before COVID-19, one of the hallmarks of arbitration was that it was not tied to traditional court procedures,<sup>19</sup> a principle enshrined in the Polish Arbitration Act that unless the parties agree otherwise, the arbitral tribunal may conduct proceedings as it sees fit and “is not bound by provisions relating to court proceedings.”<sup>20</sup> The SAKIG Rules similarly allow the parties and arbitral tribunal wide procedural flexibility and encourage economy and cost savings as long as equal treatment and the right to be heard are respected.<sup>21</sup>

Indeed, although arbitration proceedings are tied to a specific legal “seat” or “place” of the arbitration,<sup>22</sup> which often determines which procedural rules govern, the actual physical location where arbitration hearings occur may be anywhere.

---

<sup>19</sup> C. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit...*, p. 797 (“One of the principal advantages of arbitration moreover is to permit [the parties] to have their dispute resolved according to a procedure different than that of the state courts.”)(free translation by author).

<sup>20</sup> The Polish Arbitration Act (Code of Civil Procedure) provides: “Art. 1183. In the arbitral proceedings the parties shall be treated equally. Each of the parties has the right to be heard and to present its case.” “Art. 1184. § 1. Subject to these statutory provisions, the parties are free to agree on the procedure of the arbitration. §2. Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to provisions of the law, conduct the proceedings in such manner as it considers appropriate. The arbitral tribunal is not bound by provisions relating to court proceedings.” “Art. 1185. Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, whatever the agreed place of arbitration, meet at any place it considers appropriate for its deliberations or for taking evidence.” Łucja Nowak (lucja.nowak@soas.ac.uk) translation in *Arbitration in Poland*, Warsaw 2011, p. 186.

<sup>21</sup> § 4 (Arbitration Rules) of the SAKIG Rules provides in part that “1. In matters not addressed in the Arbitration Rules and unless otherwise agreed by the parties, the Arbitral Tribunal shall conduct the proceeding as it deems proper. 2. The parties may agree at any time, in a manner binding on the Arbitral Tribunal, on rules of procedure different from those provided in the Arbitration Rules, so long as they do not violate mandatorily applicable legal norms [...]” § 7 (Principles for proceeding) of the SAKIG Rules provides that “1. The Arbitral Tribunal shall conduct the proceeding in a manner assuring the equal treatment of the parties and the right of each party to be heard and to present its allegations and the evidence supporting them. 2. The parties to the proceeding shall act in good faith and seek to make the proceeding speedy and efficient and to avoid unnecessary costs. 3. The Arbitral Tribunal shall seek to ensure that the proceeding is speedy and efficient and to avoid unnecessary costs.” SAKIG Rules available at <https://sakig.pl/wp-content/uploads/2020/04/ARBITRATION-RULES-02-04-2020.pdf> (accessed 16.04.2021).

<sup>22</sup> Putting aside more theoretical discussions of de-localization and the like, as espoused by practitioners like the late great Emmanuel Gaillard (1952-2021), for whom the author was briefly a trainee in the summer of 2002.

As leading arbitration practitioners have commented:

“In most cases, [Arbitration] hearings may be held at any location that is convenient for all concerned. Subject to any mandatory provisions of law in the seat of the arbitration, there is generally no requirement that all hearings be physically conducted in the territory of the seat of the arbitration.”<sup>23</sup>

Case management conferences in arbitrations have for many years prior to COVID-19 taken place virtually via phone conference, which is to say (depending on one’s legal interpretation) either at no physical place at all or at multiple physical places at one time.

Perhaps seeking to build upon arbitration’s flexibility and the already largely virtual format of the case management conference, the Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration, known as the “2018 Prague Rules,”<sup>24</sup> were promulgated on 14.12.2018 as an alternative to the IBA Rules.

The Prague Rules distinguish between the case management conference on the one hand, which is desirable, and the substantive hearing on the other hand, which according to the Prague Rules should be avoided in order to promote efficiency. Should the substantive hearing take place, it should according to the Prague Rules occur only in virtual format.<sup>25</sup>

Only a little over a year after the issuance of the Prague Rules, the realities of COVID-19 have made at least part of the aspirations of the drafters of the Prague Rules come true – virtual hearings have indeed become commonplace.

The arbitration hearing itself, however, did not go away. The virtual hearing has instead preserved all the salient features of the physical hearing.

First, the evidentiary purpose of the substantive hearing, the creation of new evidence in written or other durable form based on witness testimony, has been preserved and even aided by the virtual format. A video recording of the hearing in exactly the way in which the participants of the hearing experienced it the first time can be made at no additional cost by pressing the “record” button with no need to set up additional cameras. Traditional court transcripts can be arranged either simultaneously or after the hearing has taken place.

---

<sup>23</sup> N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed., Oxford 2015, para. 6.162.

<sup>24</sup> Available at [https://praguerules.com/prague\\_rules/](https://praguerules.com/prague_rules/); accessed 16.04.2021.

<sup>25</sup> The Prague Rules provide: “Article 8. Hearing 8.1. In order to promote cost-efficiency and to the extent appropriate for a particular case, the arbitral tribunal and the parties should seek to resolve the dispute on a documents only basis. 8.2. If one of the parties requests a hearing or the arbitral tribunal itself finds it appropriate, the parties and the arbitral tribunal shall seek to organise the hearing in the most cost efficient manner possible, including by limiting the duration of the hearing and using video, electronic or telephone communication to avoid unnecessary travel costs for arbitrators, parties and other participants.”

Second, the persuasive purpose of the arbitration hearing has been preserved and arguably enhanced through the virtual format. Not only are the facial and other expressions of each of the participants captured and visible to all in real time, something that may be hindered in a physical meeting where not all participants may be facing each other, but presentations such as PowerPoint slides are systematically shown directly on the screens of the arbitral tribunal, arguably providing for a better and more direct presentation than at a physical meeting where not every participant is best situated to view the presentation.<sup>26</sup>

Indeed, one might argue that each one of the features of the physical arbitration hearing has been present in some form or another during virtual hearings, including the emotional expressions of the witnesses, the time pressures of an important event, the cathartic release of preparing for a big show-down with the opposing side and confronting one's adversary, and even the possibility for side meetings during coffee and lunch breaks in virtual "break-out rooms."<sup>27</sup>

#### 4. DUE PROCESS AND OTHER CONCERNS HAVE BEEN MOSTLY ADDRESSED

As long as parties are treated equally and/or given a fair opportunity to present their case,<sup>28</sup> it seems that due process and other concerns over the virtual hearing have been mostly overblown.

Virtual hearing practice guides have proliferated in the wake of COVID-19 and have given useful tips to address due process and other concerns such as the tribunal in its pre-hearing procedural order explicitly prohibiting the off-camera coaching of witnesses<sup>29</sup> and providing for test sessions in advance of the real hearing in order to prevent technical glitches from occurring.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> It is true that individual eye contact between two persons may not be possible in a virtual setting. The ability for an arbitrator to gage the sincerity of a witness and/or to affect the witness's conduct by the arbitrator's gaze may be hindered. It is still possible, however, for multiple persons to "look into the eye" of a witness in a virtual setting, just not on a one-on-one basis. It is also possible to look into the eye of a witness in a recording after the hearing has taken place.

<sup>27</sup> Not only arbitration but also mediation proceedings have gone virtual during COVID-19. Anecdotal evidence from mediators who have conducted virtual mediations suggests that success in this realm is also possible.

<sup>28</sup> Due process concerns have arisen from so-called "hybrid" hearings where some participants are in the same room as the arbitral tribunal but some are not. In such cases due process safeguards are called for such as the explicit agreement of all involved and/or a ban on all off-camera communications. Otherwise, the appearance of unequal treatment of the parties may be inevitable.

<sup>29</sup> Pre-COVID, the author had been involved in proceedings where the counsel felt compelled to send a representative to the site where a witness was being questioned by the opposing counsel remotely to make sure that no off-camera coaching was taking place. Post-COVID, such concerns appear to be largely addressed by the mere threat of invalidating the witnesses' testimony should something appear amiss on camera, as well as articulating such concerns in procedural orders so that all know the rules, as well as providing neutral places under the supervision of the arbitral institutions and/or tribunal where witnesses may testify. Some tribunals have asked witnesses to move their camera all around the room so that the surroundings of the witness (at least immediately prior to their testimony) are known.

<sup>30</sup> If necessary, of course, a virtual hearing is generally easier to re-schedule or extend than a physical hearing.

## 5. IN-PERSON HEARINGS HAVE BEEN DEARLY MISSED

Despite the success of virtual arbitration hearings, most arbitration practitioners say that something important is missing.

What exactly is missing from the virtual format is difficult to pinpoint.

Of course, all the secondary effects of travel and of physical proximity are missing, including the pleasure of eating lunch with colleagues and the accumulation of frequent flyer miles in the case of inter-city travel.

But one would be hard-pressed to identify how the arbitration process itself has suffered.

Although one may question whether non-verbal forms of communication have been curtailed by the virtual format, all participants' facial expressions may still be seen and recorded on video. There is still therefore a face-to-face confrontation and the pressure-filled moments of an important event that participants must still dress up for (at least from the torso on up). The only things missing might be the leg movements of the participants and/or their sweat in the case of handshakes.

Not everyone at a virtual hearing may be in the same time zone and the meeting hours may therefore need to be curtailed and/or some participants may have a home court advantage because of the time zone chosen for a virtual hearing. But the effects of time zone, jet lag, and the need to modify hours of a hearing because of witnesses' location (and their travel plans going to and from the hearing location) are all aspects present in a physical hearing too.

It would not be unreasonable to argue that COVID-19, by requiring virtual hearings, has made arbitration better, less costly, and more environmentally friendly at only the expense of non-essential travel perks.

Dispute resolution is however a human process subject to unquantifiable influences. People have never been governed by codes and laws alone - justice has always required the subjective application of such codes and laws by people. Often the process has involved physical meetings. Only now has technology and the widespread dissemination of computer cameras allowed low-cost video meetings to take place.

As this article goes to press, both physical and virtual hearings have co-existed during the COVID-19 Era. Only time will tell whether there is something about in-person arbitration hearings, or in-person business meetings in general, that are irreplaceable, or whether real life meetings between people will go the way of the cassette tape.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> The author notes that vinyl records, on the other hand, appear to be making a comeback.

# *Kilka uwag o wprowadzeniu zapisu na sąd polubowny do umowy (statutu) spółki kapitałowej (na tle prawa włoskiego)*

Katarzyna Bilewska<sup>1</sup>

## 1. WPROWADZENIE

Nowe, doprecyzowane brzmienie art. 1163 k.p.c.<sup>2</sup> jest punktem wyjścia do rozstrzygnięcia w arbitrażu sporów o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwał spółek kapitałowych, a także innych sporów ze stosunku spółki. Jego wejście w życie<sup>3</sup> uruchomiło proces dostosowania regulaminów arbitrażowych do nowej regulacji, nie eliminując wszakże wątpliwości co do tego, jak w praktyce zapewnić skuteczność i efektywność arbitrażu korporacyjnego<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Dr hab., Profesor uczelni w Katedrze Prawa Handlowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, adwokat, Partner, Praktyka Sporów Korporacyjnych w warszawskim biurze kancelarii Dentons, ORCID: 0000-0003-0988-7480.

<sup>2</sup> Art. 1163 § 1 k.p.c. stanowi: „Zamieszczony w umowie (statucie) spółki handlowej zapis na sąd polubowny dotyczący sporów ze stosunku spółki wiąże spółkę, jej wspólników oraz organy spółki i ich członków.

§ 2 W sprawach o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwały zgromadzenia wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością albo walnego zgromadzenia spółki akcyjnej zapis na sąd polubowny jest skuteczny, jeżeli przewiduje obowiązek ogłoszenia o wszczęciu postępowania w sposób wymagany dla ogłoszeń spółki najpóźniej w terminie miesiąca od dnia jego wszczęcia; ogłoszenie może zamieścić również powód. W sprawach tych każdy wspólnik albo akcjonariusz może przystąpić do postępowania po jednej ze stron w terminie miesiąca od dnia ogłoszenia. Skład sądu polubownego wyznaczony w sprawie najwcześniej wszczętej rozpoznaje wszystkie pozostałe sprawy o uchylenie lub stwierdzenie nieważności tej samej uchwały zgromadzenia wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością albo walnego zgromadzenia spółki akcyjnej.

§ 3 Przepisy § 1 i 2 stosuje się odpowiednio do zapisów na sąd polubowny zawartych w statucie spółdzielni lub stowarzyszenia”.

<sup>3</sup> Przepis w obecnym brzmieniu został wprowadzony ustawą z 31.07.2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych (Dz.U. poz. 1495), która weszła w życie 08.09.2019 r.

<sup>4</sup> W Sądzie Arbitrażowym przy Konfederacji Lewiatan od 08.07.2020 r. obowiązuje Regulamin Uzupełniający dla postępowania w sporach korporacyjnych, <https://www.sadarbitrazowy.org.pl/Content/Uploaded/files/REGULAMIN%20UZUPE%20C5%-81NIAJ%C4%84CY%20DLA%20POST%C4%98POWANIA%20W%20SPORACH.pdf> (dostęp: 13.02.2021 r.); zaś w Sądzie Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej Regulamin dodatkowy w sporach uchwałowych jest w fazie przygotowania; <https://sakig.pl/aktualnosci/lista/podsumowanie-prac-zespołu-ds-arbitrazu-korporacyjnego> (dostęp: 13.02.2021 r.).

Jurysdykcją, w której arbitraż korporacyjny z powodzeniem funkcjonuje, są Włochy<sup>5</sup>. Jest tak od wejścia w życie Dekretu Legislacyjnego nr 5/2003 z 17.01.2003 r.<sup>6</sup>, który stworzył ramy rozstrzygania w arbitrażu różnych sporów korporacyjnych, w tym zwłaszcza sporów dotyczących uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych<sup>7</sup>. Dekret 5/2003 zawiera wiele interesujących rozwiązań, które mogą okazać się modelowe także dla polskiego arbitrażu<sup>8</sup>.

Jak wskazano w polskiej doktrynie, włoskiemu ustawodawcy „udało się rozbroić większość zastrzeżeń dotyczących dopuszczenia arbitrażu w sporach dotyczących interesów kolektywu wspólników [...]”<sup>9</sup>.

Implementacja klauzuli arbitrażowej do umowy (statutu) już istniejącej spółki kapitałowej nie została unormowana ani w Kodeksie postępowania cywilnego, ani w Kodeksie spółek handlowych. W rezultacie brak jest wyraźnego przepisu regulującego tę kwestię. Jednocześnie zagadnienie to pozostaje w zbiegu dwóch reżimów: procedury cywilnej oraz prawa arbitrażowego, z jego pryncypiami dotyczącymi poszanowania konstytucyjnego prawa do sądu (powszechnego) i autonomii woli stron zapisu na sąd polubowny, z jednej strony oraz prawa spółek kapitałowych, które opiera się na zasadzie rządów większości, z drugiej strony.

W rezultacie w doktrynie proponuje się dwie rozbieżne koncepcje następczego wprowadzenia klauzuli arbitrażowej do umowy (statutu) spółki. Żadne z tych rozwiązań nie zyskało dotąd wyraźnej przewagi, a przede wszystkim nie zostało jednoznacznie potwierdzone przez praktykę i orzecznictwo.

---

<sup>5</sup> Por. np. Ł. Chyła, *Remarks on the current situation of Polish intra-corporate dispute arbitration as compared to German and Italian equivalents*, „Fundamental and Applied Researches in Practice of Leading Scientific Schools” 2020, Vol. 40, No 4, s. 31 i nast.

<sup>6</sup> Wł. *d.lgs.17 gennaio 2003*, n. 5; dalej jako „**Dekret 5/2003**”, „**Dekret**”; Dekret wszedł w życie 01.01.2004 r.

<sup>7</sup> Zob. V. Sangiovanni, *Some critical observations on the Italian regulation of company arbitration*, „The American Review of International Arbitration” 2006, Vol. 17, No 2, s. 281 i nast.; A. Agnani, F. Liguori, *Italy's new arbitration laws*, [www.globalarbitration-review.com](http://www.globalarbitration-review.com), <https://www.unlaw.it/wp-content/uploads/2014/11/italy-s-new-arbitration-laws.pdf> (dostęp: 13.02.2021 r.)

<sup>8</sup> Najważniejsze postanowienia Dekretu 5/2003 to: (i) zasada, że klauzula arbitrażowa powinna określać liczbę i sposób powołania arbitrów, przy czym **prawo nominacji arbitrów winno być, pod rygorem nieważności, powierzone osobie (instytucji) spoza spółki** (art. 34 ust. 2 Dekretu); (ii) zasada, że klauzulą arbitrażową związana jest spółka, wspólnicy oraz **osoby, których status wspólnika jest kwestionowany**; dodatkowo, w umowie (statucie) spółki można postanowić, że obejmuje mocą wiążącą także członków organu (administrującego), likwidatorów i syndyka spółki (art. 34 ust. 3 i 4 Dekretu); (iii) gwarancje proceduralne dla osób zainteresowanych sporem na zasadzie współuczestnictwa przez to, że **pozew (lub wezwanie na arbitraż) przedkłada się w rejestrze handlowym właściwym dla spółki**, i w ten sposób udostępnia wspólnikom, a osoby chcące wziąć udział w postępowaniu mogą się do niego przyłączyć, wnosząc **interwencję w arbitrażu**, na zasadach przewidzianych we włoskim kodeksie postępowania cywilnego (art. 35 ust. 1-3 Dekretu); (iv) reguła, że jeżeli spór rozstrzygany dotyczy ważności uchwały wspólników, arbitrom przysługuje **prawo zawieszenia skuteczności uchwały w trybie tymczasowego orzeczenia, od którego nie przysługuje odwołanie**; jurysdykcja w tym zakresie zabezpieczenia przysługuje trybunałowi od chwili jego powołania; w każdym innym przypadku kompetencja do zabezpieczenia na zasadach ogólnych przysługuje sądom państwowym (art. 35 ust. 5 Dekretu).

<sup>9</sup> Tak A. Wiśniewski, [w:] *System prawa handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, red. A. Szumański, Warszawa 2015, s. 797.

## 2. STANOWISKO PIERWSZE: WPROWADZENIE KLAUZULI ARBITRAŻOWEJ KWALIFIKOWANĄ WIĘKSZOŚCIĄ GŁOSÓW

Zgodnie z tym poglądem wprowadzenie klauzuli arbitrażowej do umowy (statutu) spółki odbywa się na podstawie przepisów Kodeksu spółek handlowych o zmianie umowy spółki, a zatem wymaga podjęcia uchwały przez zgromadzenie wspólników (walne zgromadzenie) przewidzianą do tego kwalifikowaną większością głosów<sup>10</sup> i wpisania jej do rejestru. Wdrożenie tego stanowiska oznacza, że może dojść do wprowadzenia zapisu na sąd polubowny, wiążącego spółkę, wszystkich wspólników (także sprzeciwiających się wprowadzeniu klauzuli) oraz członków organów, niejednomyślnie, przez podjęcie uchwały większością 2/3 głosów wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością<sup>11</sup> (większością 3/4 głosów na walnym zgromadzeniu spółki akcyjnej)<sup>12</sup>, przy jednoczesnym oddaniu głosów przeciw uchwale i wstrzymujących się.

Stanowisko to przyjmuje optykę zgodną z naturą spółki kapitałowej. Do właściwości tej spółki należy zasada rządów większości, która sprowadza się do reguły, iż prawa wspólników (akcjonariuszy) i wpływ każdego z nich na działalność spółki uzależnione są od wielkości wniesionego przez nich kapitału, a przewaga kapitału jest podstawowym kryterium wyznaczania „większości”<sup>13</sup>. Zasada większości (prymat czynnika kapitałowego nad osobowym) stanowi natomiast gwarancję efektywności działania spółki kapitałowej<sup>14</sup>.

Promotorzy tego stanowiska uzasadniają jego aksjologiczną prawidłowość faktem świadomej inwestycji wspólników (akcjonariuszy) w biznes prowadzony w formie prawnej spółki kapitałowej. Wskazuje się, że wspólnik lub akcjonariusz, przystępując do spółki kapitałowej, musi zaakceptować zasadę związania go uchwałą zgromadzenia podjętą przez większość, nawet gdy zajmowałby stanowisko przeciwne uchwale<sup>15</sup>. Co więcej, warto podkreślić, że wspólnik lub akcjonariusz głosujący przeciwko uchwale o zmianie umowy spółki przez wprowadzenie klauzuli arbitrażowej może zaskarżyć uchwałę zgromadzenia na zasadach ogólnych, tj. zażądać zaprotokołowania sprzeciwu, a następnie wnieść powództwo o stwierdzenie nieważności lub uchylenia uchwały w przewidzianych przez k.s.h. terminach. W konsekwencji decyzje podjęte przez większość mogą być zweryfikowane przez sąd na podstawie ustawowych przesłanek<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> Tak A. Szumański, *Dopuszczalność kognicji sądu polubownego w sprawach o zaskarżanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych*, [w:] *Rozprawy prawnicze, Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005, s. 533; G. Suliński, *Rozstrzygnięcie sporów ze stosunku spółki kapitałowej przez sąd polubowny*, Warszawa 2008, s. 74-75.

<sup>11</sup> Artykuł 246 § 1 k.s.h. stanowi, że uchwała w przedmiocie zmiany umowy spółki z o.o. zapada większością kwalifikowaną 2/3 głosów; umowa spółki może jednak przewidzieć surowsze wymogi podjęcia takiej uchwały.

<sup>12</sup> Artykuł 415 § 1 i § 5 k.s.h. stanowi, że uchwała w przedmiocie zmiany statutu spółki akcyjnej zapada większością 3/4 głosów; statut może jednak przewidzieć surowsze warunki powzięcia takiej uchwały.

<sup>13</sup> K. Bilewska [w:] red. K. Bilewska, A. Chłopecki, *Prawo handlowe*, Warszawa 2020, s. 103-104.

<sup>14</sup> Por. K. Bilewska [w:] red. K. Bilewska, A. Chłopecki, *Prawo...*, s. 103-104 i cytowany tam wyr. TK z 21.06.2005 r., P 25/02, OTK-A 2005, nr 6, poz. 65.

<sup>15</sup> A. Szumański, *Dopuszczalność kognicji sądu polubownego...*, s. 533; G. Suliński, *Rozstrzygnięcie...*, s. 74-75.

<sup>16</sup> Odmienne A. Wiśniewski, [w:] *System prawa handlowego...*, s. 821, który wskazuje, że uchwała taka w praktyce nie poddaje się kontroli przy pomocy kryteriów, jakie ustawodawca przewiduje dla zaskarżenia uchwał; odmiennie, wskazując na relevantną tutaj podstawę zaskarżenia w postaci pokrzywdzenia wspólnika, T. Szczurowski, *Wprowadzenie klauzuli arbitrażowej do umowy (statutu) spółki handlowej*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2014, nr 1, s. 16, przypis 21.

Odwołując się do pryncypiów prawa spółek, zaprezentowano jednak także odmienne stanowisko, wskazując na analogiczne stosowanie art. 246 § 3 k.s.h. w przypadku spółki z o.o., i, odpowiednio, art. 415 § 3 k.s.h. w przypadku spółki akcyjnej. Przepisy te przewidują wymóg zgody wspólnika (akcjonariusza) spółki na zwiększenie świadczeń, uszczuplenie praw udziałowych bądź praw przyznanych osobiście. Wprowadzenie *ex post* klauzuli arbitrażowej do umowy (statutu) spółki co prawda nie podlega wprost hipotezie tych przepisów, niemniej jednak postuluje się, aby przepis ten wyklądać rozszerzająco, z wyłączeniem poza czysto ekonomiczne uwarunkowania uczestnictwa w spółce. W rezultacie, w przypadku wprowadzenia do istniejącej umowy spółki klauzuli arbitrażowej postuluje się zastosowanie – *per analogiam* – art. 246 § 3 k.s.h. i wynikającej z niego zasady zgody wspólnika na nowe postanowienie umowy spółki ze względu na fundamentalne znaczenie zmiany dla forum rozstrzygnięcia sporów ze stosunku spółki<sup>17</sup>.

### 3. STANOWISKO DRUGIE: WPROWADZENIE KLAUZULI ARBITRAŻOWEJ JEDNOMYŚLNĄ DECYZJĄ WSPÓLNIKÓW

Zgodnie z drugim poglądem wprowadzenie klauzuli arbitrażowej do umowy (statutu) spółki wymaga jednomyślności wspólników (akcjonariuszy)<sup>18</sup>.

Stanowisko to uzasadnia się szeregiem argumentów, w tym natury ustrojowo-konstytucyjnej. Na plan pierwszy wysuwa się tutaj, potwierdzona orzecznictwem Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego, ochrona prawa do sądu, rozumiana w ten sposób, że rezygnacja z konstytucyjnie zagwarantowanego prawa do sądu (powszechnego) powinna być dobrowolna i świadoma. Zważywszy na to, że zapis na sąd polubowny deroguje właściwość sądu powszechnego do rozpoznania sporu, w przypadku wprowadzenia klauzuli arbitrażowej do umowy (statutu) spółki większością głosów warunek świadomej zgody na arbitraż nie jest spełniony<sup>19</sup>. Pozostałe kwestie, przemawiające za wymogiem zgody wszystkich wspólników (akcjonariuszy), są wywodzone z reguł procedury cywilnej i prawa arbitrażowego, a należą do nich:

- (i) zasada równości stron zapisu na sąd polubowny, która powinna mieć zastosowanie także na etapie jego konstruowania (art. 1161 § 2 k.p.c.),
- (ii) samodzielność i autonomiczność klauzuli arbitrażowej względem umowy (statutu) spółki<sup>20</sup>, a także
- (iii) proceduralny charakter zapisu na sąd polubowny, który jest postrzegany jako umowa procesowa<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Tak A. Wiśniewski, [w:] *System prawa handlowego...*, s. 821-822; krytycznie wobec tego argumentu T. Szczurowski, *Wprowadzenie...*, s. 15.

<sup>18</sup> T. Szczurowski, *Wprowadzenie...*, s. 13 i nast.; w tym kierunku także, choć z odmiennym uzasadnieniem, A. Wiśniewski, [w:] *System prawa handlowego...*, s. 821.

<sup>19</sup> Tak T. Szczurowski, *Wprowadzenie...*, s. 15-16.

<sup>20</sup> Szerzej na temat odrębności zapisu na sąd polubowny wobec umowy głównej zob. M. Tomaszewski, [w:] *System prawa handlowego...*, s. 288-293.

<sup>21</sup> Szerzej argumenty te podnosi i omawia T. Szczurowski, *Wprowadzenie...*, s. 16-18.



Podejście wymagające jednomyślności do wprowadzenia zapisu na sąd polubowny do umowy (statutu) spółki w istocie przekreśla możliwość implementacji klauzuli w spółkach o licznych i złożonym akcjonariacie, w tym zwłaszcza w spółkach publicznych. Oznacza bowiem sytuację, w które spółki nie będą mogły wprowadzić zapisu na sąd polubowny, jeżeli każdy z wspólników (akcjonariuszy) nie wyrazi na to zgody, co będzie w praktyce eliminować następcze wprowadzanie klauzul arbitrażowych w przypadku rozstrzygnięcia sporów ze stosunku spółki kapitałowej<sup>22</sup>.

#### 4. PRAWO WŁOSKIE: PODDANIE SPORU POD ARBITRAŻ W UMOWIE (STATUCIE) SPÓŁKI WIĘKSZOŚCIĄ GŁOSÓW WSPÓLNIKÓW Z OPCJĄ „WYJŚCIA”

Jako wzór rozwiązania tej kwestii dla polskiego ustawodawcy może służyć włoska regulacja dotycząca następczego wprowadzenia do umowy (statutu) spółki zapisu na sąd polubowny<sup>23</sup>.

Dekret 5/2003 odnosi się wyłącznie do spółek prywatnych. Mogą one wprowadzić klauzulę arbitrażową do umowy (statutu) na etapie powstania lub później, z tym że zapis na sąd polubowny *ex post* wymaga przeprowadzenia stosownej, rozbudowanej procedury korporacyjnej. Włoski ustawodawca wyszedł bowiem z założenia, że poddanie stosunku spółki arbitrażowi jest na tyle istotną dla wspólników zmianą, iż wymaga stworzenia specjalnych gwarancji dla niezgadających się na tę zmianę. Jednocześnie, działając zgodnie z naturą spółki, przewidział, że trybem wprowadzenia zmiany będzie jednak podjęta przez zgromadzenie wspólników uchwała. W rezultacie wprowadzenie (lub wykreślenie) ze statutu klauzuli arbitrażowej wymaga uchwały wspólników podjętej większością 2/3 kapitału zakładowego, a wspólnicy niezgadający się na zmianę lub nieobecni przy podjęciu decyzji mogą z niej wystąpić w terminie 90 dni (art. 34 ust. 6 Dekretu). W ten sposób doszło do kompromisu pomiędzy obowiązującą w spółkach zasadą rządów większości a kontrakto- wym charakterem zapisu na sąd polubowny, który wymaga zgody osoby poddającej spór pod arbitraż.

Institucja „wyjścia” wspólników (akcjonariuszy) mniejszościowych ze spółki jest polskiemu prawu znana. W postaci zbliżonej do uregulowanej w Dekrecie 5/2003 występuje ona w art. 416-417 k.s.h., przewidujących możliwość wykupu akcji akcjonariuszy mniejszościowych, którzy opowiedzieli się przeciw istotnej zmianie przedmiotu działalności spółki akcyjnej<sup>24</sup>. W tym przypadku możliwość ustąpienia ze spółki uzasadnia się faktem zmiany przedmiotu działalności przedsiębiorstwa, który miał wpływ na decyzję inwestorów (akcjonariuszy) o przystąpieniu do spółki<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Zwracają na to uwagę także zwolennicy tego rozwiązania, por. T. Szczurowski, *Wprowadzenie...*, s. 18; A. Wiśniewski, [w:] *System prawa handlowego, Arbitraż handlowy...*, s. 821.

<sup>23</sup> Konieczność ingerencji ustawodawcy w odniesieniu do tego zagadnienia zgłasza A. Wiśniewski, [w:] *System prawa handlowego...*, s. 822.

<sup>24</sup> Szerzej o prawie „wyjścia” zob. A. Radwan, *Ius dissentium, Granice konsensusu korporacyjnego i władzy większości w spółkach kapitałowych*, Warszawa 2016, w tym zwłaszcza s. 69 i nast.

<sup>25</sup> Zamiast wielu, por. A. Krysiak, [w:] *Kodeks spółek handlowych, Komentarz*, red. Z. Jara, Warszawa 2020, s. 1852-1853.

Podobny mechanizm ochronny warto rozważyć, wzorem prawa włoskiego, w przypadku wprowadzenia *ex post* do umowy spółki prywatnej klauzuli arbitrażowej. Choć nie rozwiązuje on wszystkich problemów<sup>26</sup>, to stanowi interesujący, wart dyskusji *de lege ferenda*, kompromis pomiędzy zasadami zapewniającymi efektywność spółki kapitałowej i pryncypiami konstytucyjnie rozumianego prawa do sądu.

---

<sup>26</sup> Por. wątpliwości związane z wyjściem wspólnika ze spółki wzmiankowane w: T. Szczurowski, *Wprowadzenie klauzuli arbitrażowej do umowy (statutu) spółki handlowej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014, nr 1, s. 16. Autor trafnie wskazuje, że nawet w przypadku wyjścia ze spółki właściwym do rozpoznania sprawy dot. rozliczenia wspólnika będzie nieakceptowany przez niego sąd arbitrażowy na zasadach określonych w kontestowanej przez niego klauzuli arbitrażowej zamieszczonej w umowie (statucie) spółki.

# *Interes prawny w powództwie o ustalenie w postępowaniu przed sądem polubownym – glosa do wyroku SA KIG 193/05<sup>1</sup>*

Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz<sup>2</sup>

## 1. WPROWADZENIE

Zgodnie z art. 189 k.p.c. powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny. Ujęcie interesu prawnego w powództwie o ustalenie na gruncie tego artykułu, w świetle doktryny i orzecznictwa jest bardzo restrykcyjne i prowadzi do znacznego ograniczenia możliwości skorzystania z tego środka prawnego<sup>3</sup>. Restrykcyjność ta, wynikająca z niedookreśloności pojęcia w treści samego przepisu, polega w szczególności na nadmiernym zobiektywizowaniu pojęcia samego interesu jako takiego w oderwaniu od indywidualnych interesów powoda, co w rezultacie doprowadziło do wykształcenia zasady subsydiarności oraz zawężającym zdefiniowaniu interesu prawnego w opozycji do interesu pozaprawnego<sup>4</sup>. Należy postawić tezę, że takie ograniczenie nie powinno mieć zastosowania w postępowaniu przed sądem arbitrażowym ze względu, przede wszystkim, na *ratio legis* normy prawnej. Dodatkowo, uznając stanowisko K. Weitzza o procesowym charakterze pojęcia interesu prawnego<sup>5</sup>, art. 189 k.p.c. nie będzie miał zastosowania do postępowania arbitrażowego na mocy art. 184 § 2 zdanie drugie k.p.c. Kwestia interesu prawnego była przedmiotem zainteresowania Zespołu Orzekającego Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w sprawie o sygnaturze SA 193/05<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Niniejszy tekst stanowi przedruk artykułu opublikowanego w *Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, red. M. Dumkiewicz, J. Szczotka, K. Kopaczyńska-Pieczniak, Wolters Kluwer Polska 2020 (<https://www.profinfo.pl/sklep/sto-lat-polskiego-prawa-handlowego-ksiega-jubileuszowa-dedykowana-profesorowi-andrzejowi-kidybie-tom-i-i-ii,139070.html>).

<sup>2</sup> Dr hab., Adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego i Gospodarki Cyfrowej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Senior Partner w kancelarii GESSEL.

<sup>3</sup> Analizę statystyczną powództw o ustalenie w porównaniu z powództwami o świadczenie i o ukształtowanie zawarłam w artykule *Pojęcia interesu prawnego w powództwie o ustalenie a prawo do sądu – wprowadzenie do dyskusji. Analiza badań statystycznych*, PPH 2019/1, s. 11–20.

<sup>4</sup> Krytykę pojęcia interesu prawnego w kontekście art. 189 k.p.c. przedstawiłam w rozdziale 5 monografii *The legal, real and converged interest in declaratory relief*, Kluwer Law International 2019.

<sup>5</sup> K. Weitz, *Charakter interesu prawnego jako przesłanka powództwa o ustalenie (art. 189 k.p.c.)*, [w:] *Sine ira et studio. Księga jubileuszowa dedykowana Sędziemu Jackowi Gudowskiemu*, red. T. Ereciński, P. Grzegorzczak, K. Weitz, Warszawa 2016, s. 666 i n.

<sup>6</sup> Wyrok Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej z 24.04.2006 r., SA 193/05, LEX nr 1724100.

Treść wyroku w sprawie SA 193/05 (dalej: wyrok) jest bardzo ciekawa zarówno z perspektywy problematyki procedury arbitrażowej, jak i prawa fuzji i przejęć. Wydany został w składzie znakomitych trzech profesorów: Jerzego Rajskego, Piotra Kardasa oraz Maksymiliana Pazdana – jako przewodniczącego. W niniejszej sprawie strony były współnikami w spółce. Umowa spółki przewidywała prawo pierwszeństwa dla współników na wypadek sprzedaży udziałów. Powódka zawarła przedwstępną umowę sprzedaży udziałów z osobą trzecią, podmiotem niemieckim. W umowie ustalono standardową klauzulę arbitrażową, zgodnie z którą wszelkie spory prawne wynikające z przedmiotowej umowy lub pozostające w związku z nią miały być rozstrzygane przez sąd polubowny przy Krajowej Izbie Gospodarczej według reguł postępowania tego sądu. Po otrzymaniu stosownego powiadomienia, pozwany wykonał prawo pierwszeństwa ze skutkiem wynikającym z art. 597–600 k.c., z zachowaniem formy z podpisem notarialnie poświadczonym, tj. uznając, że doszło do przeniesienia na jego rzecz udziałów w spółce. Powódka zaprotestowała przeciwko takiemu postępowaniu, stwierdzając, że jej zawiadomienie miało jedynie charakter informacyjny. Dopiero spełnienie się warunków zawartych w umowie z osobą trzecią może doprowadzić do zaistnienia umowy sprzedaży, co do której wspólnicy będą mogli wykonać prawo pierwokupu. Pozwany nie podzielił tego stanowiska, zażądał podania numeru konta, na które powinna być uiszczona cena za nabyte udziały, a w związku z odmową powódki, złożył cenę za udziały do depozytu sądowego. W niniejszej sprawie zaistniała więc niepewność w kwestii, komu przysługuje tytuł do przedmiotowych udziałów, w związku z czym powódka wniosła o ustalenie, że złożone przez pozwanego oświadczenie o wykonaniu prawa pierwszeństwa nabycia udziałów nie doprowadziło do zawarcia pomiędzy pozwanym a powódką umowy sprzedaży oraz do przeniesienia na pozwanego własności wspomnianych udziałów. Pozwany wniosł o odrzucenie pozwu ze względu na brak właściwości sądu w przedmiotowej sprawie lub o oddalenie powództwa w całości. W głosowanym orzeczeniu arbitrzy poddali analizie wiele ciekawych wątków. Oprócz kwestii interesu prawnego, będącego głównym problemem niniejszych rozważań, analizowane są kwestie jurysdykcji w relacji sprzedający – wykonujący prawo pierwokupu i jego związanie klauzulą arbitrażową, zawartą w umowie sprzedaży udziałów, co do której to prawo jest wykonywane, a także samej konstrukcji prawa pierwszeństwa i pierwokupu, co jest jedną z węzłowych kwestii dla realizacji transakcji M&A. W kontekście samego powództwa o ustalenie, treść wyroku może stanowić kanwę dla analizy wielu zagadnień.

## 2. WŁAŚCIWOŚĆ SĄDU ARBITRAŻOWEGO W POWÓDZTWACH O USTALENIE I JEGO PODSTAWY PRAWNE W OCENIE ZESPOŁU ORZEKAJĄCEGO

Przed przejściem do kwestii, czy istnienie interesu prawnego jest konieczną przesłanką powództwa o ustalenie w postępowaniu arbitrażowym, warto zatrzymać się nad wnioskami zespołu orzekającego co do samej właściwości sądu arbitrażowego w niniejszej sprawie. Dla określenia swojej kompetencji, sąd zajął bowiem stanowisko, jakie normy będą miały zastosowanie w tym przypadku, co w dalszej kolejności miało przełożenie na kwestie zastosowania interesu prawnego jako przesłanki dopuszczalności powództwa o ustalenie. Pierwszy problem dotyczy zakresu zapisu na sąd polubowny, w przypadku gdy zapis ten nie upoważnia *expressis verbis* do wydania orzeczenia ustalającego<sup>7</sup>. Pozwany wnioskował w tym postępowaniu o odrzucenie pozwu o ustalenie skuteczności oświadczenia woli w wykonaniu prawa pierwokupu, podnosząc co naj-

<sup>7</sup> Por. pkty 15 i 17 wyroku.

mniej trzy zarzuty: (i) brak związania zapisem na sąd polubowny osoby, co do której jest wątpliwość, czy wstąpiła do umowy, wykonując prawo pierwokupu; (ii) brak możliwości wnoszenia w arbitrażu powództw ustalających w związku z brakiem wyraźnego upoważnienia, zawartego w art. 189 k.p.c., w odniesieniu do sądownictwa polubownego; (iii) brak zachowania formy pisemnej umowy, który to zarzut nie jest związany z przedmiotem zainteresowania niniejszych rozważań i nie będzie szerzej omawiany.

Co do pierwszej okoliczności, pozwany zarzucił, że roszczenie o ustalenie, że osoba trzecia wstąpiła w prawa i obowiązki strony danej umowy, nie jest objęte zapisem na sąd polubowny zawartym w danej umowie, ponieważ w ogóle brak jest umowy pomiędzy pozwanym a powodem. Klauzula arbitrażowa została zawarta w warunkowej umowie sprzedaży udziałów pomiędzy powodem jako sprzedającym a osobą trzecią w stosunku do stron postępowania jako kupującym. Pozwany nie był stroną tej umowy, wykonując jedynie w stosunku do przedmiotu umowy swoje prawo pierwokupu. W odniesieniu do pozwanego i kupującego nie zachodzi „żaden rodzaj następstwa, który pozwalałby na utrzymanie się zapisu na sąd polubowny w stosunkach pomiędzy powódką a pozwanym”<sup>8</sup>. Zespół orzekający nie przychylił się do tej argumentacji. Stwierdził on, że strony nadały klauzuli arbitrażowej dość pojemną treść, stwierdzając, iż obejmuje ona wszystkie spory z przedmiotowej umowy albo pozostające w związku z nią. Bez wątplenia sporem pozostającym w związku z umową jest spór o ustalenie, czy oświadczenie woli pozwanego o wykonaniu prawa pierwokupu było skuteczne, a więc czy doprowadziło ono do zmiany osoby nabywcy na podstawie umowy (zastąpienia powoda przez pozwanego). Nie ma przy tym znaczenia wynik tego ustalenia. Także ewentualne ustalenie w niniejszym sporze, że oświadczenie o wykonaniu prawa pierwokupu było bezskuteczne, nie pozbawi w tym sporze znaczenia prawnego klauzuli arbitrażowej. Klauzula arbitrażowa stwarzać będzie podstawę również dla takiego postępowania. Już samo to, że pozwany twierdzi, iż skutecznie wykonał prawo pierwokupu, a więc że zajął w umowie sprzedaży pozycję nabywcy, sprawia, że zamieszczona w tej umowie klauzula arbitrażowa jest wobec niego skuteczna. W myśl art. 600 § 1 k.c. przez wykonanie prawa pierwokupu dochodzi do skutku między zobowiązanym a uprawnionym umową sprzedaży tej samej treści, co umowa zawarta przez zobowiązanego z osobą trzecią. Chodzi o całą umowę, a więc łącznie z jej postanowieniami w arbitrażu.

Kwestia, czy osoba wykonująca prawo pierwokupu stała się jednocześnie stroną umowy o arbitraż, była dyskutowana w doktrynie i orzecznictwie, nie jest jednak istotna z punktu widzenia interesu prawnego i nie będzie dalej omawiana<sup>9</sup>. Istotne jest natomiast stwierdzenie zespołu orzekającego, że umowa o arbitraż, obejmująca swą treścią wszystkie spory wynikające z przedmiotowej umowy albo pozostające w związku z nią, a więc będąca w istocie klasyczną klauzulą arbitrażową, jest na tyle pojemna, iż zawiera w sobie upoważnienie dla arbitrów do rozstrzygania powództw o ustalenie.

---

<sup>8</sup> Por. pkt 15 wyroku.

<sup>9</sup> Por. aprobująca glosa J. Zrałka, ADR. Arbitraż i Mediacja 2009/3(7), s. 95 i n.; podobnie K. Mularski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, red. J. Gutowski, wyd. 2, Legalis 2019, art. 600 k.c. Przeciwnie wyrok SA w Warszawie z 15.12.2009 r., I ACa 486/09 (niepubl.).

Drugi podnoszony argument dotyczył kwestii braku odpowiednika art. 189 k.p.c. w regulaminie Sądu Arbitrażowego KIG. W szczególności nie spełniał tej roli w ocenie pozwanego § 2 ust. 3 regulaminu w następującym brzmieniu: „Zespół orzekający ma kompetencję do orzekania o właściwości Sądu oraz o istnieniu, ważności lub zakresie umowy o arbitraż”<sup>10</sup>. Arbitrzy tej argumentacji nie podzielili<sup>11</sup>. Nie ulegało dla nich wątpliwości, że powództwo o ustalenie, objęte zakresem klauzuli arbitrażowej, zawartej w umowie sprzedaży, rozpatrywane z punktu widzenia prawa polskiego, znajduje podstawę w art. 189 k.p.c.

Podsumowując, arbitrzy w interesującej nas kwestii stwierdzili, że upoważnienie do wydawania wyroków ustalających w postępowaniu arbitrażowym wynika z samej treści klauzuli arbitrażowej, a jego podstawy prawne, w tym przesłanki dopuszczalności powództwa, znajdują się w art. 189 k.p.c. W tym duchu, biorąc za podstawę treść tego przepisu, zespół orzekający zbadał przedmiot ustalenia, jak i istnienie interesu prawnego. W zakresie przedmiotu ustalenia odniósł się do ograniczenia dokonywania ustaleń jedynie co do prawa lub stosunku prawa, a więc z wyłączeniem faktów w ten sposób, że przyjął, według powszechnie uznanego stanowiska doktryny, za dopuszczalne żądanie ustalenia faktu, jeżeli fakt, o który chodzi, ma charakter prawotwórczy. Fakt bezskuteczności oświadczenia o wykonaniu prawa pierwokupu bez wątplenia ma taki charakter. Stwierdził też istnienie interesu prawnego po stronie powódki w żądaniu ustalenia powyższego faktu prawotwórczego, wyrok ma bowiem usunąć mającą charakter obiektywnej niepewności stanu prawnego<sup>12</sup>.

### 3. UMOCOWANIE DO WYDAWANIA PRZEZ SĄD POLUBOWNY ORZECZEŃ USTALAJĄCYCH NA PODSTAWIE UMOWY O ARBITRAŻ

Kwestia wyroku ustalającego w orzeczeniach arbitrażowych została poruszona w licznych publikacjach dotyczących arbitrażu. Jak zauważył G. Born, najbardziej krytycznym aspektem każdego orzeczenia arbitrażowego jest wykorzystywany w nim środek ochrony prawnej<sup>13</sup>. W wielu przypadkach, takich jak kwoty należne z tytułu płatności za towary lub usługi, zaspokojenie wierzytelności lub zapłata sumy gwarancyjnej, jest to sprawa prosta. W innych przypadkach, do których należy zaliczyć wyroki ustalające, mogą pojawić się spory co do faktycznych uprawnień arbitrów do zasądzenia takiej formy ochrony prawnej oraz odpowiednich standardów w tym zakresie.

W kilku systemach prawnych, takich jak prawo angielskie czy singapurskie, normy prawa arbitrażowego *expressis verbis* upoważniają sądy arbitrażowe do wydawania wyroków ustalających<sup>14</sup>. Większość *leges arbitrii* milczy jednak w kwestii środków ochrony prawnej dostępnych w ramach zestawu narzędzi, którymi dysponują arbitrzy. Uznaje się jednak, co do zasady, że sądy arbitrażowe są wyposażone w przynajmniej takie

<sup>10</sup> W omawianym postępowaniu zastosowanie miał, jak można wnosić z treści uzasadnienia, pkt 15 regulaminu obowiązującego od 1.01.2003 r. (<https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/regulamin2.pdf>).

<sup>11</sup> Por. pkt 17 wyroku.

<sup>12</sup> Pkt 17 wyroku.

<sup>13</sup> G. Born, *International Commercial Arbitration*, wyd. 2, Kluwer Law International 2014, s. 2478.

<sup>14</sup> English Arbitration Act s. 48 (1996); Singapore International Arbitration Act s. 12(5) (2012) (przyznanie arbitrom uprawnień do orzekania wszelkich środków, które mogłyby zostać zasądzone przez sąd singapurski, gdyby spór był przedmiotem postępowania cywilnego w sądzie państwowym, a także uprawnienia do orzekania o odsetkach).

same prerogatywy jak sądy państwowe<sup>15</sup>. Jedynie sporadycznie pojawiały się orzeczenia przeciwne, sugerujące, że kompetencje arbitrów są z natury wąskie i ograniczone. Głosy te stanowią mniejszość<sup>16</sup>.

Nie powinno być zatem kontrowersyjne, także na gruncie prawa polskiego, że upoważnienia dla sądu arbitrażowego do wydawania wyroków ustalających należy szukać przede wszystkim w samej umowie arbitrażowej. Jak pokazuje praktyka, konkretne upoważnienie w tym zakresie pojawia się bardzo rzadko, nawet jeśli do analizy prowadzonej pod tym kątem włączyć regulaminy arbitrażowe. Sprawa *Aramco* była sztandarowym, choć wyjątkowym przykładem, w którym strony wnosili o wydanie wyroku ustalającego, przy czym celem takiej regulacji nie było włączenie powództwa o ustalenie do wachlarza możliwości zespołu orzekającego. Wprost przeciwnie, intencją stron było wyłączenie jurysdykcji sądu do orzekania w sprawie innych roszczeń niż ustalenie, w szczególności roszczeń o charakterze odszkodowawczym<sup>17</sup>.

Podsumowując ten fragment rozważań, należy zgodzić się zatem ze stanowiskiem arbitrów w analizowanej sprawie, zgodnie z którym upatrywali oni źródła swojej kompetencji w treści samej klauzuli. Strony ustaliły, że wszelkie spory prawne będą rozstrzygane w drodze arbitrażu. Przez „wszelkie spory” należy rozumieć spory inicjowane w oparciu o trzy rodzaje powództw, znane naszej doktrynie prawa postępowania cywilnego: o świadczenie, o ukształtowanie oraz o ustalenie. W braku odmiennego postanowienia stron, wszystkie trzy rodzaje powództw mogą być zatem rozstrzygane na drodze postępowania arbitrażowego i nie wymagają szczególnej autoryzacji. Treść klauzuli arbitrażowej jest wystarczającym upoważnieniem dla zespołu orzekającego do wydania wyroku ustalającego.

#### 4. UMOCOWANIE DO WYDAWANIA PRZEZ SĄD POLUBOWNY ORZECZEŃ USTALAJĄCYCH W ART. 189 K.P.C.

Trudne do zaaprobowania zaś jest stanowisko zespołu orzekającego, upatrującego drugiej podstawy swojego orzekania w treści art. 189 k.p.c. Zgodnie z tą normą powód może żądać ustalenia istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny. Biorąc za swoją podstawę treść tego przepisu, zespół orzekający zbadał przedmiot ustalenia, jak i istnienie interesu prawnego, i uznał, że powództwo przedstawione spełnia kryteria określone tym przepisem zarówno co do przedmiotu ustalenia, jak i istnienia interesu prawnego po stronie powoda.

<sup>15</sup> J.D.M. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003, s. 649, nb 24.70; T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 300 in fine.

<sup>16</sup> G. Born, *International...*, s. 2487–2479.

<sup>17</sup> *Saudi Arabia v. Arab Am. Oil Co. (Aramco)* 27 ILR 117, 117–118 (1963); w tym sporze *Aramco* twierdziła, że jej wyłączne prawo do transportu ropy naftowej z obszaru koncesyjnego w Arabii Saudyjskiej zostało naruszone przez porozumienie zawarte między rządem Arabii Saudyjskiej a nieżyjącym już A. Onassisem i jego firmą. Spór był dość poważny, ale żadna ze stron nie chciała, aby zagroził on ich szerszym stosunkom handlowym, do których nawiązania doszło w latach 30 XX w. W związku z tym uzgodniono, że wyrok powinien mieć jedynie charakter ustalający, a żadna ze stron nie może domagać się odszkodowania za rzekomą szkodę. Kwestią sporną w tej sprawie było ograniczenie kompetencji arbitrów do wydania zwykłego wyroku ustalającego, niemniej zespół orzekający potwierdził, że jego kompetencje mogą być w ten sposób zdefiniowane.

Zespół orzekający nie uzasadnił, na jakiej podstawie zastosował normę art. 189 k.p.c. w swoim postępowaniu. Kwestie zasadności i prawidłowości stosowania art. 189 k.p.c. w postępowaniu arbitrażowym można rozpatrywać, jak się wydaje, w dwóch płaszczyznach: z perspektywy celu, jakiemu służy norma tam zawarta, oraz z perspektywy kwalifikacji prawnej tej normy, jako normy prawa materialnego czy też procesowego. Problemem przy tym nie jest samo umożliwienie zespołowi orzekającemu rozstrzygnięcia powództw ustalających, ponieważ jak zostało wyżej wskazane, właściwość wywodzona jest z samej autonomii woli stron, wyrażonej w klauzuli arbitrażowej. Problemem jest, czy arbitrzy są związani ograniczeniami wynikającymi z normy prawnej, to jest w szczególności przesłanką interesu prawnego. W omawianej sprawie zespół orzekający uznał, że jest związany tymi ograniczeniami.

Norma art. 189 k.p.c. wywodzi się z rozwiązań prawa niemieckiego i w warstwie analizy teleologicznej warto cofnąć się do motywów, jakimi się kierował ustawodawca, gdy ponad sto lat temu wprowadzał taką regulację. Niemiecki kodeks postępowania cywilnego z 1877 r. wprowadził na mocy art. 231 nowy rodzaj powództwa o charakterze ustalającym. Aby ochronić sądy powszechne przed napływem nadmiernej liczby pozwów, wprowadzono ograniczenie w postaci konieczności wykazania interesu prawnego przez powoda<sup>18</sup>. Tak więc celem wprowadzenia ograniczeń była ochrona efektywności sądów państwowych w granicach ograniczonych środków finansowych będących w dyspozycji. Na tę funkcję interesu prawnego zwracano uwagę także w polskiej literaturze<sup>19</sup>. Ochronna przesłanka odpada w przypadku sądownictwa arbitrażowego, gdzie koszty postępowania ponoszą strony w pełnej wysokości, nie obciążając budżetu ani organizacji sądów powszechnych<sup>20</sup>.

Z czasem w doktrynie sformułowano dalszą funkcję interesu prawnego, jako przesłanki dopuszczalności powództwa o ustalenie, polegającej na ochronie pozwanego przed tzw. pozwami frywolnymi, czyli oczywiście bezpodstawnymi. Na ten motyw zwracano uwagę już na tle dawnego kodeksu postępowania cywilnego. J. Korzonek, odnosząc się do cechy subsydiarności interesu prawnego, pisał, że „zupełnie trafnym i uzasadnionym jest przepis, wedle którego ten, kto ma prawo i może żądać więcej, powinien żądać od razu wszystkiego, a nie najpierw część, a potem osobno resztę. Wymaga tego z jednej strony ekonomia procesowa, a z drugiej zaś strony wzgląd na przeciwnika, dla którego takie częściowe dochodzenie praw przez powoda byłoby źródłem zbytecznej szyskany i kosztów procesowych”<sup>21</sup>. Przypisywanie jednak tej funkcji przesłance interesu prawnego, zarówno w postępowaniu sądowym, jak i arbitrażowym, jest mylne. Pozwy frywolne mogą mieć charakter zarówno pozwów o świadczenie, jak i o ukształtowanie czy o ustalenie. Najbardziej jaskrawym przykładem są pozwy o odszkodowanie, obejmujące jedynie ułamek wartości szkody, mające na celu dokonanie ustalenia otwierającego drogę dla kolejnego roszczenia odszkodowawczego. Funkcja ochronna pozwanego z reguły jest wtedy regulowana przez ostateczne rozstrzygnięcie o kosztach postępowania.

<sup>18</sup> C. Hahn, *Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, [w:] *Zweiter Band: Die gesammten Materialien zur Zivilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30 Januar 1877*, Zweite Abtheilung, Berlin 1881, s. 255.

<sup>19</sup> Por. W. Korzonek, *Powództwo o ustalenie według projektu K.P.C.*, *Głos Sądownictwa* 11/1930, s. 640.

<sup>20</sup> M. Schneider, *Non-Monetary Relief in International Arbitration: Principles and Arbitration Practice*, [w:] *Performance as a Remedy: Non-Monetary Relief in International Arbitration*, eds. M. Schneider, S.J. Knoll, ASA Special Series 2011/30, s. 19; S. Leimgruber, *Declaratory Relief in International Commercial Arbitration*, *ASA Bulletin* 2011/32(3), s. 474.

<sup>21</sup> J. Korzonek, *Powództwo o ustalenie...*, s. 640.



W arbitrażu w szczególności jest to rozsądna sankcja, gdyż wysokość kwot podlegających zwrotowi nie podlega z reguły tak rygorystycznym ograniczeniom, jak w przypadku sądownictwa powszechnego<sup>22</sup>.

Z perspektywy kwalifikacji prawnej interesu prawnego jako przesłanki dopuszczalności powództwa o ustalenie można sformułować pogląd, że interes prawny znany w systemach prawnych inspirowanych prawem niemieckim nie ma zastosowania w arbitrażu ze względu na jego procesowy charakter. We współczesnym arbitrażu krajowe normy proceduralne, w przeciwieństwie do norm materialnoprawnych, nie mają zastosowania ani przez analogię, ani subsydiarnie<sup>23</sup>, dlatego też ważne jest zaklasyfikowanie ustaleń zawartych w wyroku albo do sfery materialnoprawnej, albo do sfery proceduralnej. W krajach niemieckojęzycznych panuje tendencja do uznawania proceduralnego charakteru wyroków ustalających<sup>24</sup>. W Niemczech jest to od lat ugruntowany pogląd.<sup>25</sup> W Austrii, zgodnie z przeważającą opinią doktryny, interes prawny w uzyskaniu wyroku ustalającego uznaje się za wymaganie proceduralne<sup>26</sup>. Jednakże, zgodnie z orzecznictwem, austriackie sądy traktują tę przesłankę jako wymaganie o charakterze materialnoprawnym<sup>27</sup>. Prawo szwajcarskie jest przykładem szybkiego przejścia od teorii materialnej do teorii proceduralnej. Przed wejściem w życie szwajcarskiego kodeksu postępowania cywilnego (*Schweizerische Zivilprozessordnung*), szwajcarski Trybunał Federalny konsekwentnie orzekał, że interes w uzyskaniu wyroku ustalającego ma charakter materialnoprawny<sup>28</sup>. W 2018 r. szwajcarski Trybunał Federalny ostatecznie potwierdził stanowisko doktryny i zaklasyfikował interes w uzyskaniu wyroku ustalającego jako interes proceduralny, podkreślając, że jako warunek dopuszczalności stanowi on część tamtejszego prawa procesowego<sup>29</sup>.

<sup>22</sup> W regulaminach arbitrażowych z reguły zawarte jest upoważnienie dla zespołu orzekającego do swobodnego decydowania o kosztach, mając jednakże na uwadze istotne okoliczności danej sprawy, w szczególności wynik postępowania, stopień przyczynienia się strony do niepotrzebnego zwiększenia kosztów postępowania, kwestie, czy wysokość kosztów ponoszonych przez stronę była rozsądna. Por. § 48 regulaminu arbitrażowego Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie, obowiązujący od 1.01.2005 r.; § 48 regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan, obowiązujący od 1.03.2012 r.; art. 38.5 regulaminu Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego ICC, obowiązujący od 1.03.2017 r.

<sup>23</sup> Zob. M. Schneider, *Non-Monetary Relief...*, s. 3. W systemach prawnych, w których adaptowano UNCITRAL Model Law, jest to pochodną jego art. 19, ustanawiającego zasadę swobody ustanowienia reguł proceduralnych. W polskim kodeksie postępowania cywilnego zasada ta stanowi treść art. 1184 § 2 zdanie drugie.

<sup>24</sup> Zob. B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz, *The Legal, Real...*, s. 28; zob. też K. Weitz, *Charakter interesu prawnego...*, s. 658–663.

<sup>25</sup> Zob. A. Zielińska-Eisen, T. Strecker, *Annex II: Report on Main Features of Declarations in Germany*, [w:] B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz, *The Legal, Real...*, s. 228.

<sup>26</sup> Zob. U. Kopetzki, *Annex I: Report on Main Features of Declarations in Austria*, [w:] B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz, *The Legal, Real...*, s. 185–186.

<sup>27</sup> Zob. U. Kopetzki, *Annex I...*, s. 186–197.

<sup>28</sup> Zob. N. Sievi, *Annex IV: Report on Main Features of Declarations in Switzerland*, [w:] B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz, *The Legal, Real...*, s. 288–189.

<sup>29</sup> Wyr. Szwajcarskiego Trybunału Federalnego z 14.03.2018 r., 4A\_417/2017, BGE 144 III 175, poz. 4.

Prawo polskie jest przykładem konserwatywnego podejścia w tym zakresie, ponieważ doktryna i judykatura niemal jednogłośnie traktują interes prawny jako kwestię prawa materialnego<sup>30</sup>, który to pogląd został jednak zakwestionowany w świetle najnowszej doktryny. Na szczególną uwagę zasługuje propozycja K. Weitzza. Według niego, przyjmując, że warunek, aby powód miał interes prawny w ustaleniu istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, jest jedną z okoliczności należących do płaszczyzny dopuszczalności merytorycznego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy, a nie do płaszczyzny meryto-

<sup>30</sup> W doktrynie zob. W. Piasecki, J. Korzonek, *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem*, Miejsce Piastowe 1931, art. 3, uw. 3, s. 205–296; F. Kruszelnicki, *Proces cywilny jako stosunek prawny w świetle polskiej procedury cywilnej*, Palestra 1931/8–9, s. 349; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza*, t. 1, Kraków 1934, art. 3, uw. 9, s. 16–17; Z. Hahn, *Interes prawny w skardze o ustalenie*, PPC 1935/24, s. 737–738; M. Allerhand, *Głosa do orzeczenia Sądu Najwyższego z 2.03.1937 r.*, C. II. 2512/36, OSP 1938, poz. 16, s. 20–21; Ś. Kruszelnicki, *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem. Część I*, Warszawa–Poznań 1938, art. 3, uw. 23–24, s. 22; M. Allehrand, *Sądowe dochodzenie roszczeń niezupelných*, PPC 1939/7–8, s. 195–197; H. Trammer, *O właściwe miejsce dla „czystych” norm materialnego prawa cywilno-jurysdykcyjnego*, PN 1949/1–2, s. 22 i 28, przyp. 20; H. Trammer, *Następcza bezprzedmiotowość procesu cywilnego*, Kraków 1950, s. 20; J. Jodłowski [w:] *Postępowanie cywilne. Część ogólna*, red. J. Jodłowski, W. Siedlecki, Warszawa 1958, s. 76; M. Waligórski, *Polskie prawo procesowe cywilne w świetle zasady dyspozycji*, SC 1963, t. 2, s. 29 i 34–36; S. Włodyka, *Interes prawny jako przesłanka dopuszczalności zaskarżenia orzeczeń w procesie cywilnym*, NP 1963/9, s. 937; M. Sawczuk, *Wznowienie postępowania cywilnego*, Lublin 1963, s. 195; W. Broniewicz, *Przyczyny oddalenia powództwa*, PiP 1964/5–6, s. 837; W. Siedlecki, *Zarys postępowania cywilnego*, Warszawa 1968, s. 149; M. Sawczuk, *Wznowienie postępowania cywilnego*, Warszawa 1970, s. 105; T. Rowiński, *Interes prawny w procesie cywilnym i w postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 1971, s. 29 i 79; K. Piasecki, *Wyrok pierwszej instancji w procesie cywilnym*, Warszawa 1981, s. 149; E. Warzocha, *Ustalenie stosunku prawnego lub prawa w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1982, s. 43–45 i 53; Z. Resich [w:] *Postępowanie cywilne*, red. J. Jodłowski, Z. Resich, Warszawa 1987, s. 57; J. Krajewski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem*, t. 1, red. J. Jodłowski, K. Piasecki, Warszawa 1989, art. 189, uw. 7, s. 306; A. Jakubecki, *Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z 21.05.1997 r.*, II CKN 144/97, PS 1998/9, s. 121; W. Broniewicz, *Warunki uwzględnienia powództwa*, PiP 2003/3, s. 35–36; W. Siedlecki [w:] *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, red. W. Siedlecki, Z. Świeboda, Warszawa 2004, s. 147; A. Jarocho, *Powództwo o stwierdzenie nieważności uchwały wspólników spółki kapitałowej*, Toruń 2010, s. 120; M. Jędrzejewska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, red. T. Erciński, Warszawa 2012, uw. 5, s. 910; E. Rudkowska-Ząbczyk [w:] *Postępowanie cywilne*, red. E. Marszałkowska-Krzes, Warszawa 2013, nb 220, s. 182–183; T. Żyznowski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Warszawa 2013, art. 189, uw. 6, s. 703; M. Romańska, *Wykorzystanie powództwa o ustalenie (art. 189 k.p.c.) w stosunkach umownych*, Palestra 2015/5–6, s. 95–96; P. Telenga [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2015, art. 189, uw. 1, s. 282; W. Broniewicz [w:] *Postępowanie cywilne w zarysie*, red. W. Broniewicz, A. Marciniak, I. Kunicki, Warszawa 2016, s. 284; B. Czech [w:] *Kodeks postępowania cywilnego, t. I, Komentarz. Art. 1–205*, red. A. Marciniak, Warszawa 2019, art. 189, nb 2, *Legalis/el.*; K. Flaga-Gieruszyńska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński, Warszawa 2019, art. 189, nb 1, *Legalis/el.*; O. Piaskowska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz do niektórych przepisów*, red. O. Piaskowska, Warszawa 2019, art. 189, nb 1, *LEX/el.* W judykaturze: orzeczenia SN z 30.04.1931 r., Rw 238/31, *Głos Prawa* 1932/2–3, s. 131 (wydane pod rządami § 228 austr. k.p.c.); z 6.10.1938 r., C II 480/38, *Przegląd Prawa i Administracji* 1939/1, poz. 45; z 29.05.1947 r., C I 263/46, powołane przez W. Świącickiego, *Orzecznictwo powojenne Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych*, Łódź 1948, poz. 149, s. 296; z 29.04.1949 r., Wa.C 13/49, *Demokratyczny Przegląd Prawniczy* 1950/7, s. 56; z 8.10.1952 r., C 1514/52, PiP 1953/7–8, s. 369; z 17.06.1953 r., 2 C 534/53, OSN 1954/3, poz. 65; z 5.04.1955 r., II CR 291/55, OSN 1955/4, poz. 90; z 1.03.1963 r., III CR 193/62, OSNCP 1964/5, poz. 97; z 13.04.1965 r., II CR 266/64, OSPiKA 1966/7–8, poz. 166; z 20.12.1979 r., III PR 78/79, OSPiKA 1980/11, poz. 196; z 19.12.1988 r., III CZP 97/88, OSNCP 1989/12, poz. 206; z 30.10.1990 r., I CR 649/90, SIP LEX nr 158145; z 18.11.1992 r., III CZP 131/92, SIP LEX nr 374471; z 19.01.1993 r., I CR 2/93, SIP LEX nr 84470; z 17.12.1998 r., I CKN 681/98, SIP LEX nr 1214461; z 11.05.1999 r., I CKN 1151/97, SIP LEX nr 483292; z 14.07.1999 r., II CKN 422/98, SIP LEX nr 528143; z 8.10.1999 r., II CKN 490/98, SIP LEX nr 527175; z 3.04.2000 r., I CKN 582/98, SIP LEX nr 50843; z 5.10.2000 r., II CKN 750/99, SIP LEX nr 51801; z 13.10.2000 r., II CKN 297/00, SIP LEX nr 536785; z 17.11.2000 r., V CKN 221/00, SIP LEX nr 52658; z 8.03.2001 r., I CKN 1111/00, SIP LEX nr 1168032; z 19.04.2001 r., IV CKN 326/00, SIP LEX nr 52537; z 27.06.2001 r., II CKN 898/00, SIP LEX nr 52613; z 8.01.2002 r., I CKN 723/99, SIP LEX nr 53132; z 21.03.2006 r., V CSK 188/05, SIP LEX nr 1104890; z 11.05.2006 r., II PK 278/05, SIP LEX nr 604205; z 9.07.2009 r., III CSK 182/09, SIP LEX nr 530573; z 10.06.2011 r., II CSK 568/10, SIP LEX nr 932343; z 18.04.2012 r., V CSK 149/11, SIP LEX nr 1250574; z 24.04.2014 r., III CSK 182/13, SIP LEX nr 1489251.

rycznej oceny zasadności żądania ustalenia istnienia lub nieistnienia stosunku lub prawa, to regulacja, z której ten warunek wynika, może mieć charakter tylko procesowy, a nie materialnoprawny<sup>31</sup>.

Pogląd ten zasługuje na pełne poparcie<sup>32</sup>. Dodatkowych argumentów dostarcza analiza *ratio legis* regulacji, tj. ochrona prawidłowej pracy sądu poprzez ograniczenie napływu powództw o ustalenie. Opowiadając się za procesowym charakterem interesu prawnego, należy stwierdzić, że nie będzie on stanowił przesłanki powództwa o ustalenie w postępowaniu arbitrażowym na mocy przepisu art. 1184 § 2 zdanie drugie k.p.c., zgodnie z którym sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądami powszechnymi.

Mając za podstawę powyższe argumenty, w literaturze zgłaszane są postulaty całkowitego odrzucenia interesu prawnego jako przesłanki dopuszczalności powództwa o ustalenie w arbitrażu lub co najmniej stanowczego jej zliberalizowania<sup>33</sup>. W tym duchu wypowiadał się też T. Ereciński, wskazując, że przy powództwie o ustalenie, wnoszonym w arbitrażu, niekoniecznie musi być spełnione wymaganie interesu prawnego i wystarczy wykazanie interesu ekonomicznego<sup>34</sup>. Nie wskazuje on przy tym, jakiego rodzaju argumenty stoją za tą tezą. W ramach postulatu liberalizacji w literaturze wskazuje się na możliwość wykreowania autonomicznej koncepcji interesu, w braku którego sąd arbitrażowy może oddalić roszczenie. W tym duchu S. Leimgruber zaproponował zasadę dobrej wiary w dążeniu do uzyskania wyroku ustalającego jako przesłankę dopuszczalności roszczenia, na którą składają się następujące elementy: (i) sytuacja prawna (jednej ze stron arbitrażu) jest sporna; (ii) wniesione powództwo o ustalenie jest odpowiednie dla rozstrzygnięcia sporu; oraz (iii) orzeczenie służyłoby celowi praktycznemu<sup>35</sup>. Wydaje się jednak, że autonomiczne kreowanie przez zespół orzekający proceduralnych przesłanek dopuszczalności powództwa, na gruncie klasycznej klauzuli arbitrażowej, bez wyraźnego upoważnienia stron, nie jest dopuszczalne.

<sup>31</sup> K. Weitz, *Charakter interesu prawnego...*, s. 673.

<sup>32</sup> Pogląd o procesowej naturze interesu prawnego był rozpowszechniony w Polsce głównie w okresie przedwojennym i niedługo po. W doktrynie: E. Waśkowski, *Podręcznik procesu cywilnego*, Wilno 1932, s. 200; J. Hroboni, *Art. 3 k.p.c. a § 228 austr. proc. cyw. (szkic porównawczy)*, PS 1931/8, s. 200; B. Stelmachowski, *Warunki formalne i przesłanki procesowe w postępowaniu spornym według k.p.c.*, Głos Prawa 1934/10–11, s. 624–625; E. Waśkowski, *Powództwo i jego zmiana*, PPC 1935/3, s. 72; W. Siedlecki, *Głos do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25.06.1948 r.*, Po C 428/48, PiP 1949/6–7, s. 134; E. Wengerek, *Powództwo o ustalenie*, RPiE 1959/1, s. 17; w judykaturze: orzeczenia SN z 17.12.1936 r., C I 589/36, Zb. Orz. 1937/12, poz. 452; z 2.03.1937 r., C II 2512/36, OSP 1938, poz. 16, s. 20; z 26.05.1937 r., C II 291/37, powołane przez B. Fellera, *Kodeks postępowania cywilnego z orzecnictwem*, Kraków 1937, s. 48; z 23.05.1938 r., C III 895/36, OSP 1939, poz. 27; z 23.05.1938 r., C III 895/36, OSP 1939, poz. 27.

<sup>33</sup> M. Schneider, *Non-Monetary Relief...*, s. 30.

<sup>34</sup> T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd...*, s. 301.

<sup>35</sup> S. Leimgruber, *Declaratory Relief...*, s. 482–483.

## 5. WNIOSKI

Podsumowując powyższą analizę, należy zgodzić się z rozstrzygnięciem zespołu orzekającego, dopuszczającym powództwo o ustalenie bezskuteczności wykonania prawa pierwokupu. Dalej, prawidłowe i wystarczające jest upatrywanie źródła właściwości zespołu orzekającego w samej umowie arbitrażowej. Nie ma natomiast podstaw do stosowania art. 189 k.p.c., włącznie z ograniczeniami tam zawartymi w postaci interesu prawnego, z powodu przyczyn upatrywanych w ekonomii procesowej, dla których te ograniczenia zostały wprowadzone, jak również z powodu procesowej natury tych ograniczeń.

„Związanie sądu polubownego wyrokiem innego sądu polubownego – w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego, doktryny i w perspektywie prawnoporównawczej”, autorstwa Andrzeja Szlęzaka i Anny Tujakowskiej zamieszczone w publikacji, pt. „Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie”, która ukazała się nakładem wydawnictwa Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2020 (<https://www.profinfo.pl/sklep/sto-lat-polskiego-prawa-handlowego-ksiega-jubileuszowa-dedykowana-profesorowi-andrzejowi-kidybie-tom-i-i-ii,139070.html>)

**dr hab. Andrzej Szlęzak**

profesor Uniwersytetu SWPS w Warszawie,  
Of Counsel w Kancelarii „Sołtysiński, Kawecki & Szlęzak”

**mgr Anna Tujakowska, LL.m (Mids)**

Senior Lawyer w Kancelarii „Sołtysiński, Kawecki & Szlęzak”

---

# *Związanie sądu polubownego wyrokiem innego sądu polubownego – w świetle orzecznictwa sądu najwyższego, doktryny i w perspektywie prawnoporównawczej*

## I. WPROWADZENIE

W doktrynie prawa arbitrażowego, polskiej i zagranicznej, jak również w orzecznictwie (polskich) sądów powszechnych kontrowersje budzi kwestia związania sądu polubownego wcześniejszym wyrokiem innego sądu polubownego. Chodzi przy tym o dwojaki aspekt takiego (ewentualnego) związania, podobny do zagadnienia o tożsamer treści powstającego na gruncie art. 365 i 366 k.p.c., a mianowicie czy związanie takie jest **negatywne**, tj. że skład orzekający nie może orzekać po raz drugi w tej samej sprawie pomiędzy tymi samymi stronami („arbitrażowa” *res iudicata*), oraz czy jest **pozytywne**, a więc że skład orzekający jest związany prejudycjalnymi dla późniejszego postępowania kwestiami przesądzonymi we wcześniejszym wyroku innego sądu polubownego, wydanym w sprawie pomiędzy tożsamymi stronami.

Z kolei w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytania – a takiej właśnie w tym opracowaniu udzielamy – pojawia się następna kwestia, mianowicie czy źródłem związania są wyłącznie treści ujęte w sentencji wyroku arbitrażowego, czy również motywy rozstrzygnięcia zawarte w jego uzasadnieniu. Uprzedzając dalsze wywody, naszym zdaniem wszelkie rozstrzygnięcia sądu polubownego, niezależnie gdzie w tekście wyroku byłyby umieszczone, są źródłem takiego związania.

Wreszcie rozważania na temat tytułowego zagadnienia prowadzone są – w krajowej doktrynie – w kontekście tego, czy dla związania innego sądu polubownego wcześniej wydanym wyrokiem arbitrażowym wymagane jest uprzednie uzyskanie przez ten ostatni wyrok mocy prawnej równej wyrokowi sądu państwowego (tj. czy został on już uznany bądź stwierdzona została jego wymagalność; art. 1212 § 1 k.p.c.), czy też kwestia ta jest dla „arbitrażowej” mocy wiążącej wcześniejszego wyroku bez znaczenia. Uprzedzając dalsze rozważania, naszym zdaniem jest ona bez znaczenia.

Może ona natomiast mieć znaczenie z perspektywy sądu państwowego, rozpatrującego wnioski o uznanie/stwierdzenie wykonalności wyroku sądu polubownego, gdy wcześniej już doszło do wydania przez inny sąd arbitrażowy wyroku, następnie uznanego bądź opatrzonego klauzulą wykonalności.

Przyjrzyjmy się kolejno wskazanym wyżej zagadnieniom, a następnie zobaczmy, jak problematykę „arbitrażowej” *rei iudicatae* (*ne bis in idem*) adresuje doktryna zagraniczna, zwłaszcza w jurysdykcjach o dobre rozwiniętej praktyce arbitrażowej.

Materie te bliskie są także Jubilatowi, któremu opracowanie to dedykujemy; arbitraż handlowy (krajowy i międzynarodowy) to dziedzina, w której dokonania Profesora Andrzeja Kidyby – zwłaszcza na niwie praktycznej – są znaczne i powszechnie rozpoznane, w tym w orzecznictwie Sądu Najwyższego.

## II. STANOWISKO KRAJOWEGO ORZECZNICTWA I DOKTRYNY

### 1. Orzecznictwo

1. Jak wiadomo, w orzecznictwie kwestia związania sądu polubownego wyrokiem wydanym wcześniej przez inny sąd polubowny jest przedmiotem rozbieżnych ocen.

W szczególności, w wyroku z 26.11.2008 r.<sup>1</sup> SN wyjaśnił, że „przepisy art. 365 i art. 366 k.p.c. dotyczące związania wyrokiem (powagi rzeczy osądzonej) odnoszą się tylko do wyroków sądów państwowych”, oraz że „nie zachodzi też »inny wypadek przewidziany w ustawie« związania sądu polubownego wyrokiem innego sądu polubownego” i że „wyrok sądu polubownego w zakresie oddalającym prawomocnie powództwo w jakiejś części nie korzysta z powagi rzeczy osądzonej w rozumieniu art. 365 k.p.c.”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> III CSK 163/08, LEX nr 479315; dalej: wyrok SN z 2008 r. Pogląd wyrażony przez SN w wyroku z 2008 r. jest zbliżony do stanowiska prezentowanego przez W. Popiołka *O powadze rzeczy osądzonej w postępowaniu arbitrażowym [w:] Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana Doktorowi Habilitowanemu Tadeuszowi Szurkiemu*, red. P. Nowaczyk, S. Pieckowski, J. Poczobut, A. Szumański, A. Tynel, Warszawa 2008, s. 169 i n.

<sup>2</sup> Oba cytaty z uzasadnienia wyroku z 2008 r.

Z kolei w wyroku z 13.04.2012 r.<sup>3</sup>, wspieranym przez przeważającą część doktryny<sup>4</sup>, SN uznał, że „Jeżeli orzeczenie sądu polubownego [uznane lub którego wykonalność stwierdzono – A.S. i A.T.] ma taką samą moc jak orzeczenie sądu państwowego, oznacza to, że stosuje się do niego regulację zawartą w art. 365 § 1 k.p.c.”<sup>5</sup>. Płyną z tego – zdaniem sądu – wskazania zarówno pod adresem sądu państwowego, jak i sądu polubownego.

Po pierwsze, zdaniem SN: „Sąd państwowy, który będzie orzekał o uznaniu kolejnego orzeczenia lub stwierdzenia jego wykonalności [chodzi o orzeczenie wydane między tymi samymi stronami – A.S. i A.T.] nie może [...] pominąć faktu, że w tej samej sprawie wypowiedział się już sąd państwowy. Innymi słowy, sąd ten będzie związany orzeczeniem sądu państwowego, który uznał lub stwierdził wykonalność wcześniejszego orzeczenia sądu polubownego. Należy wobec tego stwierdzić, że z art. 365 § 1 k.p.c. wynika, iż sąd orzekający o uznaniu drugiego orzeczenia arbitrażowego, jako związany wcześniejszym orzeczeniem, także sądu państwowego, nie powinien dopuścić do tego, aby w obrocie prawnym znalazły się dwa orzeczenia, które w tej samej sprawie pomiędzy tymi samymi stronami inaczej rozstrzygnęły tę samą kwestię prejudycjalną. Godziłoby to bowiem w powagę wymiaru sprawiedliwości i podważało zaufanie do sądów, czyli byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”<sup>6</sup>.

Po drugie zaś, skoro po uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności wyroku sądu polubownego wyrok ten podlega regulacji, wynikającej z art. 365 § 1 k.p.c., to „jej przestrzeganie nie może wobec tego być obojętne z punktu widzenia sądu polubownego, który ponownie orzekał w danej sprawie, jeżeli chce on, aby jego wyrok uzyskał moc równą wyrokom sądów powszechnych”<sup>7</sup>.

Uzupełnia tę myśl SN w kolejnym jeszcze wyroku, z 26.05.2017 r.<sup>8</sup>, dopatrując się po stronie sądu polubownego „ogólnego obowiązku dążenia do wydania wyroku, który nie będzie podlegał uchyleniu w ramach kontroli sprawowanej przez sąd państwowy”<sup>9</sup>.

2. Powinno być poza sporem, że rozstrzygnięcie zawarte w wyroku z 2012 r. – iż po uznaniu (stwierdzeniu wykonalności) wyroku arbitrażowego, objęty on jest regulacją normy art. 365 k.p.c., adresowanej do podmiotów w przepisie tym wskazanych – jest trafne, skoro wyrok taki ma już wtedy moc prawną równą wyrokowi sądu państwowego. To jednak nie oznacza jeszcze, że uznanie (stwierdzenie wykonalności) takiego wyroku jest warunkiem *sine qua non* przyznania mu „arbitrażowej” powagi rzeczy osądzonej/prejudycjalności, tj. że zanim nie zostanie uznany (bądź zanim nie zostanie stwierdzona jego wykonalność), wyrok sądu polubownego nie wiąże (negatywnie lub pozytywnie, tj. prejudycjalnie) innych sądów polubownych rozstrzygających sprawy pomiędzy tymi samymi stronami.

<sup>3</sup> I CSK 416/11, LEX nr 1168731; dalej: wyrok z 2012 r.

<sup>4</sup> Zob. uwagi w pkt 2.2 poniżej.

<sup>5</sup> Z uzasadnienia wyroku z 2012 r.

<sup>6</sup> Z uzasadnienia wyroku z 2012 r.

<sup>7</sup> Z uzasadnienia wyroku z 2012 r.

<sup>8</sup> I CSK 464/16, LEX nr 2312037; dalej: wyrok z 2017 r.

<sup>9</sup> Z uzasadnienia wyroku z 2017 r.

Naszym zdaniem, zagadnienia „arbitrażowej” powagi rzeczy osądzonej lub prejudycjalności wcześniejszego wyroku sądu polubownego, ujmowanego z perspektywy składu orzekającego, wydającego następnie wyrok w kolejnej sprawie pomiędzy tymi samymi stronami, nie da się zredukować – a taką koncepcję przyjął SN w powołanych wyżej wyrokach – do analizy powinności orzekającego później sądu polubownego z punktu widzenia przepisów kodeksu postępowania cywilnego, w tym norm o postępowaniach postarbitrażowych. Sąd polubowny jest bowiem związany w pierwszym rzędzie powinnością wobec stron, wynikającą z powierzenia mu zadania rozstrzygnięcia sporu pomiędzy nimi, wedle zasad, jakie strony same uzgodniły lub na jakie się zgodziły, zapisując się na postępowanie rządzone regulaminem stałego sądu polubownego (art. 1184 k.p.c.).

**Wobec tego na kwestię związania (w tym prejudycjalnego) innego sądu polubownego wcześniejszym wyrokiem arbitrażowym trzeba spojrzeć przede wszystkim z perspektywy prawa arbitrażowego;** dopiero w drugiej kolejności pojawi się sprawa doniosłości – ustalonej z punktu widzenia *imperium* państwa w sferze jurysdykcyjnej (a więc w świetle przepisów kodeksu postępowania cywilnego, wyznaczających reguły „tolerowania” przez państwo wyroków sądów innych niż państwowe) – kolejnego wyroku sądu arbitrażowego i tego, czy ma on szansę na jego uznanie bądź stwierdzenie wykonalności, lub czy nie będzie ryzyka jego uchylecia w postępowaniu skargowym<sup>10</sup>.

Jest tak dlatego, że podkreślany – zwłaszcza w wyroku z 2012 r. – „ogólny” obowiązek sądu polubownego dążenia do wydania wyroku, który nie zostanie uchylony w trybie skargowym bądź który będzie mógł być uznany lub będzie mogła być stwierdzona jego wykonalność, nie jest – naszym zdaniem – nakazem prawnym, wynikającym dla arbitrów z regulacji kodeksu postępowania cywilnego. Jest to natomiast powinność wynikająca dla składu orzekającego z wymogów prakseologii, ale nie z prawa procesowego, a jeśli z prawa – to z prawa materialnego (cywilnego), nakładającego na arbitrów obowiązek działania z należytą starannością.

Obowiązek tej treści zapisany jest z reguły w postanowieniach regulaminów stałych sądów polubownych (zob. np. § 5 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie z 2015 r. czy art. 42 Regulaminu ICC z 2017 r.); nawet jednak gdyby regulaminy o takiej powinności milczały, to i tak wynikałaby ona dla arbitrów z mocy swoistej umowy arbitrażowej (*receptum arbitrii*), zawieranej pomiędzy nimi a stronami sporu (a w przypadku zespołu orzekającego powołanego w ramach stałego sądu polubownego – także z udziałem tego ostatniego), gdy skład orzekający podejmuje się rozstrzygnięcia sprawy, przedstawionej mu do rozpoznania.

Natomiast przepisy części piątej kodeksu postępowania cywilnego nie nakładają na sądy polubowne obowiązku takiego formułowania wyroków, by następnie mogły one przejść test procedur postarbitrażowych. Przepisy te wprowadzają jedynie mechanizmy korekcyjne, pozwalające na uchylene wyroków sądów polubownych bądź na odmówienie im uznania czy stwierdzenia wykonalności, gdy nie będą one odpowiadały standardom, jakie państwo uważa za niezbędne „minimum poprawności” dla rozstrzygnięć sądów arbitrażowych.

<sup>10</sup> Kwestię tę pozostawiamy tu bez komentarza, bo wymagałaby ona osobnego – i obszernego – opracowania.



Podsumowując tę część rozważań, w wyroku z 2012 r. SN przesądził dwie osobne kwestie. Pierwszą – że przepisy art. 365 i 366 k.p.c. mogą mieć **za przedmiot** wyroki arbitrażowe w tym sensie, iż gdy w ramach postępowań postarbitrażowych okaże się, że inny sąd państwowy wydał już orzeczenie uznające bądź stwierdzające wykonalność wcześniejszego wyroku sądu polubownego, to **sąd państwowy** rozpatrujący późniejszy wyrok arbitrażowy, dla którego wcześniejsze orzeczenie sądu polubownego jest prejudycjalne, będzie **związany orzeczeniem sądu państwowego**, uznającym wcześniejszy wyrok arbitrażowy bądź stwierdzającym jego wykonalność; oraz drugą – że jeżeli wyrok sądu polubownego został już uznany bądź stwierdzono jego wykonalność, to **związane są nim także sądy państwowe**.

3. Wracając do głównego nurtu wywodów, powtórzmy, że – naszym zdaniem – sąd polubowny jest związany (negatywnie lub pozytywnie, w rozumieniu określonym powyżej) wydanym wcześniej (niezależnie czy uznanym bądź opatrzonym klauzulą wykonalności) wyrokiem innego sądu polubownego, i to związany nim w sposób, którego doniosłość może przejawiać się także na etapie postępowań postarbitrażowych prowadzonych przed sądami państwowymi<sup>11</sup>.

Wynika to jednak z ogólnych zasad prawa arbitrażowego, a nie z przepisów art. 365 i 366 k.p.c. Pogląd tej treści – o „wyczerpaniu” zapisu na sąd polubowny – został zgłoszony w doktrynie prawa arbitrażowego<sup>12</sup>, ale nie spotkał się z szerszym komentarzem.

Mianowicie, odpowiedzi na związanie sądu polubownego (rozumiane jako zakaz ponownego orzekania w tej samej sprawie albo jako nakaz uwzględniania prejudycjalnych dla kolejnego postępowania ustaleń poczynionych we wcześniejszej sprawie pomiędzy tożsamymi stronami) wydanym wcześniej innym wyrokiem arbitrażowym należy szukać **w charakterze prawnym zapisu na sąd polubowny**.

Zaproponowana przez M. Łaszczuka i J. Szparę koncepcja wyczerpania zapisu, dopatrująca się źródeł związania sądu arbitrażowego wyrokiem innego sądu polubownego w charakterze prawnym klauzuli arbitrażowej, najtrafniej i najpełniej wyjaśnia tytułowe zagadnienie. Rozważmy więc bliżej, w czym rzecz, przy okazji uzupełniając ustalenia powoływanych wyżej autorów o nowe wątki.

<sup>11</sup> Zob. też tezę wyroku z 2012 r., w wersji opublikowanej w Biuletynie SN 2012/6: „Sprzeczność wyroku sądu polubownego z innym wyrokiem sądu polubownego, uznanym przez sąd państwowy, może stanowić naruszenie podstawowych zasad porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”. Przykładem wykraczającym poza powołaną wyżej tezę – a także poza stan faktyczny objęty wyrokiem z 2012 r. (gdzie chodziło o uchylenie późniejszego wyroku sądu polubownego w sytuacji, gdy wcześniejszy uzyskał już moc prawną równą wyrokowi sądu państwowego) – może być przypadek, gdy wcześniejszy wyrok nie był przedmiotem postępowań postarbitrażowych, natomiast wszczęto je w odniesieniu do późniejszego, i w ich ramach podniesiono, że ten ostatni wyrok wydany został w sprawie, rozstrzygniętej już wcześniej w innym arbitrażu, a tym samym – ponieważ drugi skład orzekający nie miał kompetencji do rozpoznania sprawy, bo zapis utracił moc wskutek wyczerpania – późniejszy wyrok narusza normę art. 1214 § 3 pkt 2 k.p.c. (w postępowaniu delibacyjnym) bądź normę art. 1206 § 1 pkt 1 k.p.c. lub art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c. (w postępowaniu skargowym); co do wyjaśnienia koncepcji „wyczerpania zapisu”, zob. M. Łaszczuk, J. Szpara [w:] *System prawa handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, red. A. Szumański, Warszawa 2015, s. 764–765 oraz dalej w tekście. Co do zaś kwalifikacji „wyczerpania zapisu” jako „utrąty mocy” przez zapis na sąd polubowny (w rozumieniu art. 1206 § 1 pkt 1 k.p.c.) zob. M. Łaszczuk, J. Szpara [w:] *System prawa handlowego*, t. 8, s. 705 i 707.

<sup>12</sup> Zob. M. Łaszczuk, J. Szpara [w:] *System prawa handlowego*, t. 8, s. 764–765.

Jak wiadomo, treścią zapisu jest zgoda stron na rozstrzygnięcie sporu poza systemem sądów państwowych, wedle zasad przez strony uzgodnionych lub wynikających z regulaminów stałych sądów polubownych, do których strony zwróciły się o jego rozstrzygnięcie. Z reguły też treść klauzuli arbitrażowej stanowi o tym, że spór będzie ostatecznie rozstrzygnięty w drodze jednorazowego postępowania, chyba że strony przewidziały również postępowanie odwoławcze<sup>13</sup>. **Po wydaniu wyroku przez sąd polubowny (tj. po jego podpisaniu przez wymaganą przez reguły postępowania minimalną liczbę arbitrów i – ewentualnie – po jego doręczeniu stronom) klauzula arbitrażowa zostaje wyczerpana, w całości bądź w części<sup>14</sup>**; niedopuszczalne więc byłoby ponowne rozpoznanie tego samego sporu pomiędzy tymi samymi stronami przez inny sąd polubowny, bo **uczestnicy postępowania polubownego umówili się inaczej**. Skoro zaś umówili się inaczej, kolejny sąd polubowny **nie jest już właściwy**, by rozstrzygać tożsamy spór pomiędzy tymi samymi stronami (bądź ich sukcesorami), czy też ponownie przesądzać o rozstrzygniętej już wcześniej kwestii prejudycjalnej dla późniejszego postępowania.

Kolejne rozstrzygnięcie w arbitrażu sporu czy kwestii prejudycjalnej, objętej już wyrokiem innego sądu polubownego, nie jest więc możliwe, bo rozstrzygnięcie takie zostałoby dokonane w warunkach utraty mocy (wskutek jego wyczerpania) zapisu na sąd polubowny<sup>15</sup>. Wyczerpanie takie może zarazem być całkowite – gdy sąd arbitrażowy rozstrzygnął wcześniej wszystkie kwestie objęte zapisem, albo częściowe – gdy przedmiotem takiego rozstrzygnięcia były niektóre tylko zagadnienia sporne pomiędzy stronami, inne zaś nie stały się jeszcze przedmiotem wyrokowania (albo w ogóle, albo dlatego, że sąd państwowy uchylił w części wcześniejsze orzeczenie sądu arbitrażowego w trybie skargowym).

4. Stwierdzenie to nie wyjaśnia jednak wszystkich aspektów sprawy. Później orzekający sąd polubowny **może na przykład nie wiedzieć**, że spór został już rozstrzygnięty innym wyrokiem arbitrażowym. Powinny zaś wiedzieć o tym strony (z reguły, bo łatwo wyobrazić sobie inną sytuację, np. wynikającą z sukcesji, gdzie następcą prawnym strony nie wie, że spór o identyczne świadczenie był już wcześniej rozstrzygnięty w arbitra-

<sup>13</sup> Nie ma przeszkód, by zapisowi towarzyszyło np. zobowiązanie stron do dobrowolnego wykonania wyroku. W takim przypadku można twierdzić, że postanowienie tej treści jest źródłem ważnego cywilnoprawnego zobowiązania stron, sankcjonowanego instrumentami z zakresu prawa cywilnego (tak zwłaszcza M. Łaszczuk, J. Szpara [w:] *System prawa handlowego*, t. 8, s. 763). Nietrafny jest więc pogląd A. Zielonego, że „nieuprawnione i niedopuszczalne jako pozbawione jakiegokolwiek podstawy normatywnej [podkr. – A.S. i A.T.] [jest] odwoływanie się do pojęć i konstrukcji znanych prawu cywilnemu materialnemu (zwłaszcza prawu zobowiązań) i próba ich kreatywnego przystosowania do arbitrażu oraz wyroku sądu polubownego [...]” (A. Zielony, *Istota prawna wyroku sądu polubownego*, PPC 2011/1, s. 73). Powoływany autor nie dostrzega, że podstawą normatywną jest wówczas kodeks cywilny, z własnym instrumentarium służącym ocenie ważności takiego zobowiązania. Nawet przy przyjęciu założenia, że zapis miałby być wyłącznie umową procesową, nie stanowiłoby to przeszkody, by uzupełnić go o elementy cywilnoprawne. Nie ma też ryzyka, że w ten sposób mogłoby dojść do powstania ważnego zobowiązania cywilnoprawnego sankcjonującego wykonanie wyroku arbitrażowego nieodpowiadającego przesłankom ustawowym; gdyby bowiem strony zobowiązały się wykonać wyrok, który okazałby się wadliwy (np. nadawałby się do uchylecia w trybie skargowym), zobowiązanie do jego dobrowolnego wykonania należałoby uznać za nieważne (art. 58 i 3531 k.c.).

<sup>14</sup> Zob. M. Łaszczuk, J. Szpara [w:] *System prawa handlowego*, t. 8, s. 764–765.

<sup>15</sup> Podzielamy pogląd, że „wyczerpanie” zapisu oznacza, że utracił on moc. Nie był on wszak bezwzględnie nieważny (*ex tunc*), skoro pozwolił na wcześniejsze wiążące rozstrzygnięcie sporu; nie okazał się bezskuteczny (z przyczyn formalnych), ale właśnie „utracił moc” wskutek jego wyczerpania. Co do rozróżnienia pomiędzy poszczególnymi przypadkami wadliwości zapisu w świetle art. 1206 § 1 pkt 1 k.p.c. zob. M. Łaszczuk, J. Szpara [w:] *System prawa handlowego*, t. 8, s. 705–707.

żu), zaś w takim przypadku strona, która o wcześniejszym wyroku wie, powinna w kolejnym postępowaniu arbitrażowym – gdy nie chce, by sprawa była przedmiotem ponownego rozstrzygnięcia – zgłosić w stosownym czasie zarzut braku (wyczerpania) zapisu na sąd polubowny, **co jest tożsame z podniesieniem zarzutu braku właściwości sądu polubownego**, a w następstwie tego sąd arbitrażowy powinien zbadać swą właściwość.

Gdy zaś w toku postępowania zarzut taki nie zostanie zgłoszony, kolejny sąd polubowny może rozpoznawać sprawę bez przeszkód, chyba że dowie się o wcześniejszym rozstrzygnięciu arbitrażowym w tej samej sprawie z innych źródeł. W takim przypadku – zdaniem części doktryny – powinien z urzędu<sup>16</sup> zbadać swoją właściwość i postąpić stosownie do wyniku ustaleń w tym przedmiocie. Jest zarazem możliwe, że w wyniku takiego badania okaże się, iż obie strony kolejnego sporu wyrażą wolę ponownego poddania sporu rozstrzygnięciu w arbitrażu. Sąd polubowny powinien wówczas sprawę rozpoznać, bo zgodną wolę stron można wtedy interpretować jako uzgodnienie przez nie kompromisu, a więc nowej umowy o arbitraż zawieranej po powstaniu sporu, o treści tożsamej z wyczerpanym już zapisem na sąd polubowny.

W przeciwnym zaś razie, tj. gdy ujawnienie się wcześniejszego rozstrzygnięcia spowoduje, że któraś ze stron zgłosi zarzut wyczerpania (w całości bądź w części) klauzuli arbitrażowej – sąd polubowny związany jest uprzednim rozstrzygnięciem (w tym prejudycjalnością kwestii tam przesądzonej) innego sądu arbitrażowego, dotyczącym sporu toczącego pomiędzy tymi samymi stronami. Zarzut taki kolejny sąd powinien stosownie zbadać; **obowiązek taki wynika dla składu orzekającego z dwóch przynajmniej źródeł: z zapisu oraz z *recepti arbitrii***. Co do zapisu, choć sąd polubowny nie jest stroną umowy o arbitraż, jest jednak jej adresatem, a więc może działać jedynie w granicach kompetencji przyznanej mu przez strony w zapisie. Natomiast co do *recepti arbitrii*, wynika z niego obowiązek działania składu orzekającego z należytą starannością; ta zaś wymaga najpierw upewnienia się przez skład orzekający, czy kompetencja do rozpoznania/rozstrzygnięcia sprawy jeszcze mu przysługuje, czy już zgasała, a następnie działania tylko wtedy, gdy odbywa się to w ramach takiej kompetencji.

**Podsumowując**, gdy sąd polubowny zgadza się na rozstrzygnięcie sporu, bierze na siebie obowiązki powierzone mu w klauzuli przez strony i od chwili przyjęcia przezeń sprawy do rozpoznania obowiązkami takimi jest związany. Z tą samą chwilą dochodzi do skutku *receptum arbitrii*, z powinnością działania przez arbitrów z zachowaniem (przynajmniej) należytej staranności. Do wymogów zaś należytej staranności zaliczyć trzeba obowiązek działania sądu polubownego jedynie wówczas, gdy tożsama sprawa (lub jakaś kwestia prejudycjalna dla późniejszego postępowania) pomiędzy tymi samymi stronami nie była jeszcze rozstrzygnięta innym wyrokiem arbitrażowym. Gdyby bowiem była, zapis na sąd polubowny zostałby już (w całości bądź w części) wyczerpany i nie mógłby stanowić podstawy ponownego orzekania. Rozstrzygając sprawę po raz kolejny, skład orzekający (o ile miałby świadomość istnienia wcześniejszego wyroku sądu polubownego) uchybiłby zasadzie postępowania z należytą starannością przy jej rozpatrywaniu i **działałby w warunkach**

<sup>16</sup> Zob. M. Łaszczuk [w:] *Regulamin arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG. Komentarz*, red. M. Łaszczuk, A. Szumański, Warszawa 2017, s. 428. Pogląd ten podzielamy, mimo że regulą w arbitrażu – dostrzeganą też przez powoływane tu autora – jest badanie swej właściwości przez sąd polubowny dopiero na zarzut strony; zob. art. 1180 § 3 k.p.c. oraz § 3 regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie.

**braku swej właściwości, tj. braku kompetencji do rozpoznania i rozstrzygnięcia sporu;** ta bowiem wypływać może tylko z niewyczerpanego jeszcze zapisu.

5. Wreszcie kolejna kwestia sygnalizowana we wprowadzeniu, mianowicie czy związanie (pozytywne lub negatywne) późniejszego składu orzekającego wcześniejszym wyrokiem arbitrażowym odnosi się do materii objętych jego sentencją, czy także tym, co ustalono w jego uzasadnieniu.

Naszym zdaniem pojęcia „sentencja” i „uzasadnienie” wyroku – choć w praktyce arbitrażowej często używane – mają inne znaczenie w sądownictwie państwowym, a inne w arbitrażowym. W szczególności, przepisy części piątej kodeksu postępowania cywilnego nie nawiązują do pojęcia sentencji wyroku arbitrażowego. Przepis art. 1197 k.p.c. wylicza tylko obligatoryjne składowe wyroku (w tym „motywy rozstrzygnięcia”) oraz inne wymogi formalne, jakie wyrok powinien spełniać.

Należy więc uznać, że w rozumieniu prawa arbitrażowego niezasadne jest przypisywanie „rozstrzygnięciu” znaczenia, jakie w sądownictwie powszechnym przypisywane jest „sentencji wyroku”, i przenoszenie na grunt arbitrażowy – w drodze analogii – sporów o to, czy związanie (pozytywne lub negatywne) dotyczy tylko tego, co sąd polubowny zawarł w „sentencji” wyroku, czy również tego, co wynika z jego uzasadnienia („motywów rozstrzygnięcia”) <sup>17</sup>. Z tych względów nietrafne jest stanowisko SN wyrażone w wyroku z 2008 r., w którym stwierdzono, że „zakres prawomocnego rozstrzygnięcia przez sąd polubowny o zgłoszonym rozszczeniu musi wynikać z sentencji wyroku, a nie być wywodzony z treści uzasadnienia” <sup>18</sup>. Skoro przepisy części piątej kodeksu postępowania cywilnego nie wyróżniają „sentencji” i „uzasadnienia” wyroku **arbitrażowego**, stanowiąc tylko o „motywach rozstrzygnięcia”, to rozstrzygnięcie o sporze stron znajdować się może w każdej części wyroku, niezależnie od tego, w jaki sposób została ona redakcyjnie wyróżniona, o ile pozostaje ono w związku z żądaniami stron i wyjaśnia to, co ujęto w „sentencji” wyroku.

6. Na koniec należy wrócić do kwestii, czy związanie (pozytywne bądź negatywne) kolejnego sądu polubownego wcześniejszym rozstrzygnięciem w arbitrażu wystąpi już wówczas, gdy wcześniejsze orzeczenie zostało wydane (ewentualnie: i doręczone stronom), czy też dopiero wtedy, gdy sąd państwowy następnie je uzna bądź stwierdzi jego wykonalność, a więc po uzyskaniu przez wyrok arbitrażowy mocy równej wyrokowi sądu państwowego (art. 1212 § 1 k.p.c.).

Jak wskazano wyżej, dla związania później orzekającego składu arbitrażowego wcześniejszym wyrokiem sądu polubownego nie jest konieczne, by wyrok ten został stosownie „legitymizowany” przez sąd państwowy. „Legitymizacja” taka jest niezbędna dla wywołania skutków, opisanych w art. 365 k.p.c., a więc dla związania nim nie tylko stron i sądu, który je wydał, lecz także „innych sądów oraz innych organów państwowych i organów administracji publicznej, a w wypadkach w ustawie przewidzianych także innych osób”. **To właśnie te „inne sądy/organy” są adresatami normy z art. 365 k.p.c.** Nie jest to zaś norma adresowana do „innego” sądu polubownego, bo „sądem” w rozumieniu tego ostatniego przepisu jest wyłącznie sąd państwowy; gdy

<sup>17</sup> Tak też M. Łaszczuk [w:] *Regulamin arbitrażowy...*, s. 448.

<sup>18</sup> Z uzasadnienia wyroku z 2008 r.

bowiem kodeks postępowania cywilnego kieruje swe wskazania do sądu arbitrażowego, to konsekwentnie posługuje się terminem „sąd polubowny”<sup>19</sup>.

Wobec tego nie ma żadnego *iunctim* pomiędzy związaniem sądu polubownego wcześniejszym wyrokiem arbitrażowym a wymogami „legitymizującymi” taki wyrok w „obrocie” państwowym. Wystarczającą „legitymizacją” dla wyroku sądu polubownego jest zezwolenie ustawodawcy wyrażone w art. 1157 k.p.c. oraz wola stron wyrażona w zapisie<sup>20</sup>; **z niej też wynika „arbitrażowa” powaga rzeczy osądzonej (oraz „arbitrażowy” zakaz orzekania *ne bis in idem*)**, bo zwykle zapis upoważnia arbitrów do jednorazowego rozstrzygnięcia kwestii spornych pomiędzy stronami. Ponowne więc rozstrzygnięcie osądzonej już sprawy (lub przesądzonej we wcześniejszym wyroku kwestii prejudycjalnej dla późniejszego postępowania polubownego) jest niedopuszczalne jako dokonane w warunkach wyczerpania zapisu na sąd polubowny, co jest **tożsame z brakiem właściwości sądu polubownego – skutek utraty mocy przez zapis na sąd polubowny – do ponownego wyrokowania o tym, o czym wiązało już w arbitrażu orzeczone**.

To więc, czy wcześniejszy wyrok został uznany bądź czy stwierdzono jego wykonalność, nie ma – z perspektywy później orzekającego sądu arbitrażowego – żadnego znaczenia. Ma to zaś znaczenie dla sądu państwowego, bo dopiero po uzyskaniu przez orzeczenie arbitrażowe mocy prawnej równej wyrokowi sądu państwowego orzeczenie takie „liczy się” dla państwa jako wyrok, którego respektowanie przez inne sądy i organy państwowe „wymuszone” jest przez normę art. 365 § 1 k.p.c.

Natomiast norma ta nie „wymusza” respektowania wcześniejszego wyroku arbitrażowego, uznanego bądź zaopatrzonego w klauzulę wykonalności, przez później orzekający sąd polubowny, bo nie do niego jest ona adresowana. **Nie oznacza to, że późniejszy sąd arbitrażowy nie jest takim wcześniejszym orzeczeniem związany; przeciwnie: jest, ale dlatego, że wynika to z prawa arbitrażowego, a ściślej: z natury prawnej zapisu na sąd polubowny.**

7. Do kwestii tych wypadnie powrócić przy okazji omawiania stanowiska doktryny w tytułowych materiałach. Upředzając dalsze wywody, omawiane wyżej wyroki SN spotkały się z różnym przyjęciem ze strony autorów wypowiadających się w przedmiocie związania sądu polubownego wcześniejszym wyrokiem arbitrażowym; w nowszej literaturze zdecydowanie przeważa aproba dla stanowiska wyrażonego w wyroku z 2012 r.; mniej zaś życzliwie piśmiennictwo odniosło się do wyroku z 2008 r.

<sup>19</sup> Tak w szczególności wyrok z 2008 r. oraz W. Popiołek, *O powadze...*, s. 169 i n. Notabene, pogląd, że sąd polubowny nie jest „sądem jednego z Państw Członkowskich” (w rozumieniu art. 267 TFUE), który miałby prawo kierowania pytań prejudycjalnych do ECJ, wyraża też Trybunał Sprawiedliwości UE (zob. sprawa Nordsee v. Reederei Mond, case no. 102/81).

<sup>20</sup> Tak wyraźnie M. Tomaszewski, *Skutki prawne wyroku sądu polubownego* [w:] *Aurea Praxis. Aurea Theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. 2, red. J. Gudowski, K. Weitz, Warszawa 2011, s. 1917–1918. Nietrafnie zaś M. Tomaszewski twierdzi, że „przesłanką mocy wiążącej [...] jest też [...] zgodność (brak sprzeczności)[wyroku] z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego” (tamże). Naszym zdaniem moc wiążąca wyroku wynika wyłącznie z przesłanek uzasadniających kompetencję sądu do wydania rozstrzygnięcia, nie zaś z merytorycznej treści rozstrzygnięcia. niesprzeczność z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego należy zaś do sfery meritum orzeczenia.

Tymczasem naszym zdaniem oba wyroki w sprawie kluczowej dla niniejszych rozważań wcale nie są od siebie zbyt odległe. Żaden z nich nie twierdzi bowiem, że sądy arbitrażowe są związane normami art. 365 i 366 k.c. Wyroki te różnią się natomiast sposobem wyartykułowania ich myśli przewodnich.

W szczególności, wyrok z 2008 r. **wprost** stanowi, że powołane wyżej przepisy nie wiążą sądów polubownych. Na to zgoda. Nie sposób jednak zgodzić się z kolejną konsekwencją braku takiego związania, wskazaną przez SN w omawianym teraz wyroku. Mianowicie, SN twierdzi w nim, że wobec niestosowania do wyroków sądów polubownych normy art. 365 k.p.c., orzekający później sąd polubowny może ponownie rozstrzygnąć kwestię przesądzoną już w nieuchylonej przez sąd państwowy (skargowy) części wcześniejszego wyroku arbitrażowego<sup>21</sup>. Naszym zaś zdaniem ponowne rozstrzygnięcie takiej kwestii jest niedopuszczalne, a przeszkodą będzie wówczas „arbitrażowa” *res iudicata*, tj. wiążące rozstrzygnięcie danej kwestii przez pierwszy sąd, który w tym zakresie wydał orzeczenie ostateczne, w związku z czym doszło do (częściowego) wyczerpania zapisu. Kolejny sąd polubowny nie będzie więc już właściwy, by ponownie o niej orzekać.

Natomiast wyrok z 2012 r. wyraża pogląd o braku związania sądów polubownych normami art. 365 i 366 k.p.c. w sposób **pośredni**, bo SN stwierdza tylko (w kontekście postępowań postarbitrażowych), że sąd polubowny orzekający w kolejnej sprawie **musi** brać pod uwagę fakt istnienia wcześniejszego wyroku (już uznanego lub ze stwierdzoną wykonalnością), jeżeli **chce**, by jego wyrok arbitrażowy mógł również zostać wyposażony w moc prawną równą wyrokowi sądu państwowego. Wyraźne jest więc jedynie zaakcentowanie przez SN „powinności” sądu polubownego w kontekście jego „chęci”, by kolejny wyrok mógł być uznany bądź by mogła zostać stwierdzona jego wykonalność. Nie oznacza to jednak, by w wyroku z 2012 r. SN rozszerzył o sądy polubowne zawarty w art. 365 § 1 k.p.c. katalog podmiotów związanych prawomocnymi wyrokami sądów państwowych oraz ostatecznymi, uznanymi bądź ze stwierdzoną wykonalnością wyrokami sądów polubownych.

**Wprost** zaś SN adresuje swoje zalecenia tylko do **sądów państwowych** orzekających w przedmiocie uznania/stwierdzenia wykonalności kolejnego wyroku, gdy twierdzi, że „z art. 365 § 1 KPC wynika, iż sąd orzekający o uznaniu drugiego orzeczenia arbitrażowego, jako związany wcześniejszym orzeczeniem, także sądu państwowego, nie powinien dopuścić do tego, aby w obrocie prawnym znalazły się dwa orzeczenia, które w tej samej sprawie pomiędzy tymi samymi stronami inaczej rozstrzygnęły tę samą kwestię prejudycjalną”. Na to zgoda.

## 2. Doktryna

1. Wcześniej opisano już stanowisko M. Łaszczuka i J. Szpary, wobec czego ich poglądów nie ma potrzeby ponownie przedstawiać.

Natomiast warto bliżej odnieść się do licznych wypowiedzi przedstawicieli doktryny, z reguły nawiązujących do komentowanych wyżej wyroków SN; w związku z tym kryterium porządkującym dalszą prezen-

<sup>21</sup> Zob. wyrok z 2008 r., teza nr 3.

tację będzie to, czy poszczególne wypowiedzi odnoszą się do wyroku z 2008 r., czy pochodzą z okresu po wydaniu wyroku z 2012 r.

2. W doktrynie **poprzedzającej wydanie wyroku z 2012 r.** rozrzut poglądów był dość znaczny: od stanowisk kwestionujących tezę wyroku z 2008 r. po głosy je aprobujące, podkreślające, że wcześniejszy wyrok sądu polubownego nie wiąże kolejnego sądu arbitrażowego. Wywodzono to przeważnie z brzmienia art. 365 i 366 k.p.c. jako norm adresowanych do sądów państwowych, nie zaś polubownych. W rezultacie związany wyrokiem arbitrażowym – po jego uznaniu bądź stwierdzeniu jego wykonalności – byłby sąd państwowy, ale sąd polubowny już nie.

Najwyraźniej kwestię tę adresuje W. Popiołek, wskazując, że „przepis art. 365 KPC nie znajduje zastosowania w postępowaniu arbitrażowym także z tego względu, że wyraźnie określa on zakres podmiotowy zawiązania orzeczeniem sądu państwowego, który to zakres nie obejmuje sądu polubownego”<sup>22</sup>. Tę trafną wypowiedź należałoby uzupełnić o stwierdzenie, że podmioty, o których w przepisie tym mowa (a więc ów „zakres podmiotowy”, wśród nich zaś przede wszystkim sądy państwowe i inne organy państwowe), mogą być (naszym zdaniem) związane nie tylko orzeczeniami innych sądów państwowych, lecz także orzeczeniami arbitrażowymi, zrównanymi co do ich mocy prawnej z wyrokami sądów państwowych (art. 1212 § 1 k.p.c.).

Nietrafnie natomiast uznaje W. Popiołek – podobnie zresztą jak SN w wyroku z 2008 r. – że niestosowanie do sądów polubownych przepisu art. 365 § 1 k.p.c. pozwala kolejnemu sądowi polubownemu na ponowne rozstrzygnięcie sprawy (kwestii) przesądzonej we wcześniejszym orzeczeniu arbitrażowym<sup>23</sup>. Możliwość tę wywodzi autor z autonomii woli strony, która – gdy nie oponuje przeciwko ponownemu rozpoznaniu rozstrzygniętej już kwestii – wyraża w ten sposób suwerenną decyzję co do przedmiotowego zakresu postępowania<sup>24</sup>. Argumentacja taka jest do przyjęcia tylko przy (omawianym wcześniej) założeniu, że w ten sposób obie strony doprowadziły do uzgodnienia kompromisu, tj. że kolejny spór toczą na podstawie nowej klauzuli arbitrażowej. Czy zaś kompromis taki zawarły, jest kwestią faktu, nie prawa. Natomiast gdy do kompromisu nie doszło, kolejny sąd polubowny nie jest – naszym zdaniem – właściwy, by ponownie rozstrzygać sprawę (bądź kwestię), bo poprzedni zapis uległ (w całości bądź w części, w zależności od okoliczności) wyczerpaniu. W tym sensie sąd polubowny byłby właśnie związany wcześniejszym wyrokiem arbitrażowym, bo sporu albo kwestii prejudycjalnej nie mógłby już po raz kolejny rozstrzygnąć.

Wreszcie podnosi też W. Popiołek – naszym zdaniem nietrafnie – że wyrażenie „prawomocny wyrok sądu” użyte w art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c. oznacza wyrok sądu państwowego, a nie polubownego, a to z uwagi na ustalenia terminologiczne wynikające z art. 1158 § 1 k.p.c., w myśl których „sądem” w rozumieniu przepisów części piątej kodeksu postępowania cywilnego jest wyłącznie sąd państwowy<sup>25</sup>. Wydaje się jednak, że kluczowe znaczenie należy w tym względzie przypisać normie art. 1212 § 1 k.p.c., zrównującej moc prawną wyroku

<sup>22</sup> W. Popiołek, *O powadze...*, s. 175.

<sup>23</sup> W. Popiołek, *O powadze...*, s. 177.

<sup>24</sup> W. Popiołek, *O powadze...*, s. 177.

<sup>25</sup> Zob. W. Popiołek, *O powadze...*, s. 178–179.

arbitrażowego (po uznaniu bądź stwierdzeniu jego wykonalności) z wyrokiem sądu państwowego. Wobec tego wniosek o objęciu przepisem art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c. wyroku sądu polubownego należy uzasadniać nie: możliwością rozszerzającej wykładni terminu „sąd” użytym w tym przepisie, lecz tym, że wyrok arbitrażowy, wprowadzony już do „obrotu” państwowego w drodze uznania/stwierdzenia wykonalności, korzysta z takiej samej mocy prawnej, jak wyrok sądu państwowego<sup>26</sup>.

Także M. Tomaszewski jest zdania, że wynikająca z przepisów art. 365 i 366 k.p.c. powaga rzeczy osądzonej nie ma zastosowania do wyroku sądu polubownego; uważa on jednak, że jest tak tylko do czasu uznania bądź stwierdzenia wykonalności takiego wyroku<sup>27</sup>; później bowiem wyrok sądu arbitrażowego wiąże nie tylko sądy polubowne, lecz także sądy państwowe, „co wyklucza możliwość ponownego rozstrzygnięcia tego samego sporu między tymi samymi stronami także przez sądy państwowe”<sup>28</sup>. Pogląd ten można zaakceptować, z tym że – naszym zdaniem – związanie innego sądu polubownego wcześniejszym wyrokiem arbitrażowym nie wynika ani z faktu uznania/stwierdzenia wykonalności takiego wyroku, ani ze związania później orzekającego sądu polubownego dyrektywą płynącą z art. 365 § 1 k.p.c. (bo sądy polubowne nie są jej adresatem), lecz z wyczerpania zapisu. Natomiast związanie sądów państwowych wyrokiem sądu polubownego, który poprzez uznanie/stwierdzenie wykonalności uzyskał moc prawną równą wyrokowi sądu państwowego, jest już bezpośrednią konsekwencją podległości sądów państwowych normie art. 365 § 1 k.p.c.

Istotne jest również to, że powoływany autor dopuszcza możliwość podniesienia zarzutu *ne bis in idem* (co określa mianem „swoistej powagi rzeczy osądzonej”) w kolejnym postępowaniu arbitrażowym, bez względu na to, czy wcześniejszy wyrok został już uznany bądź czy została stwierdzona jego wykonalność<sup>29</sup>. Wyrażnie więc M. Tomaszewski aprobeuje zastosowanie konstrukcji „wyczerpania” zapisu na sąd polubowny, wskazując, że prowadzenie kolejnego postępowania arbitrażowego w sprawie (kwestii) już przesądzonej wcześniejszym wyrokiem jest niedopuszczalne, z uwagi na brak właściwości kolejnego sądu do rozpoznania i rozstrzygnięcia już przesądzonej sprawy<sup>30</sup>.

Z kolei dość niejasne jest stanowisko A. Zielonego w sprawie mocy wiążącej wyroku sądu polubownego (przed jego uznaniem bądź stwierdzeniem wykonalności) dla innego sądu arbitrażowego. Autor podaje przykład, w którym „strony niezadowolone z wyroku powołają nowy skład orzekający, który w żaden sposób nie będzie związany poprzednim orzeczeniem i wyda nowy wyrok”<sup>31</sup>. Nie wiadomo jednak dlaczego – bo powoływany autor tego nie wyjaśnia – kolejny skład orzekający miałby nie być związany wcześniejszym wyrokiem. Może tak być, jeśli strony zawrą kolejny zapis na sąd polubowny i powołany na jego podstawie sąd

<sup>26</sup> Tak też M. Łaszczuk, J. Szpara [w:] System prawa handlowego, t. 8, s. 717 oraz podana tam literatura. Zob. też K. Weitz, *Uchylenie wyroku sądu polubownego z powodu prawomocnego wyroku sądu (art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c.)* [w:] *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, red. J. Okolski, A. Całus, M. Pazdan, S. Sołtyński, T. Wardyński, S. Włodyka, Warszawa 2010, s. 691 i n.

<sup>27</sup> M. Tomaszewski, *Skutki prawne...*, s. 1922, przyp. 38.

<sup>28</sup> M. Tomaszewski, *Skutki prawne...*, s. 1928.

<sup>29</sup> M. Tomaszewski, *Skutki prawne...*, s. 1922.

<sup>30</sup> Zob. szerzej M. Tomaszewski, *Skutki prawne...*, s. 1921–1924.

<sup>31</sup> A. Zielony, *Istota prawna...*, s. 77.



ponownie rozpozna sprawę. Ale niekoniecznie tak będzie, jeśli do powołania nowego składu miałyby dojść w ramach dotychczasowego zapisu; ten bowiem już utracił moc wskutek wyczerpania (wiążącego rozstrzygnięcia sporu) i nie może być podstawą do ukonstytuowania się nowego składu orzekającego na potrzeby rozpoznania sprawy po raz kolejny.

Kwestię związania sądu polubownego – w kontekście normy art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c. – wyrokiem innego sądu arbitrażowego rozważa szeroko K. Weitz<sup>32</sup>; chodzi o „związanie” rozumiane jako możliwość uchylenia przez sąd państwowy wyroku sądu polubownego, „gdy w tej samej sprawie pomiędzy tymi samymi stronami zapadł prawomocny wyrok sądu”.

Autor krytycznie odnosi się do koncepcji wyrażonej w wyroku z 2008 r.; o ile w części krytyka ta jest zasadna, o tyle niektórych argumentów K. Weitz nie podzielamy. W szczególności, wcale nie byłoby „przejawem niespójności systemu prawnego rozwiązanie, które zakładałoby, że wyrok sądu polubownego po jego prawomocnym uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności przez sąd państwowy korzysta z mocy wiążącej i w efekcie jako prejudykat wiąże także sąd państwowy, a wyłączałoby analogiczne odwrotne działanie prawomocnego wyroku sądu państwowego w postępowaniu przed sądem polubownym. Podobnie nie sposób przyjąć, że moc wiążąca wyroku sądu polubownego po prawomocnym uznaniu go albo stwierdzeniu jego wykonalności przez sąd państwowy nie obejmuje postępowania przed innym sądem polubownym”<sup>33</sup>. Co do ostatniej kwestii, związanie takie występuje (i to – jak wykazujemy powyżej – nawet zanim jeszcze wyrok sądu polubownego uzyska moc prawną równą wyrokowi sądu państwowego, a ściślej: bez względu na jego uznanie/stwierdzenie wykonalności), tyle że nie za pośrednictwem normy art. 365 § 1 k.p.c., ale poprzez działanie zapisu i *recepti arbitrii*. Natomiast co do pierwszej kwestii, krąg podmiotów wskazanych w art. 365 § 1 k.p.c. nie obejmuje sądów polubownych, wobec czego sąd taki rzeczywiście nie jest związany (poprzez ostatnio powołaną normę) prawomocnym wyrokiem sądu państwowego. Nie należy jednak zapominać, że wyroki sądów polubownych podlegają podwójnemu systemowi kontroli ze strony państwa – uznaniu/stwierdzeniu wykonalności oraz skardze o uchylenie – a w ramach tego systemu wyrok arbitrażowy, niespektujący prawomocnego wyroku sądu państwowego może zostać w stosowny sposób zdyskredytowany (czy to poprzez odmowę uznania/stwierdzenia wykonalności, z uzasadnieniem nawiązującym do klauzuli porządku publicznego – art. 1214 § 3 pkt 2 k.p.c., czy w drodze jego uchylecia, z uzasadnieniem „klauzulowym” – art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c., bądź nawiązującym do wcześniejszego wydania w tej samej sprawie pomiędzy tymi samymi stronami prawomocnego wyroku sądu – art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c.)<sup>34</sup>. Wobec tego swoiste (pośrednie) „związanie” sądu polubownego prawomocnym wyrokiem sądu państwowego tak czy inaczej wystąpi, tyle że nie w związku z unormowaniem art. 365 § 1 k.p.c.

Podzielamy natomiast pogląd K. Weitz – że skoro wyrok arbitrażowy, po jego uznaniu bądź stwierdzeniu jego wykonalności, jest wyposażony w moc prawną równą wyrokowi sądu państwowego, to istnienie wcześniejszego wyroku sądu polubownego, zrównanego w tym sensie z wyrokiem sądu państwowego,

<sup>32</sup> Zob. K. Weitz, *Uchylenie wyroku...*, s. 691 i n.

<sup>33</sup> K. Weitz, *Uchylenie wyroku...*, s. 701–702.

<sup>34</sup> Jeśli uznać, że dwie ostatnio wymienione podstawy skargowe nie są rozłączne.

możestanowić powód do uchylecia późniejszego wyroku arbitrażowego<sup>35</sup> – z tym wszakże zastrzeżeniem, że wystarczającym argumentem na rzecz takiego stanowiska jest powołanie się na brzmienie art. 1212 § 1 k.p.c., bez potrzeby sięgania do kolejnego jeszcze argumentu, mianowicie że „sądem” w rozumieniu art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c. miałby być także sąd polubowny<sup>36</sup>. Naszym zdaniem nie ma takiej konieczności, a ponadto nie ma nawet takiej możliwości, wobec konsekwentnie stosowanej w przepisach kodeksu postępowania cywilnego konwencji, że gdy chodzi o sąd polubowny, ustawodawca tak go właśnie określa. Uważamy więc, że art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c. traktuje nie tylko o wyroku sądu (państwowego), lecz także o wyroku zrównanym z wyrokiem sądu (państwowego), tj. o wyroku arbitrażowym, uznanym bądź ze stwierdzoną wykonalnością.

Odnotować też trzeba pogląd M. Strumiłły, który twierdzi, że „wyrok sądu polubownego wiąże strony, sądy powszechne, inne sądy polubowne i organy państwowe od chwili doręczenia go stronom”<sup>37</sup>. Wynikałoby z tego, że „arbitrażowa” *res iudicata* przysługuje takiemu wyrokowi niezależnie od jego uznania bądź stwierdzenia wykonalności. Naszym zdaniem pogląd taki jest trafny, ale tylko wtedy, gdy chodzi o związanie orzeczeniem arbitrażowym innego sądu polubownego. Natomiast związanie nim innych podmiotów (w szczególności zaś sądów państwowych) powinno być jednak (*de lege lata*) wynikiem uprzedniego wprowadzenia takiego wyroku do „obrotu” państwowego, właśnie poprzez uznanie lub stwierdzenie wykonalności orzeczenia arbitrażowego.

Wreszcie krytycznie wobec wyroku z 2008 r. wypowiedział się P. Lewandowski, kwestionując wyrażony w nim pogląd o braku związania sądu polubownego – poprzez art. 365 § 1 k.p.c. – wcześniejszym wyrokiem arbitrażowym (już uznanym bądź ze stwierdzoną wykonalnością) lub prawomocnym wyrokiem sądu państwowego<sup>38</sup>. Autor jest zdania, że przeciwny pogląd pozbawia znaczenia normę art. 1212 § 1 k.p.c. (byłaby ona wówczas – według niego – normą „pustą”<sup>39</sup>). Tymczasem przepis ten normą pustą wcale nie jest. Nadanie wyrokowi sądu polubownego mocy prawnej równej wyrokowi sądu państwowego powoduje bowiem nie tylko to, że wyrok taki staje się tytułem wykonawczym, lecz także że związane nim stają się sądy państwowe i inne podmioty wskazane w art. 365 § 1 k.p.c. Poza tym autor krytycznie odnosi się do poglądów W. Popiołka o braku związania sądów polubownych wyrokami innych sądów polubownych i prawomocnymi wyrokami sądów państwowych, wskazując na trafność odmiennego stanowiska wyrażonego przez K. Weitzę (przywołanego wyżej). Wreszcie, nie dostrzega P. Lewandowski koncepcji „wyczerpania zapisu”, wskazanej przez M. Tomaszewskiego (na którego wywody autor szeroko się powołuje), a ona przecież wystarczająco dobrze wyjaśnia, że o ile sąd polubowny może nie być związany prawomocnym wyrokiem sądu państwowego<sup>40</sup>, o tyle już z całą pewnością jest związany wcześniej-

<sup>35</sup> K. Weitz, *Uchylenie wyroku...*, s. 700.

<sup>36</sup> K. Weitz, *Uchylenie wyroku...*, s. 700.

<sup>37</sup> M. Strumiłło, *Skutki prawne wyroku arbitrażowego*, Biuletyn Arbitrażowy 2010/3, s. 113.

<sup>38</sup> Zob. P. Lewandowski, *Zakres związania sądu arbitrażowego prejudycjalnymi skutkami wcześniejszego wyroku arbitrażowego lub orzeczenia sądu państwowego* [w:] *Arbitraż i mediacja. Księga jubileuszowa dedykowana Doktorowi Andrzejowi Tynelowi*, red. M. Łaszczuk, M. Furtek, S. Pieckowski, J. Poczobut, M. Tomaszewski, A. Szumański, Warszawa 2012, s. 312 i n.

<sup>39</sup> Zob. P. Lewandowski, *Zakres związania...*, s. 315.

<sup>40</sup> Choć niewątpliwie występuje w odniesieniu do takiego wyroku związanie „pośrednie” sądu polubownego, poprzez mechanizmy kontrolne, w jakie wyposażony jest sąd delibacyjny i skargowy; zob. komentarz do wypowiedzi K. Weitzę, powyżej.

szym ostatecznym wyrokiem sądu polubownego, bez względu na to, czy wyrok taki został stosownie wprowadzony do „obrotu” państwowego.

Natomiast kategorycznie nie podzielamy przekonania **Ł. Błaszczaka i M. Ludwik**, wedle których przed uznaniem bądź stwierdzeniem wykonalności wyrok sądu polubownego „nie ma właściwości i potencjału do wywoływania żadnych skutków prawnych”<sup>41</sup>. Pogląd taki neguje sens arbitrażu w ogóle, skoro skutki orzeczenia arbitrażowego zależałyby w całości od decyzji sądu państwowego, i to – skoro autorzy w żaden sposób swego stanowiska nie kwalifikują – także w odniesieniu do relacji pomiędzy stronami i pomiędzy nimi a sądem polubownym, który wyrok wydał. Naszym zdaniem wyrok arbitrażowy wiąże strony od momentu jego wydania, a wprowadzenie go do „obrotu” państwowego (poprzez jego uznanie lub stwierdzenie wykonalności) umożliwia przede wszystkim przymuszenie strony, która wyroku nie respektuje, do jego wykonania.

**2. W wypowiedziach doktryny sformułowanych po dacie wyroku z 2012 r. widać wyraźną aprobatę dla poglądów tam wyrażonych.**

W szczególności, aprobuje rozstrzygnięcie tego wyroku A. Szczęśniak, która zauważa zarazem (trafnie), że adresatem powinności wynikającej z art. 365 § 1 k.p.c. są sądy państwowe, nie zaś polubowne<sup>42</sup>, oraz nawiązuje do argumentacji K. Weitzla, przedstawionej powyżej<sup>43</sup>. Natomiast nietrafnie twierdzi ona, że „przed uznaniem lub stwierdzeniem wykonalności wyroku sądu polubownego nie ma przeszkód, by sprawa została ponownie przez sąd polubowny rozpoznana i nie będzie to stanowiło podstawy do uchylenia wydanego w takim postępowaniu wyroku”<sup>44</sup>. Wadliwość takiego stanowiska wynika z niedostrzeżenia możliwości, jakie oferuje koncepcja wyczerpania zapisu, której zastosowanie prowadzi do „arbitrażowej” powagi rzeczy osądzonej (*ne bis in idem*), a w konsekwencji do niedopuszczalności ponownego rozstrzygnięcia w arbitrażu sprawy bądź kwestii wcześniej już przesądzonej przez inny sąd polubowny.

Podobnie – tj. aprobująco wobec wyroku z 2012 r. – adresują omawianą kwestię S. Frejowski<sup>45</sup> oraz A. Olaś<sup>46</sup>. Ten ostatni autor przypisuje zarazem wyrokowi z 2008 r. konsekwencję w postaci „dopuszczenia do niespektowania wyroków sądów polubownych przez nie same”<sup>47</sup>, która to konstatacja być może rzeczywiście wynika ze stanowiska SN tam wyrażonego, ale zarazem może być skorygowana przez zastosowanie

<sup>41</sup> Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 202; autorzy formułują swój pogląd przy okazji omawiania tzw. skuteczności wyroku, a cechę tę definiują jako właściwość wyroku nienadającego się do egzekucji. Niemniej także w odniesieniu do wyroków podlegających uznaniu pogląd ten jest nie do zaakceptowania.

<sup>42</sup> Zob. A. Szczęśniak, *Postępowanie cywilne – zapis na sąd polubowny – sprzeczność wyroku sądu państwowego z innym wyrokiem sądu polubownego uznanym przez sąd państwowy – klauzula porządku publicznego Rzeczypospolitej Polskiej. Glosa do wyroku SN z 13.04.2012 r., I CSK 416/11, OSP 2014/1, s. 11 i n., zwłaszcza (wyraźnie) s. 13.*

<sup>43</sup> A. Szczęśniak, *Postępowanie cywilne...*, s. 13.

<sup>44</sup> A. Szczęśniak, *Postępowanie cywilne...*, s. 14–15.

<sup>45</sup> Zob. S. Frejowski, *Związanie sądu arbitrażowego orzeczeniem sądu powszechnego, który uznał lub stwierdził wykonalność wcześniejszego wyroku sądu polubownego. Glosa do wyroku SN z 13.04.2012 r., I CSK 416/11, Glosa 2013/2, s. 63 i n.*

<sup>46</sup> A. Olaś, *Glosa do wyroków Sądu Najwyższego z 13.04.2012 r. (I CSK 416/11) oraz z 26.11.2008 r. (III CSK 163/08)*, *Studia Prawno-Ekonomiczne 2013/LXXXVIII*, s. 209 i n.

<sup>47</sup> A. Olaś, *Glosa do wyroków...*, s. 224.

koncepcji wyczerpania zapisu (nakazującej sądom polubownym właśnie respektowanie wcześniejszych orzeczeń arbitrażowych, przez wyłączenie właściwości kolejnego sądu polubownego do ponownego rozpoznania sprawy bądź kwestii prejudycjalnej dla późniejszego postępowania); tej koncepcji jednak SN w wyroku z 2008 r. nie rozważał.

Wreszcie obszernie skomentował wyrok z 2012 r. **Ł. Chyla**, trafnie zauważając w nim nowe podejście SN do kwestii „nieobjęcia wprost sądów polubownych dyspozycją art. 365 § 1 k.p.c.”<sup>48</sup>. Dostrzegając jednak ograniczenia, wynikające z akceptacji takiego stanowiska, autor proponuje stosowanie ostatnio wskazanego przepisu do sądów arbitrażowych *per analogiam*, skoro sądów tych art. 362 k.p.c. *expressis verbis* nie obejmuje<sup>49</sup>.

Naszym zdaniem propozycja autora jest nadmiernie radykalna – materie tak istotne, jak te, jakie podmioty związane są orzeczeniami innych sądów, powinny być jednak regulowane wprost przepisami postępowania cywilnego. Poza tym, propozycja ta wydaje się zbędna – (z jednej strony) koncepcja wyczerpania zapisu wyjaśnia przynajmniej to, że sądy polubowne związane są wcześniejszymi wyrokami arbitrażowymi, prejudycjalnymi dla późniejszych postępowań, a (z drugiej strony) system nadzoru państwowego nad orzecznictwem polubownym zapewnia z kolei wystarczającą kontrolę (poprzez uznanie/stwierdzenie wykonalności bądź skargę) nad tym, by sądy arbitrażowe respektowały prawomocne wyroki sądów państwowych.

### 3. Podsumowanie

Analizowane w niniejszym opracowaniu kwestie można by podsumować następująco:

1. Po pierwsze, **sąd polubowny jest związany (poprzez wyczerpanie zapisu) wyrokiem innego sądu polubownego**, wydanym w tej samej sprawie pomiędzy tymi samymi stronami bądź przesądającym kwestie prejudycjalne dla późniejszego postępowania, bez względu na to, czy wcześniejszy wyrok arbitrażowy był już uznany bądź czy została stwierdzona jego wykonalność.

Jeśli później orzekający sąd polubowny związania takiego nie respektuje, to: 1) późniejszy wyrok może zostać uchylony w trybie skargowym (na różnych podstawach, przede wszystkim zaś (a) z uwagi na utratę mocy przez klauzulę arbitrażową (bo wyczerpanie zapisu można tak właśnie kwalifikować), a tym samym z uwagi na brak właściwości sądu polubownego do rozpoznania/rozstrzygnięcia sprawy – art. 1206 § 1 pkt 1 k.p.c., ewentualnie też (b) z uwagi na naruszenie klauzuli porządku publicznego – art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c., a ponadto – jeśli wcześniejszy wyrok korzysta już z mocy prawnej równej wyrokowi sądu państwowego – to także (c) z uwagi na nierespektowanie przez sąd polubowny wcześniejszego wyroku arbitrażowego zrównanego co do mocy prawnej z prawomocnym wyrokiem sądu państwowego – art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c. w zw. z art. 1212 § 1 k.p.c.); albo wreszcie 2) późniejszy wyrok może nie zostać uznany bądź może nie uzyskać stwierdzenia wykonalności (głównie z uwagi na naruszenie klauzuli porządku publicznego – art. 1214 § 3 pkt 2 k.p.c.).

<sup>48</sup> Zob. Ł. Chyla, *Problem prejudycjalnego związania sądu polubownego wyrokami sądów powszechnych i polubownych*, Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne 2017/21, s. 68.

<sup>49</sup> Zob. Ł. Chyla, *Problem prejudycjalnego...*, s. 72–73.

2. Po drugie, **sąd polubowny nie jest związany prawomocnym wyrokiem sądu państwowego**, bo nie należy do katalogu podmiotów, do których adresowana jest norma art. 365 § 1 k.p.c. Niemniej państwowa kontrola prawidłowości orzekania przez sąd polubowny (w kluczowych dla wymiaru sprawiedliwości kwestiach) zapewniona jest przez: 1) odmowę uznania/stwierdzenia wykonalności wyroku (przede wszystkim z uwagi na klauzulę porządku publicznego – art. 1214 § 3 pkt 2 k.p.c.) bądź 2) uchylenie wyroku w trybie skargowym (czy to z uwagi na klauzulę porządku publicznego – art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c., czy z uwagi na nierespektowanie przez sąd polubowny prawomocnego wyroku sądu państwowego – art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c.).

3. Po trzecie, **sąd państwowy jest związany wyrokiem sądu polubownego**, po jego uznaniu/stwierdzeniu jego wykonalności, tj. jeśli wyrok taki został już wprowadzony do „obrotu” państwowego i w ten sposób korzysta z mocy prawnej równej wyrokowi sądu państwowego (art. 365 § 1 k.p.c. w zw. z art. 1212 § 1 k.p.c.).

\*\*\*

Powyższe wnioski można zrekapitulować w ten sposób, że **normy art. 365 i 366 k.p.c. nie wiążą sądów polubownych, ale wyroki sądów polubownych, prejudycjalne dla innych postępowań, wiążą inne sądy polubowne oraz – po wyposażeniu takich wyroków w moc prawną równą wyrokom sądów państwowych – wiążą też sądy państwowe.**

Na koniec należałoby postulować wprowadzenie stosownych zmian legislacyjnych porządkujących omawiane tu materie, bo uchylić wątpliwości trzeba, skoro orzecznictwo jest niejedolite, a doktryna podzielona. Pilnym postulatem wydaje się przede wszystkim przyjęcie unormowania, regulującego wyraźnie treść i zakres prejudycjalności oraz powagi rzeczy osądzonej wyroków arbitrażowych<sup>50</sup>, w sposób zgodny z dominującymi współcześnie europejskimi tendencjami w tym zakresie. Kilka uwag o nich zamieszczamy w kolejnej części artykułu.

### III. „ARBITRAŻOWA” *RES IUDICATA* W UJĘCIU PRAWNOPORÓWNAWCZYM

#### 1. Wprowadzenie

Dyskusję o *res iudicata* w kontekście arbitrażu międzynarodowego należy rozpocząć od wskazania, w jaki sposób doktryna ta się ukształtowała. Została ona wypracowana w ramach praktyki sądowej jako część *lex fori* (prawo miejsca siedziby sądu). Sądy polubowne, skonfrontowane z problemem *res iudicata*, najczęściej stosowały odpowiednie normy *lex fori* bez względu na prawo właściwe dla sprawy głównej.

Zadanie, przed jakim stoi sąd polubowny – polegające na ustaleniu wpływu wcześniejszego wyroku arbitrażowego na „nowe” postępowanie arbitrażowe – może wymagać wzięcia pod uwagę rozwiązań przy-

<sup>50</sup> Np. poprzez wprowadzenie przepisu (art. 11971 k.p.c.) o następującej treści: „Wyrok sądu polubownego ma, od chwili jego wydania, powagę rzeczy osądzonej tylko co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, a ponadto tylko między tymi samymi stronami”.

mowanych w kilku porządkach prawnych. Prawem właściwym do oceny takich skutków może być prawo właściwe do rozstrzygnięcia sporu (*lex causae*), prawo rządzące postępowaniem arbitrażowym (*lex arbitri*), zasady proceduralne zawarte w regulaminach danej instytucji, według których to norm toczy się lub toczyło postępowanie arbitrażowe lub wreszcie prawo miejsca wydania poprzedniego wyroku. Zadanie jest o tyle skomplikowane, że każdy z wyżej wskazanych systemów prawnych może przewidywać inny zakres oraz skutek *res iudicata* wyroku już wydanego.

Poszczególne systemy różnią się co do sposobu rozumienia skutków oraz zakresu związania wcześniejszym wyrokiem arbitrażowym sądu prowadzącego kolejne postępowanie. Z uwagi właśnie na te różnice, jednym z najważniejszych zadań sądu polubownego jest ustalenie, jakie prawo jest właściwe do oceny konsekwencji „arbitrażowej” *res iudicata*. W ostatniej części artykułu przyjrzymy się, czy (oraz jak) udało się wypracować transnarodowe normy, wspólne dla większości systemów prawnych i możliwe do zastosowania w ramach arbitrażu międzynarodowego.

## 2. *Res iudicata* w wybranych systemach krajowych

1. Doktryna *res iudicata*, rozumiana jako zasada, zgodnie z którą „wcześniejsze i ostateczne orzeczenie sądu państwowego lub trybunału arbitrażowego [sądu polubownego] jest wiążące w ramach kolejnych postępowań dotyczących tego samego przedmiotu sporu (lub roszczenia), opartych na tych samych podstawach prawnych oraz między tymi samymi stronami (tzw. potrójny test tożsamości)”<sup>51</sup>, uznawana jest za podstawową zasadę prawa międzynarodowego w rozumieniu art. 38(1)(c) statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości<sup>52</sup>.

O ile jednak doktryna *res iudicata* znana jest większości systemów prawnych, zarówno *common law*, jak i prawa kontynentalnego, to jej dokładny zakres, znaczenie i forma stosowania są inne w różnych systemach prawnych<sup>53</sup>. Wspólnym mianownikiem dla wszystkich systemów prawnych jest cel w postaci zapobieżenia kolejnemu wnoszeniu przez tego samego powoda tego samego roszczenia przeciwko temu samemu pozwanemu (tzw. potrójny test tożsamości).

Należy pamiętać, że różnice w postrzeganiu ogólnych zasad dotyczących związania wyrokiem (ang. *principles of preclusion*) sądów państwowych w systemach *common law* (szerszy zakres) i systemach prawa kontynentalnego (węższy zakres) mają bezpośrednie przełożenie na zakres związania wyrokiem sądu polubownego.

<sup>51</sup> Zob. F. De Ly, A. Sheppard, *ILA Interim Report on Res Judicata and arbitration*, Arbitration International 2009, Vol. 25, No. 1, s. 36 (wstawienie własne).

<sup>52</sup> Zob. B. Hanotiau, *Complex Arbitrations. Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International 2005, s. 239.

<sup>53</sup> Zob. F. De Ly, A. Sheppard, *ILA Interim Report ...* s. 36; B. Hanotiau, *Complex Arbitrations...*, s. 244.

**2. W państwach systemu kontynentalnego** przepisy poszczególnych kodeksów zawierają bezpośrednie wskazanie, że wyrok arbitrażowy korzysta ze skutku *res iudicata*.

We Francji, zgodnie z art. 1484(1) francuskiego kodeksu postępowania cywilnego<sup>54</sup>, wyrok arbitrażowy wywiera skutek *res iudicata* od chwili jego wydania (bez względu na to, czy złożono skargę o uchylenie wyroku)<sup>55</sup>. Jest to przepis wymuszający swoją właściwość (dotyczy podstawowych zasad funkcjonowania francuskiego systemu sądowego) i jego zastosowanie nie może być wyłączone przez strony<sup>56</sup>. Przepis ten dotyczy zarówno arbitrażu krajowego, jak i międzynarodowego<sup>57</sup>. Jednakże w przypadku wyroków wydawanych w ramach arbitrażu międzynarodowego, przyjmuje się, że wyrok, który został uchylony, nie został uznany lub odmówiono stwierdzenia jego wykonalności, nie może wywołać skutków *res iudicata* we Francji<sup>58</sup>.

Co do zasady, wyroki arbitrażowe wywołują skutki związania na tych samych zasadach, co wyroki sądów państwowych<sup>59</sup>. Jak w większości państw systemu kontynentalnego, również we Francji stosowany jest tzw. potrójny test tożsamości; jednak najnowsze orzecznictwo dopuszcza również możliwość udaremnienia wszczęcia ponownego postępowania pomiędzy tymi samymi stronami w odniesieniu do zagadnienia, które nie było, ale mogło być, rozstrzygnięte w poprzednim postępowaniu arbitrażowym<sup>60</sup>. Od 2008 r. francuski Cour de cassation uznaje zasadę „koncentracji roszczeń”, zgodnie z którą powód jest zobligowany do podniesienia wszelkich przysługujących mu roszczeń, wynikających z tych samych okoliczności faktycznych, w ramach tego samego postępowania<sup>61</sup>. Ponadto we Francji związanie wyrokiem arbitrażowym dotyczy nie tylko jego dyspozytywnej części, lecz także uzasadnienia, jeżeli w tej części znajduje się wyjaśnienie rozstrzygnięcia<sup>62</sup>.

<sup>54</sup> Art. 1484(1) francuskiego kodeksu postępowania cywilnego: „As soon as it is made, an arbitral award shall be *res iudicata* with regard to the claims adjudicated in that award”. Przepis ten dotyczy zarówno krajowego, jak i międzynarodowego arbitrażu. Tekst dostępny na [http://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH\\_LAW\\_ON\\_INTERNATIONAL\\_ARBITRATION.pdf](http://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_INTERNATIONAL_ARBITRATION.pdf).

<sup>55</sup> Zob. B. Hanotiau, *Complex Arbitrations...*, s. 243, 245.

<sup>56</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata before International Arbitral Tribunals*, rozprawa doktorska (Queen Mary i Westfield College, University of London oraz Wydział Prawa, University of Geneva), Genève 2012, para. 387.

<sup>57</sup> Art. 1506(4) francuskiego kodeksu postępowania cywilnego.

<sup>58</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 386 oraz przyp. 596.

<sup>59</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 379.

<sup>60</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 383 oraz przyp. 590 (z odesłaniem do sprawy SA *Thalès Air Défense v. GIE Euromissile*).

<sup>61</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 384 oraz przyp. 593 (z odesłaniem do sprawy *Sté G. et A Distribution SARL v. Sté Prodim SAS*).

<sup>62</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 381 („Hence, awards need not necessarily contain a dispositive part. Accordingly, the Cour de cassation has held that *res iudicata* effects should be given to the arbitral tribunal’s determinations, even if formally contained in the reasoning of the award, where the tribunal, after having analysed a given Issue, has clearly rendered a decision on the Issue”) oraz przyp. 588.

W przypadku, gdy wyrok arbitrażowy zostanie wydany z naruszeniem zasady *res iudicata* (tj. w sytuacji gdy sąd polubowny nie weźmie pod uwagę wydanego wcześniej wyroku, zarówno sądu państwowego, jaki polubownego), może zostać on uchylony, między innymi na podstawie sprzeczności z klauzulą porządku publicznego<sup>63</sup>.

Niemniej do naruszenia klauzuli porządku publicznego w kontekście *res iudicata* dojdzie jedynie wtedy, gdy wyrok sądu polubownego jest nie do pogodzenia z innym wyrokiem sądu polubownego lub państwowego<sup>64</sup>. Podstawą uchylecia mogą być również inne podstawy, w tym brak zapisu lub **jego wyczerpanie** (tj. utrata przez sąd polubowny właściwości do ponownego rozstrzygnięcia sporu już rozstrzygniętego)<sup>65</sup>, czy też wydanie przez sąd polubowny wyroku wykraczającego poza zakres mandatu powierzonego sądowi w klauzuli arbitrażowej (zapisie)<sup>66</sup>.

W Szwajcarii<sup>67</sup> kwestia *res iudicata* wyroku arbitrażowego jest również uregulowana w przepisach kodeksowych, tj. w Federal Statute on Private International Law („PILA”). Zgodnie z art. 190 PILA wyrok arbitrażowy jest ostateczny od momentu doręczenia go stronom, przy czym wyrok „ostateczny” (ang. *final*) wywołuje skutek *res iudicata*<sup>68</sup>. Zakres *res iudicata* jest badany z wykorzystaniem wspomnianego już wcześniej tzw. potrójnego testu tożsamości<sup>69</sup>.

Wszczęcie postępowania skargowego nie wpływa na wyrok arbitrażowy w tym sensie, że utraci on skutek *res iudicata* dopiero w przypadku jego uchylecia<sup>70</sup>. Jest to związane z faktem, że złożenie skargi o uchylenie wyroku arbitrażowego nie wywołuje *per se* skutku zawieszającego, tak więc wyrok cały czas będzie podlegał wykonaniu, pomimo skargi. Wyjątkiem od tej zasady jest złożenie do sądu państwowego wniosku o zawieszenie wykonania wyroku arbitrażowego<sup>71</sup>.

<sup>63</sup> Zob. G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer International Arbitration 2014, s. 3774, wskazujący na sytuację, gdy wyrok arbitrażowy nie uwzględnił wcześniej wydanego wyroku sądu państwowego (przyp. 232, wyrok paryskiego sądu apelacyjnego z 28.07.1979 r.).

<sup>64</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 392 i przyp. 608.

<sup>65</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 389 („Because an arbitral tribunal is rendered functus officio once the award is rendered, the tribunal lacks jurisdiction to reconsider a same dispute. If the tribunal reconsiders the same dispute in violation of res judicata, it acts without jurisdictional basis and the award may be challenged”). Podobnie B. Hanotiau, *Complex Arbitrations...*, s. 247 („An arbitrator who renders an award in violation of res judicata also runs the risk that the award might be subsequently set aside [...] because the tribunal has exceeded its mandate, having become functus officio upon rendering the first award”).

<sup>66</sup> Art. 1520 (3) francuskiego kodeksu postępowania cywilnego: „An award may only be set aside where [...] the arbitral tribunal ruled without complying with the mandate conferred upon it”.

<sup>67</sup> Szwajcarski Federal Statute on Private International Law, art. 190 (1): The award is final from its notification. Tekst dostępny na [https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG\\_english.pdf](https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG_english.pdf).

<sup>68</sup> M. Arroyo [w:] *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, ed. M. Arroyo, Kluwer Law International 2013, s. 204.

<sup>69</sup> Zob. N. Voser, J. Raneda, *Recent Developments on the Doctrine of Res Judicata in International Arbitration from a Swiss Perspective: A Call for a Harmonized Solution*, ASA Bulletin 2015, Vol. 33, Issue 4, s. 749.

<sup>70</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 397.

<sup>71</sup> Zob. M. Arroyo [w:] *Arbitration in Switzerland...*, s. 268.



Skutek *res iudicata* dotyczy jedynie części dyspozytywnej wyroku, jednakże uzasadnienie może być wzięte pod uwagę, jeżeli jest konieczne do wyłożenia rozumowania zawartego w części dyspozytywnej wyroku<sup>72</sup>.

W przypadku postępowania arbitrażowego mającego miejsce w Szwajcarii kwestia *res iudicata* (tj. fakt, że sprawa została już prawomocnie rozstrzygnięta) powinna być rozpatrywana przez sąd polubowny z urzędu i uznawana jest za zarzut związany z właściwością roszczenia (*admissibility*), a nie z jurysdykcją samego trybunału<sup>73</sup>. Ta konstatacja ma bezpośrednie przełożenie na podstawy, jakie mogą być wskazane na etapie skargi na uchylenie wyroku arbitrażowego. Skoro zarzut dotyczący *res iudicata* jest zarzutem z zakresu *admissibility*, a nie jurysdykcyjnym, jedyną podstawą do uchylenia wyroku arbitrażowego, który nie uwzględnił związania wcześniejszym wyrokiem sądu (państwowego lub arbitrażowego), jest naruszenie klauzuli porządku publicznego<sup>74</sup>.

To, że zasada *res iudicata* jest częścią szwajcarskiego proceduralnego porządku publicznego, zostało potwierdzone w wyroku z 27.05.2014 r. w sprawie 140 III 278 [4A\_509/2013], tj. w wyroku *South-Western Railways*<sup>75</sup>. Z kolei w przypadku wyroków arbitrażowych wydanych poza Szwajcarią, zakres związania takim wyrokiem powinien być oceniany zgodnie z przepisami prawa państwa, w którym został wydany, lecz nie może być on szerszy niż zakres przyznany przez prawo szwajcarskie<sup>76</sup>.

Również w Niemczech, zgodnie z art. 1055 ZPO, wyrok arbitrażowy wywołuje taki sam skutek jak wyrok sądu państwowego<sup>77</sup>. W sprawie I ZB 9/18, Federalny Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 11.10.2018 r. uchylił wyrok arbitrażowy z uwagi na naruszenie zasad postępowania (ang. *due process*), a co za tym idzie – na podstawie klauzuli porządku publicznego z tego względu, że sąd polubowny mający miejsce arbitrażu w Niemczech uwzględnił poprzedni wyrok arbitrażowy nie tylko w zakresie części operatywnej wyroku, lecz wziął także pod uwagę uzasadnienie, a więc zasadę *res iudicata* zastosował zbyt szeroko<sup>78</sup>. Trybunał uznał, że naruszenie powagi rzeczy osądzonej ma miejsce nie tylko wtedy, gdy sąd polubowny nie bierze pod uwagę, że jest związany wyrokiem sądu państwowego czy polubownego wydanym w odrębnym postępowaniu, ale także wtedy, gdy sąd błędnie zakłada, że jest nim związany.

<sup>72</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 399.

<sup>73</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 398 („The negative res judicata effect bars subsequent proceedings in the identical matter. If an identical action is nevertheless brought within Switzerland, such action would be met by a res judicata defence which must be considered ex officio. Granting this defence would not entail a lack of jurisdiction of the second court or arbitral tribunal, but would lead to the inadmissibility of the new proceedings”).

<sup>74</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 401.

<sup>75</sup> N. Voser, J. Raneda, *Recent Developments on the Doctrine...*, s. 744.

<sup>76</sup> S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 403.

<sup>77</sup> ZPO § 1055: „Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils” („Wyrok arbitrażowy wywołuje takie same skutki pomiędzy stronami jak ostateczny i wiążący wyrok sądu państwowego” – tłum. własne).

<sup>78</sup> Zob. M. Pika, *Third-Party Effects of Arbitral Awards: Res Judicata Against Privies, Non-Mutual Preclusion and Factual Effects*, International Arbitration Law Library 2019, Vol. 49, s. 239. Zob. też S. Tekin, *Res Judicata: An Analysis for the Sake of Public Policy*, 24.02.2019 r., Kluwer Arbitration Blog; dostępny na <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/02/24/res-judicata-an-analysis-for-the-sake-of-public-policy/>.

Zdaniem Trybunału zasada *res iudicata* należy do podstawowych zasad niemieckiego prawa procesowego z tego względu, że jest niezbędna do zagwarantowania spójności prawa (ang. *legal concord*), co czyni ją częścią krajowego porządku publicznego<sup>79</sup>.

Z kolei w Szwecji uznaje się, że z chwilą wydania wyroku arbitrażowego klauzula arbitrażowa traci swoją ważność w stosunku do danej sprawy, co można porównywać z **wyczerpaniem** zapisu (klauzuli arbitrażowej) w rozumieniu omawianym wyżej. Zarzut *res iudicata* w tym przypadku nie jest jednakże uznawany za zarzut jurysdykcyjny czy *admissibility*, lecz jako osobny zarzut *res iudicata*<sup>80</sup>.

**3. Sytuacja wygląda odmiennie w państwach z kręgu systemów *common law*.** Przede wszystkim systemy te nie opierają się na skodyfikowanych zasadach prawnych, lecz na precedensach tworzonych przez orzecznictwo. Z tego względu przesłanki oraz zakres zastosowania *res iudicata* zostały wypracowane właśnie przez judykaturę. Ponadto, w systemach *common law* rozróżnia się cztery postacie zarzutów możliwe do podniesienia przez stronę w sytuacji, gdy istnieją podstawy do powołania się na *res iudicata*, tj. *cause of action estoppel*, *Issue estoppel*, *former recovery* oraz *abuse of process*.

Zarzut *cause of action estoppel* uniemożliwia stronie ponowne wszczynanie postępowania przeciwko tej samej stronie w oparciu o taką samą podstawę prawną.

Zarzut *Issue estoppel* polega na uniemożliwieniu stronie żądania rozstrzygnięcia zagadnienia (ang. *Issue*), które zostało już rozstrzygnięte w ramach poprzedniego postępowania.

Zarzut *former recovery* odnosi się do sytuacji, kiedy strona, która uzyskała już wyrok zasądający na swoją korzyść, próbuje wystąpić po raz kolejny z roszczeniem, aby uzyskać kolejny korzystny wyrok zasądający<sup>81</sup>.

Wreszcie zarzut *abuse of process* polega na uniemożliwieniu stronie występowania z roszczeniami, które mogły zostać wniesione we wcześniejszym postępowaniu<sup>82</sup>. W tym kontekście można też mówić o zasadzie koncentracji roszczeń, tj. że wszystkie dostępne roszczenia winny zostać podniesione w ramach jednego postępowania.

W Wielkiej Brytanii już od XVIII w. przeważa stanowisko, że w przypadku *res iudicata* zarzuty, jakie mogą być podniesione w stosunku do wyroku sądu państwowego, mogą mieć zastosowanie również do wyroków arbitrażowych<sup>83</sup>. Ponadto, te same wymogi, jakie są konieczne do przyjęcia, że wyrok sądu państwowego

<sup>79</sup> Zob. T. Niedermaier, E. Peiffer, *Obedience without order – application of res iudicata where not applicable as a ground for setting aside an arbitral award*, 25.01.2019 r., Lexology; dostępny na <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=35488498-5d9b-4260-9b54-884edd0c781b>.

<sup>80</sup> Zob. G. Walters, *Fitting a Square Peg into a Round Hole...*, s. 669.

<sup>81</sup> Zob. B. Hanotiau, *Complex Arbitrations...*, s. 243.

<sup>82</sup> Zob. *Henderson v. Henderson* [1843–1860] All ER Rep. 378.

<sup>83</sup> Zob. F. De Ly, A. Sheppard, *ILA Interim Report...*, s. 45.

wywołuje skutek *res iudicata* – tj. ostateczne rozstrzygnięcie kwestii merytorycznej przez kompetentny sąd w danej jurysdykcji – mają również zastosowanie do wyroków arbitrażowych<sup>84</sup>. Natomiast sam English Arbitration Act nie wskazuje, aby wyrok arbitrażowy miał skutek *res iudicata*, choć stanowi zarazem, że wyrok sądu arbitrażowego, powołanego na podstawie zapisu na sąd polubowny (klauzuli arbitrażowej), jest ostateczny i wiąże strony postępowania, chyba że co innego uzgodniono<sup>85</sup>. Co do zasady, wyrok arbitrażowy wydany w Anglii wywołuje skutki prawne od chwili wydania.

Sądy angielskie konsekwentnie zajmują stanowisko, że wyrok arbitrażowy rozstrzygający o danym roszczeniu wyczerpuje to roszczenie (ang. *extinguishes*), które następnie staje się immanentną częścią wyroku arbitrażowego. Prawo strony wnoszącej roszczenie ulega przeobrażeniu w prawo do wykonania korzystnego dla niej wyroku. Każda ze stron nie może zatem ponownie dochodzić rozstrzygniętego roszczenia na późniejszym etapie postępowania arbitrażowego lub w nowym postępowaniu arbitrażowym. Innymi słowy, strony nie mogą dochodzić ani zaprzeczać istnieniu lub nieistnieniu roszczenia w kolejnych postępowaniach arbitrażowych<sup>86</sup>.

W Stanach Zjednoczonych sposób podejścia do doktryny *res iudicata* jest podobny do podejścia angielskiego, z tą różnicą, że w określonych przypadkach doktryna ta znajduje zastosowanie do osób trzecich<sup>87</sup>. Amerykańskie sądy państwowe stoją na stanowisku, że „arbitrzy nie są wolni w ignorowaniu rozstrzygającego skutku wcześniejszych orzeczeń wydanych z uwagi na doktrynę *res iudicata* oraz *collateral estoppel*”<sup>88</sup>.

Podobnie sądy w Indiach, Australii i Nowej Zelandii potwierdziły, że wyroki arbitrażowe korzystają ze skutku *res iudicata*<sup>89</sup>.

4. Różnice pomiędzy systemami kontynentalnym i *common law* co do skutków *res iudicata* znalazły swoje odzwierciedlenie w treści prawa modelowego UNCITRAL (ustawa modelowa)<sup>90</sup>. Zgodnie z art. 35 (1) ustawy modelowej „wyrok arbitrażowy, niezależnie od tego, w jakim państwie został wydany, zostanie uznany jako wiążący”<sup>91</sup>.

<sup>84</sup> Zob. F. De Ly, A. Sheppard, *ILA Interim Report...*, s. 46.

<sup>85</sup> Zob. art. 58 English Arbitration Act: Effect of Award: (1) Unless otherwise agreed by the parties, an award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement is final and binding both on the parties and on any persons claiming through or under them. (2) This does not affect the right of a person to challenge the award by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part; dostępny na <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/58>.

<sup>86</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 350.

<sup>87</sup> Zob. F. De Ly, A. Sheppard, *ILA Interim Report...*, s. 46. Zarzut Issue estoppel, który polega na uniemożliwieniu stronie żądania rozstrzygnięcia zagadnienia (ang. *Issue*), które zostało już rozstrzygnięte w ramach poprzedniego postępowania w US nazywane Issue preclusion może być podnoszone przez osobę trzecią.

<sup>88</sup> Zob. G. Born, *International Commercial...*, s. 3774.

<sup>89</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 344.

<sup>90</sup> Zob. Ustawa modelowa UNCITRAL 1985, z poprawkami przyjętymi w 2006 r.; dostępna na [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf).

<sup>91</sup> Zob. art. 35(1) ustawy modelowej UNCITRAL („an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding [...]”) (tłum. własne); dostępny na [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf).

Nie zawarto tam jednak bardziej dokładnego wskazania, jaki jest zakres tego związania. Zgodnie z *travaux preparatoires* określenie „zostanie uznany jako wiążący” odnosi się do skutku *res iudicata*. Nie ma jednak wskazania, czy dotyczy to tylko części dyspozytywnej, czy całego wyroku<sup>92</sup>. Nie ma też wskazania dokładnego momentu, w którym wyrok arbitrażowy staje się wiążący. W czasie prac nad ustawą rozważano trzy momenty: 1) chwilę wydania wyroku; 2) chwilę otrzymania przez strony wyroku oraz 3) upływ terminu na złożenie skargi o uchylenie wyroku. Ponieważ nie doszło do porozumienia pomiędzy delegatami, żadna z tych koncepcji nie znalazła drogi do ostatecznego tekstu ustawy modelowej<sup>93</sup>.

5. Specyfika poszczególnych systemów prawnych jest przyczyną również i tego, że ani Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku 1.06.1958 r. (konwencja nowojorska)<sup>94</sup>, ani inne regionalne konwencje arbitrażowe nie odnoszą się bezpośrednio do skutków związania wyrokami arbitrażowymi, pozostawiając tę kwestię do rozstrzygnięcia przez poszczególne systemy krajowe. W art. III konwencji nowojorskiej strony konwencji (państwa sygnatariusze) zobowiązały się jedynie do uznania wyroku arbitrażowego za wiążący i wykonania go zgodnie z regułami procedury obowiązującej tam, gdzie dochodzi się praw z wyroku. Jak twierdzi G. Born, nie mogłoby dojść do tego typu uznania, gdyby wyrok arbitrażowy nie wywoływał skutków prekluzyjnych (*res iudicata*) w sądach krajowych, uniemożliwiając stronom powtórne rozstrzygnięcie sporu, który został już rozstrzygnięty w sposób „wiązący” poprzez postępowanie arbitrażowe<sup>95</sup>. Z kolei B. Hanotiau wprost wskazuje, że art. III konwencji nowojorskiej przewiduje, że wyroki arbitrażowe wywierają skutek *res iudicata*<sup>96</sup>. Podobne wnioski można wysnuć z przepisu art. II konwencji nowojorskiej, zobowiązującego państwa sygnatariuszy do uznania i wykonania zapisu na sąd polubowny. Jedynym z najważniejszych praw, jakie wynikają z zawarcia przez strony umowy o arbitraż, jest właśnie prawo do uzyskania wiążącego wyroku.

### 3. Ustalenie prawa właściwego dla rozstrzygnięcia skutków oraz zakresu związania

1. Z uwagi na poufny charakter postępowań arbitrażowych nie ma zbyt wielu dostępnych wyroków arbitrażowych, które wskazywałyby, w jaki sposób sądy polubowne poradziły sobie z kwestią związania uprzednio wydanymi wyrokami arbitrażowymi<sup>97</sup>. Niemniej pewne jest, że doktryna *res iudicata* jest uznawana w arbitrażu międzynarodowym za obowiązującą. Przykładowo w sprawie ICC nr 2475 i 2762 sąd polubowny stwierdził, że „paradoksalne byłoby twierdzenie, że orzeczenie arbitrażowe pod auspicjami ICC nie będzie związane orzeczeniem wydanym wcześniej przez innego arbitra między tymi samymi stronami w tej samej sprawie i wydanym również pod auspicjami ICC”<sup>98</sup>. Z kolei w sprawie ICC nr 3267 sąd polubow-

<sup>92</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 405 oraz przypis 636 powołujący dokumenty negocjacyjne UNCITRAL.

<sup>93</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 407 oraz przypis 638 powołujący dokumenty negocjacyjne UNCITRAL.

<sup>94</sup> Zob. Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku 10.06.1958 r. (Dz.U. z 1962 r. Nr 9, poz. 41).

<sup>95</sup> Zob. G. Born, *International Commercial...*, s. 3744.

<sup>96</sup> Zob. B. Hanotiau, *Complex Arbitrations...*, s. 247.

<sup>97</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 435.

<sup>98</sup> Zob. G. Born, *International Commercial...*, s. 3775 oraz przyp. 235, powołujący wyrok w sprawach ICC Case Nos. 2475 i 2762, w: *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, eds. S. Jarvin, Y. Derains, 325, 328 (1990).

ny zwrócił uwagę, że skoro wcześniejszy wyrok częściowy nie został zakwestionowany przez pozwanego, „stał się on *res iudicata* pomiędzy stronami i jest wiążący dla tego sądu polubownego”<sup>99</sup>.

Jak wynika z badań przeprowadzonych przez S. Schaffstein, sądy polubowne uznają się za związane, na podstawie doktryny *res iudicata*, uprzednio wydanymi wyrokami arbitrażowymi; nie wskazują jednak wprost, jaka jest podstawa prawna, z której obowiązek taki wynika<sup>100</sup>. Jeżeli już nawet porządek prawny został wskazany, to skład sądu polubownego zwykle nie poświęca wyjaśnieniu tej kwestii zbyt wiele uwagi<sup>101</sup>. Jednak w przypadku zagadnień prawnych dotyczących związania sądu polubownego uprzednio wydanym wyrokiem innego sądu polubownego sądy polubowne najczęściej sięgają do *lex arbitrii* i rozwiązań krajowych dotyczących *res iudicata* wypracowanych na potrzeby postępowań przed sądami państwowymi<sup>102</sup>.

Pojawiający się wówczas problem jest taki, że kwestia powagi rzeczy osądzonej (w szerokim znaczeniu tego pojęcia) jest szczegółowo regulowana przez krajowe systemy prawa kontynentalnego. To z kolei stoi w opozycji do podstawowej zasady arbitrażu międzynarodowego, jaką jest możliwie minimalna regulacja kwestii z nim związanych. Schaffstein twierdzi, że „przyjęcie zasady *res iudicata* [w ramach arbitrażu międzynarodowego] mogłoby zagrozić zasadzie [autonomii stron] oraz [związanej z nią] elastyczności postępowania i sprawić, że postępowanie arbitrażowe stanie się bardziej podobne do postępowania sądowego, czego właśnie strony próbują uniknąć, dokonując zapisu na sąd polubowny”<sup>103</sup>. Wskazuje ona, że przez lata wiodąca doktryna arbitrażowa przestrzegała przed wprowadzaniem zbyt wielu regulacji, które mogłyby doprowadzić do tego, że postępowanie arbitrażowe zaczęłoby przypominać postępowanie sądowe<sup>104</sup>. Z tego też stanowiska wywodzi się koncepcja, aby kwestie związane z zakresem związania poprzednimi wyrokami i szeroko pojętą *res iudicata* (w ramach arbitrażu międzynarodowego) traktować zgodnie z zasadą wzajemnego poszanowania (ang. *mutual respect and comity*). Mając na uwadze tę zasadę, sądy polubowne, skonfrontowane z pytaniem o zakres związania uprzednio wydanym wyrokiem sądu państwowego czy polubownego, rozstrzygałyby te pytania na zasadzie *ad hoc*, w oparciu o realia danej sprawy. Natomiast ewentualne „konflikty” pomiędzy poszczególnymi wyrokami byłyby rozstrzygane przez sądy państwowe na etapie skarg o uchylenie lub w ramach postępowania o uznanie czy wykonanie wyroku<sup>105</sup>. Stosowanie takiego podejścia wymagałoby jednak szerokiej akceptacji wytycznych w zakresie *res iudicata*, o co niełatwo.

<sup>99</sup> Zob. G. Born, *International Commercial...*, s. 3775 oraz przyp. 235, powołujący wyrok w sprawie ICC Case No. 3267 [w:] XII Y.B. Comm. Arb. 87, 88–9 (1987).

<sup>100</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 440.

<sup>101</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 439.

<sup>102</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 440.

<sup>103</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 506 (tłum. własne).

<sup>104</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 506.

<sup>105</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 507.

2. Z tego względu można wskazać na trzy różne podejścia, możliwe do zastosowania przez sądy polubowne w celu ustalenia prawa właściwego przy ocenie kwestii *res iudicata*, tj. 1) podejście oparte na prawie kolizyjnym; 2) podejście prawnoporównawcze i 3) podejście transnarodowe<sup>106</sup>.

Podejście oparte na prawie kolizyjnym zakłada wykorzystanie norm prawnokolizyjnych danego systemu prawnego, właściwego do oceny skutków oraz zakresu działania *res iudicata*. Jednakże ustalenie, który system jest właściwy, powiązane jest z rozstrzygnięciem, czy *res iudicata* należy do reguł procesowych czy do prawa materialnego danego państwa. Tutaj opinie są podzielone i różne systemy prawne różnie rozstrzygają tę kwestię. Przeważający pogląd uznaje *res iudicata* za część prawa procesowego; jednakże w krajach systemu *common law res iudicata* uznawana jest za część prawa materialnego<sup>107</sup>. Z kolei we Francji zagadnienie to jest bardzo kontrowersyjne, ponieważ negatywny aspekt *res iudicata* (tj. że skład orzekający nie może orzekać po raz drugi w tej samej sprawie pomiędzy tymi samymi stronami) jest domeną prawa proceduralnego, natomiast jej pozytywny aspekt (tj. że skład orzekający jest związany wcześniejszym wyrokiem) dotyczy już *meritum* i jest kwestią prawa rządzącego sporem.

W doktrynie trwa dyskusja czy prekluzyjny skutek wyroku powinien być oceniany z punktu widzenia prawa materialnego czy procesowego<sup>108</sup>. Wynika to z faktu, że wyrok taki tworzy nowy stosunek prawny pomiędzy stronami (w realiach polskich: w przypadku wyroków konstytucyjnych), a przynajmniej dotychczasowy stosunek prawny znacznie wzbogaca (np. w realiach polskich: w kwestii przedawnienia roszczeń objętych wyrokiem). Z tego też względu ocena jego skutków prawnych będzie podobna do merytorycznej oceny przedmiotu sporu, a co za tym idzie – do zastosowania prawa właściwego do rozstrzygnięcia sporu. Problem, jaki nastroczać może to podejście (oraz jego krytyka), odnosi się do faktu, że *res iudicata* (w przypadku postępowań przed sądami państwowymi) z reguły należy do prawa procesowego danego państwa<sup>109</sup>.

Rekomendacje ILA, o których szerzej napiszemy poniżej, wskazują na rozwiązanie francuskie, uznając rozróżnienie pomiędzy pozytywnym i negatywnym skutkiem *res iudicata*. Z tego też względu powoływanie się na związanie wcześniej wydanym wyrokiem arbitrażowym jest dopuszczalne, jednakże tylko o tyle, o ile pozwalają na to normy procesowe mające zastosowanie do postępowania arbitrażowego (stosowne regulaminy czy *lex arbitri*)<sup>110</sup>.

Drugie podejście, tj. podejście prawnoporównawcze, polega na odnajdywaniu ogólnych zasad *res iudicata* wspólnych dla większości państw. W braku możliwości ustalenia takiej normy, byłaby ona wywodzona z krajowych regulacji dotyczących *res iudicata*, wynikających z przepisów mających zastosowanie do postępowań sądowych w danym państwie<sup>111</sup>.

<sup>106</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 512.

<sup>107</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 512.

<sup>108</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 514 i przypisy 736-741.

<sup>109</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 514, 516.

<sup>110</sup> F. De Ly, A. Sheppard, *ILA Final Report on Lis Pendens and Arbitration, Arbitration International 2009 Vol. 25*, para. 66.

<sup>111</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 525.

Trzecie podejście zakłada stworzenie „transnarodowej arbitrażowej *res iudicata*”. Podejście to zakłada stworzenie autonomicznych zasad, oderwanych od przepisów krajowych, a stworzonych specjalnie z myślą o międzynarodowych postępowaniach arbitrażowych i uwzględniających ich szczególny charakter<sup>112</sup>. Ucieleśnieniem tego podejścia są rekomendacje ILA opisane poniżej. Problem z tym podejściem związany jest z brakiem podstawy prawnej do wywodzenia norm o charakterze transnarodowym.

#### 4. Międzynarodowe normy dotyczące skutków związania wyrokami arbitrażowymi

1. Jak wskazano powyżej, systemy prawne poszczególnych państw różnią się co do postrzegania zakresu oraz skutków wyroków sądów polubownych dla późniejszych postępowań arbitrażowych. Należy też pamiętać, że krajowe przepisy proceduralne, przepisy prawa materialnego i normy kolizyjne będące częścią *lex arbitri* nie są stosowane w międzynarodowych postępowaniach arbitrażowych w taki sam sposób, jak w ramach postępowania toczących się przed sądami krajowymi. W związku z tym krajowe zasady *res iudicata* obowiązujące w miejscu postępowania arbitrażowego nie powinny być transponowane bezpośrednio (czy wprost) do postępowania arbitrażowych<sup>113</sup>.

2. W celu zebrania i skodyfikowania zasad dotyczących prejudycjalności wyroków oraz doktryny *res iudicata*, Konferencja ILA (International Law Association) powołała komisję, której celem było zbadanie kwestii stosowania *res iudicata* w poszczególnych krajowych systemach prawnych, a następnie przygotowanie rekomendacji co do implementacji zasad *res iudicata* przez sądy polubowne w ramach rozstrzyganych przez nie sporów w arbitrażu międzynarodowym. Komisja ostatecznie przygotowała dwa raporty. Raport częściowy zarysował skalę różnic pomiędzy poszczególnymi systemami prawnymi oraz postawił pytania, na które odpowiedzi pozwoliłyby na stworzenie spójnych zasad postępowania w ramach arbitrażu międzynarodowego. W raporcie tym Komisja zwróciła uwagę na różne konstelacje sytuacji faktycznych, w ramach których może pojawić się problem *res iudicata*. Obok relacji pomiędzy wyrokiem częściowym a ostatecznym, wyrokami sądów państwowych a sądów polubownych, wskazano na relacje pomiędzy wyrokami wydanymi przez dwa sądy polubowne. Komisja zdecydowała, że dalsze swoje prace poświęci głównie tej ostatniej kwestii.

W raporcie końcowym Komisja zaprezentowała rekomendacje co do stosowania zasad związania sądów polubownych wyrokami arbitrażowymi w ramach postępowania arbitrażu międzynarodowego. Najpierw Komisja zaznaczyła różnice w podejściu do kwestii *res iudicata* w ramach poszczególnych krajowych systemów prawnych. Ponadto zwrócono uwagę, że to, w jaki sposób postrzegane są skutki *res iudicata* w stosunku do wyroków sądów państwowych, niekoniecznie powinno mieć zastosowanie w ramach arbitrażu międzynarodowego<sup>114</sup>. Niemniej Komisja uznała, że analiza poszczególnych rozwiązań stosowanych przez systemy

<sup>112</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 529–530.

<sup>113</sup> Zob. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata...*, para. 523.

<sup>114</sup> Zob. F. De Ly, A. Sheppard, *ILA Final Report...*, s. 72 („International arbitral awards in accordance with the Recommendations are to be treated differently than judgments. This is due to the differences between international commercial arbitration and domestic court dispute settlement, as well as to the international character of arbitration, which should not be reduced to domestic notions regarding *res iudicata* that are valid in a domestic setting but are hardly appropriate in an international context”).

krajowe pozwala na wyodrębnienie pewnych norm ogólnych (reguł transnarodowych), które mogłyby znaleźć zastosowanie w ramach arbitrażu międzynarodowego.

Z uwagi na istotne różnice w postrzeganiu zakresu oraz skutków *res iudicata* w systemach krajowych, raport nie posługuje się określeniem *res iudicata*, lecz *conclusive and preclusive effect*, co oznacza „wiązący i prekluzyjny skutek”, a to z kolei pojęciowo odpowiada (opisywanemu powyżej) związaniu „pozytywnemu” i „negatywnemu” wcześniejszym wyrokiem sądu polubownego.

Warto też zwrócić uwagę, że Komisja, mimo zaznaczenia, że zasada *res iudicata* w wielu systemach prawa należy obszaru prawa procesowego, nie wykluczyła możliwości zastosowania innych koncepcji w tym zakresie<sup>115</sup>. Chodzi tu głównie o analizę *res iudicata* i jej konsekwencji przez pryzmat zobowiązań materialnoprawnych stron. Komisja wskazuje tu na zasadę *pacta sunt servanda* oraz sytuację, gdy strony zgodziły się na arbitraż instytucjonalny, gdzie regulamin wybranej instytucji mówi o tym, że wyrok jest ostateczny i wiążący<sup>116</sup>. Na tej podstawie możliwe byłoby uniemożliwienie stronie ponownego wszczęcia postępowania arbitrażowego w sytuacji wcześniejszego wydania wyroku sądu polubownego w tej samej sprawie i pomiędzy tymi samymi stronami bądź uznanie, że klauzula arbitrażowa stała się nieoperatywna (ang. *inoperative*)<sup>117</sup>, co jest już niezbyt odległe od koncepcji „wyczerpania” zapisu (klauzuli arbitrażowej), prezentowanej powyżej.

3. Przechodząc do treści samych rekomendacji (o charakterze *soft law*), wskazują one na wagę skuteczności i ostateczności w międzynarodowym arbitrażu handlowym, wobec czego skutek prekluzyjny wyroku arbitrażowego (związanie „negatywne”) jest niezbędny (rekomendacja 1); powinien on być jednak oceniany nie tylko przez pryzmat prawa krajowego, lecz także przez pryzmat transnarodowych norm międzynarodowego arbitrażu handlowego (rekomendacja 2).

Z kolei w rekomendacji 3 opisano przesłanki niezbędne do przypisania wyrokowi arbitrażowemu skutku prekluzyjnego, tj. 1) że powinien on mieć moc ostateczną i wiążącą w państwie, w którym został wydany, oraz że nie występują przeszkody do uznania tego wyroku za ostateczny i wiążący w państwie, w którym toczy się kolejne postępowanie arbitrażowe; 2) że rozstrzygnięto w nim o roszczeniu (*claim*), podnoszonym w kolejnym postępowaniu arbitrażowym, oraz 3) że wyrok oparty jest na podstawie prawnej (*cause of action*), wskazywanej również w kolejnym postępowaniu arbitrażowym, i wreszcie 4) że wyrok ten wydany został pomiędzy tymi samymi stronami<sup>118</sup>.

Zgodnie z rekomendacją 4 proponuje się przyznanie skutku prekluzyjnego (związania „negatywnego”) również tym partiom uzasadnienia wyroku, które są niezbędne do zinterpretowania rozstrzygnięcia zawartego w jego części dyspozytywnej. Kolejny sąd polubowny jest również związany rozstrzygnięciem

<sup>115</sup> Zob. F. De Ly, A. Sheppard, *ILA Interim Report...*, s. 64.

<sup>116</sup> Zob. F. De Ly, A. Sheppard, *ILA Final Report...*, s. 69, oraz F. De Ly, A. Sheppard, *ILA Interim Report on Res Judicata...*, s. 64.

<sup>117</sup> Zob. F. De Ly, A. Sheppard, *ILA Interim Report...*, s. 64.

<sup>118</sup> Zob. ILA Resolution No. 1/2006, Annex 2: Recommendations on res iudicata and arbitration [https://www.trans-lex.org/803600/\\_/international-law-association-resolution-no-1-2006-annex-2:-recommendations-on-res-judicata-and-arbitration/](https://www.trans-lex.org/803600/_/international-law-association-resolution-no-1-2006-annex-2:-recommendations-on-res-judicata-and-arbitration/).



co do faktów czy prawa, jeżeli miało ono istotne znaczenie dla dyspozytywnej części wyroku. W ten sposób rekomendacja 4 przyjęła anglosaskie rozróżnienie zarzutów procesowych, tj. *cause of action estoppel*, *Issue estoppel*, oraz *former recovery*<sup>119</sup>.

Natomiast kolejny zarzut – tj. nadużycie prawa procesowego – ujęty został w rekomendacji 5, w myśl której wcześniejszy wyrok arbitrażowy może wywołać skutek prekluzyjny dla późniejszego postępowania, gdy chodzi o roszczenie, podstawę prawną powództwa czy kwestie faktyczne lub prawne, które mogły zostać wcześniej podniesione, o ile występuje zarazem przesłanka nieuczciwości lub nadużycia prawa procesowego, której jednak należy dopatrywać się ze stosowną rozważą<sup>120</sup>.

Wreszcie, w rekomendacjach 6 oraz 7 nie przewidziano żadnego terminu na zgłoszenie zarzutu związania wcześniejszym wyrokiem arbitrażowym, choć powinno to nastąpić niezwłocznie, z uwzględnieniem jednak przepisów prawa miejsca arbitrażu (*lex arbitrii*) oraz postanowień stosownych regulaminów arbitrażowych<sup>121</sup>. Ponadto, skutek prekluzyjny wyroku ma być wynikiem zarzutu zgłoszonego przez stronę, tj. nie może być ustalany z urzędu przez sąd polubowny.

Komisja ILA nie zajęła natomiast stanowiska, czy skutek prekluzyjny wyroku (związanie „negatywne”) jest wynikiem zarzutów jurysdykcyjnych, czy zarzutów skierowanych przeciwko właściwości roszczenia (*admissibility*), z uwagi na zbyt duże rozbieżności pomiędzy poszczególnymi systemami krajowymi w podejściu do tej kwestii<sup>122</sup>.

## 5. Podsumowanie

Wspierane przez nas podejście – tj. wyjaśnienie związania („pozytywnego” bądź „negatywnego”) kolejnego sądu polubownego wcześniej wydanym wyrokiem arbitrażowym w kategoriach wyczerpania zapisu (klauzuli arbitrażowej) – znajduje potwierdzenie w rozwiązaniach stosowanych w innych państwach. Najbliższe jest ono prawu francuskiemu (i szwedzkiemu), gdzie rozstrzygnięcie sporu powoduje utratę mocy zapisu na arbitraż (klauzuli arbitrażowej). Choć nie wspomina się tam o wyczerpaniu zapisu, to jednak konsekwencje prawne są podobne, skoro sąd polubowny powinien uznać się za niewłaściwy do rozstrzygnięcia sporu w przypadku wydania przez inny sąd polubowny wyroku w tej samej sprawie i pomiędzy tymi samymi stronami. Podobne rozwiązanie zostało zasygnalizowane w Raporcie częściowym Komisji ILA; nawiązuje ono do koncepcji nieoperatywności (*inoperativeness*) klauzuli arbitrażowej, w sytuacji wcześniejszego wydania „ostatecznego i wiążącego” wyroku w sprawie, gdy kolejne postępowanie arbitrażowe miałyby rozstrzygać kwestie już w nim (i pomiędzy tymi samymi stronami) przesądzone.

---

<sup>119</sup> Zob. F. De Ly, A. Sheppard, *ILA Final Report...*, s. 77–78.

<sup>120</sup> Zob. F. De Ly, A. Sheppard, *ILA Final Report...*, s. 80.

<sup>121</sup> Zob. F. De Ly, A. Sheppard, *ILA Final Report...*, s. 81.

<sup>122</sup> Zob. F. De Ly, A. Sheppard, *ILA Final Report...*, s. 81.

# *Dissenting opinions in arbitral awards – Issues of recognition and enforcement in different jurisdictions with special focus on the Issue of secrecy of deliberations*

Zuzanna Ewa Cieplińska<sup>1</sup>

---

## 1. INTRODUCTION

Dissenting opinions remain a controversial topic for a debate in the international commercial arbitration community. Even though there are jurisdictions, which clearly allow dissenting opinions, there are some, where this Issue is still unclear, like for example Germany. Currently, more attention is paid to dissenting opinions and the Issue of confidentiality of tribunal's deliberations, especially following the recent decision rendered by the Frankfurt Higher Regional Court on 16.01.2020.<sup>2</sup> The case was touching upon the Issue of admissibility of dissenting opinions and its conflict with the confidentiality / secrecy of deliberations. Another consideration to be taken into account is that of independence of dissenting arbitrators and whether the reasons for dissent are genuine.

While generally under Swiss or German law, dissenting opinions are not necessarily contrary to national law, some Issues regarding secrecy of deliberations and impartiality of arbitrators are still being raised in case law.<sup>3</sup> The People's Republic of China, Spain, the UAE, Brazil and Poland on the other hand clearly permit dissenting opinions in their national arbitration acts.<sup>4</sup> Belgian law approaches the Issue differently and thereby dissenting opinions cannot be included in the awards and may be the basis for the setting aside of an award on the basis that they are contrary to public policy.<sup>5</sup> This article will address the Issues of confidentiality of deliberations from national laws perspective as well as the institutional one (ICC standing).

---

<sup>1</sup> LLM in International Commercial Arbitration, ENO at Credit Suisse General Counsel Division, former trainee at Australian Disputes Centre and Australian Centre for International Commercial Arbitration.

<sup>2</sup> 26 Sch 14/18 [2020] OLG Frankfurt 26. Zivilsenat; BGer. 4P. 154/2005 P [2005] Tribunal Fédéral Suisse para 6.2.

<sup>3</sup> L. Levy, *Dissenting Opinions in International Arbitration in Switzerland*, Arbitration International 1989, Vol. 5, Issue 1, p. 35; B. Berger, F. Kellerhals, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Stämpfli Verlag AG 2006, p. 1369.

<sup>4</sup> Article 53 of Arbitration Law of People's Republic of China [1994]; Article 39(1) of Law on International Commercial Arbitration of Bulgaria [1988]; Article 24(2) of the Brazilian Arbitration Act [1996]; Article 37 (3) of Spanish Arbitration Act 60/2003 [2003]; Art. 41(2) of UAE Federal Arbitration Law No. 6 [2008]; Article 1195 (2) of the Polish Civil Procedure Act; Arbitration Rules of the Court of Arbitration at The Polish Chamber of Commerce Article 40 (6).

<sup>5</sup> J. Sutcliffe, L. Greenwood, *Dissenting Opinions In Arbitration Awards: More Trouble Than They Are Worth?*, Mealey's International Arbitration Report 2009, Vol. 24, Issue 5, p. 19; L. Creyf, C. Erkelens, *Dissenting Opinions in Arbitral Awards*, Two Birds 2007 (available at [www.twobirds.com/English/News/Articles/Pages/Dissenting\\_opinions\\_arbitral\\_awards.aspx](http://www.twobirds.com/English/News/Articles/Pages/Dissenting_opinions_arbitral_awards.aspx)), accessed 20.03.2021).

The author will further focus on the Issue of the admissibility of dissenting opinions in different jurisdictions and shed a light on different national approaches, especially those of Germany, France and England, and will further touch upon concerns related to impartiality of arbitrators in relation to dissenting opinions.

## 2. CONFIDENTIALITY OF DELIBERATIONS

The deliberations of arbitral tribunal, as a matter of principle, should be kept confidential.<sup>6</sup> There is, however, no such provision, in either the UNCITRAL Model Law,<sup>7</sup> or many national laws including Singapore, Hong Kong, Sweden, the United Kingdom or the United States.<sup>8</sup> The ICC only extends the confidentiality obligation to the Court, but not the tribunal itself.<sup>9</sup> Swiss arbitration rules refer to confidentiality of deliberations in Article 44(2): ‘The deliberations of the tribunal are confidential’.<sup>10</sup> The Arbitration Rules of The Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce (SAKIG Arbitration Rules) in Rule 40(3) provide that “the Arbitral Tribunal shall Issue the award after conducting closed consultations.”<sup>11</sup>

Even though there is no explicit provision on the confidentiality of deliberations in the UNCITRAL Model Law and in many national jurisdictions, it is, however, taken as a general principle that they in fact should be conducted as such, as concluded e.g. by Gary Born, Emmanuel Gaillard and Alan Redfern.<sup>12</sup> However, dissenting opinions would not necessarily go against this principle. As analyzed by Jacques Werner, dissenting opinions only set out ‘a different evaluation of the fact of the case’ without necessarily ‘betraying the content of deliberations’.<sup>13</sup>

<sup>6</sup> M. Schifferl, V. Wong, *VIAC Rules of Arbitration 2018, Article 35 [Decisions of the Arbitral Tribunal]* [in:] *Vienna International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber. Handbook VIAC Rules of Arbitration and Mediation: A Practitioner’s Guide*, ed. Katharina Plavec, 2nd ed., Vienna 2019, p. 261-265; J. Werner, *Dissenting Opinions: Beyond Fears*, *Journal of International Arbitration* 1992, Vol. 9, Issue 4, p. 23-30.

<sup>7</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration [1985].

<sup>8</sup> M. Goldstein, *Living (or not) with the partisan arbitrator: are there limits to deliberations secrecy?*, *Arbitration International* 2016, vol 32, Issue 4, p. 589-600.

<sup>9</sup> Appendix I to ICC Arbitration Rules [2021] Article 8, Appendix II to ICC Arbitration Rules [2021] Article 1, ICC Arbitration Rules [2021] Article 22 (3).

<sup>10</sup> Swiss Rules of International Arbitration [2012], Article 44 (2); M. Goldstein, *Living with the partisan arbitrator...*, p. 590-594.

<sup>11</sup> Arbitration Rules of the Court of Arbitration At The Polish Chamber of Commerce Article 40 (3).

<sup>12</sup> G. Born, *International Commercial Arbitration -2nd edition*, Kluwer International Arbitration 2014, p. 2269-70; E. Gaillard, J. Savage (eds), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer International Arbitration 1999, p. 750; A. Redfern, *The 2003 Freshfields Lecture – Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly*, *Arbitration International* 2004, Vol. 20, Issue 3, p. 223; M. Goldstein, *Living with the partisan arbitrator...*, p. 590-594.

<sup>13</sup> J. Werner, *Dissenting Opinions...*, p. 23-30.

## 2.2 Frankfurt Higher Regional Court's decision

The main Issue raised in the Frankfurt Higher Regional Court case was that a dissent violates the confidentiality of tribunal's deliberations. Some other implications were: the impact of the dissent on the integrity of the arbitral proceedings and the independence of members of the arbitral tribunal. It is still disputed whether dissenting opinions are contrary to German public policy, however, in *obiter dictum* the court has expressed that:

“there are good reasons to suggest that the disclosure of a dissenting opinion is inadmissible in domestic arbitration proceedings and violates the principle of secrecy of deliberations, which also applies to domestic arbitral tribunals [...]”<sup>14</sup>

The *obiter dictum* furtherly highlights the importance of the secrecy of judicial deliberations under German law (Section 1059 para. 2 no. 1 (b) of the German Code of Civil Procedure)<sup>15</sup> and even though it does not directly indicate that the secrecy also covers arbitral tribunals, there is a strong indication that it may be the case. The Court further stated that the purpose of confidentiality of deliberations aims to protect impartiality and independence of arbitrators and that the breach of secrecy of deliberation could thus be violating Germany's public policy.<sup>16</sup>

The decision of the Frankfurt Higher Regional Court was followed by the German Federal Court's of Justice rejection of the appeal against Frankfurt Court's decision. The Federal Court stated that the dissenting opinion question left open by the Frankfurt Court does not require any further decision on the matter.<sup>17</sup>

## 2.3 French approach

The French New Code of Civil Procedure recognizes, in Article 1479, that: ‘The arbitral tribunal's deliberations shall be confidential.’ In France, dissenting opinions are acceptable provided that their contents do not refer to any points of view ‘expressed in the deliberations by the dissenting arbitrator's fellow arbitrators.’<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> 26 Sch 14/18 [2020] OLG Frankfurt 26. Zivilsenat 56; J. Holden, A. Lang, B. Gill, N. Filandrianou, *Dissenting Opinion as violation of public policy? The recent annulment decision of the Higher Regional Court of Frankfurt in context*, White & Case Blog 2020 (available at <https://www.whitecase.com/publications/article/dissenting-opinion-violation-public-policy-recent-annulment-decision-higher>, accessed 22.03.2021).

<sup>15</sup> German Code of Civil Procedure [2013] Section 1059 para. 2 no. 1 (b).

<sup>16</sup> 26 Sch 14/18 [2020] OLG Frankfurt 26. Zivilsenat 206. See also M. Magnarelli, *I dissent- can I? A Closer Look at the Higher Regional Court of Frankfurt's decision of 16 January 2020 from a German- Italian Perspective*, Kluwer Arbitration Blog 2021 (available at <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/20/i-dissent-can-i-a-closer-look-at-the-higher-regional-court-of-frankfurts-decision-of-16-january-2020-from-a-german-italian-perspective/>, accessed 07.05.2021).

<sup>17</sup> *Ibid*, para 41.

<sup>18</sup> J. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell 2007, p. 675.

However, this provision is considered to only apply to internal public policy and not international public policy. It is thus permissible for the tribunal to render awards with dissenting opinions.<sup>19</sup>

### 3. DISSENTING OPINIONS - CHALLENGES TO THE AWARDS

Awards containing dissenting opinions may, sometimes, raise questions of their recognition and enforcement. Article V of the New York Convention states that the recognition and enforcement of an award may be refused if an award would be contrary to public policy of the country in question. As discussed before, this ground for the refusal was brought as a challenge to the Frankfurt Higher Regional Court. Another ground for challenging the arbitral awards is that of 'serious irregularity' as raised in the English case *F Ltd v M Ltd*.<sup>20</sup> The Claimant referred to it on the basis of Section 68 of the English Arbitration Act and its claim was in major part based on the issues raised in the dissenting opinion (among all, on an error in the calculation of damages).<sup>21</sup> The English Arbitration Act is, however, silent on the admissibility of dissenting opinions, although its Section 52 (1) permits the parties to agree on the form of the award.<sup>22</sup> In the *F Ltd v M Ltd* case, the dissenting opinion was seen by some commentators as a safeguard of the integrity of the decision-making process.<sup>23</sup> Dissenting opinions can serve a beneficial role in commercial arbitration. One of the arguments in favor of dissenting opinions is that they may contribute to the making of better awards.<sup>24</sup> The dissenting arbitrator by pointing out constructive reasons for dissent and highlighting specific errors may secure his reputation especially in a situation where the award would be set aside or annulled in the future. Moreover, dissenting opinions may raise confidence in the arbitration process and show the losing party that its voice was heard or as mentioned before, give the basis for the losing party to raise a challenge.<sup>25</sup>

### 4. PARTY'S CONSENT AND DISSENTING OPINIONS

It may be argued that if the parties specifically agreed to accept dissenting opinions in arbitral awards as admissible, they indeed should be admissible. Under the ICC arbitration, for instance, the consent to the rules would also mean the consent to allowing the dissenting opinions.<sup>26</sup>

<sup>19</sup> J. Werner, *Dissenting Opinions...*, p. 23-30.

<sup>20</sup> *F Ltd v M Ltd* [2009] EWHC 275; J. Sutcliffe, *Dissenting Opinions...*, p. 19.

<sup>21</sup> *Ibid*; English Arbitration Act [1996] Section 68.

<sup>22</sup> English Arbitration Act [1996] Section 68; I. Uluc, K. Sutton, *Without Silence, There Is No Golden Rule; Without Dissent, There Is No Progress*, Oregon Review of International Law 2018, Vol. 20, p. 232; P. Rees, P. Rohn, *Dissenting Opinions: Can they Fulfill a Beneficial Role?* Oregon Review of International Law 2009, Vol. 25, Issue 3, p. 329-346.

<sup>23</sup> *Ibid* p. 3.

<sup>24</sup> *Ibid*.

<sup>25</sup> *Ibid*.

<sup>26</sup> *Final Report on Dissenting and Separate Opinions of the Working Party on Dissenting Opinions and Interim and Partial Awards of the ICC Commission on International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin 1991, Vol. 2, no. 1 (available at [https://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION\\_REPORTS/CR\\_0003.htm?l1=Commission+Reports](https://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0003.htm?l1=Commission+Reports) accessed on: 23.05.2021).

Further, the consent to arbitrate under the SAKIG Arbitration Rules would also mean the consent of the parties to include dissenting opinions in the awards, as specified by Rule 40(6) of the SAKIG Arbitration Rules:

“An arbitrator who did not vote with the majority may dissent, noting this with his or her signature on the award. An arbitrator who dissented may submit a justification for the dissent within 14 days after the date of the award.”<sup>27</sup>

The view that if the parties specifically agreed to include dissenting opinions in arbitral awards was not, however, supported by the Frankfurt Higher Regional Court which concluded that even if the parties as well as arbitrators have consented to the admissibility of dissenting opinions, where contrary to national laws, this may qualify as a violation of public policy, since not being a decision at the disposal of the parties.<sup>28</sup>

## 5. LAW

### 5.1 Arbitration Rules

Many of the arbitration rules of arbitral institutions do not prohibit to include dissenting opinions in arbitral awards. There are, however, not that many rules that contain specific provisions related to dissenting opinions. An example may be the investment arbitration and the ICSID Arbitration Rules which incorporate such a provision in Rule 47 (3) (see also Art. 48 (4) of the ICSID Convention).<sup>29</sup>

The Final Report on Dissenting and Separate Opinions of the ICC Commission on International Arbitration states that dissenting opinions in general should be notified to the parties after further research on a relevant jurisdiction has been made regarding whether the validity of the award would not be at risk after attaching a dissenting opinion to an award.<sup>30</sup> The ICC Commission also provided in the Appendix 1 the sample of countries and their approaches to publishing awards with dissent and according to the Appendix, in none of these countries the validity of the award would be imperiled by it.<sup>31</sup> It was, however, highlighted that such a practice is discouraged in a number of jurisdictions.

---

<sup>27</sup> Arbitration Rules of the Court of Arbitration at The Polish Chamber of Commerce Article 40 (6).

<sup>28</sup> Ibid.; J. Holden, *Dissenting Opinion as violation of public policy...*, p. 2; P. Bert, *Frankfurt Court of Appeal Finds That Dissenting Opinion Violates Public Policy*, Kluwer Arbitration Blog 2020 (available at <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/21/frankfurt-court-of-appeal-finds-that-dissenting-opinion-violates-public-policy/>, accessed 07.05.2021).

<sup>29</sup> ICSID Convention Arbitration Rules [2006] Rule 47 (3); Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States [1966] Article 48 (4); M. Goldstein, *Living with the partisan arbitrator...*, p. 590-594.

<sup>30</sup> *Final Report on Dissenting and Separate Opinions of the Working Party on Dissenting Opinions and Interim and Partial Awards of the ICC Commission on International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin 1991, Vol. 2, no. 1 (available at [https://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION\\_REPORTS/CR\\_0003.htm?l1=Commission+Reports](https://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0003.htm?l1=Commission+Reports)> accessed on: 23.05.2021), p. 32.

<sup>31</sup> *Ibid.*

The Report further analyzed the procedural Issues concerning dissenting opinions such as scrutiny of the Court, time limits to for the submission of dissenting opinions and notification of dissenting opinions to the parties.<sup>32-</sup>

## 5.2 IBA Rules of Ethics Draft 35/3/86

Even though the IBA Rules of Ethics for International Commercial Arbitrators do not cover the Issue of separate opinions, there was a mention of dissenting opinions in one of the early drafts of the Rules of Ethics, which provided that:

“Subject to any relevant provisions of the law applicable to the arbitration, or to the provisions of any applicable arbitration rules, a dissenting arbitrator has the right to make his dissent (and the reasons) known to the parties”<sup>33</sup>

## 5.3 UNCITRAL Model Law

Some commentators believe that Article 31 of the UNCITRAL Model Law<sup>34</sup> mandates the arbitrators to setting the reasons for dissenting.<sup>35</sup> This provision of the Model Law provides that:

“In arbitral proceedings with more than one arbitrator, the signatures of the majority of all members of the arbitral tribunal shall suffice, provided that the reason for omitted signature is stated”<sup>36</sup>

This presumption of a mandate is not, however, shared by Alan Broches, as he does not believe that Article 31 concerns dissenting opinions as such.<sup>37</sup>

## 6. IMPARTIALITY OF DISSENTING ARBITRATORS

The Issue of impartiality of arbitrators is also raised in the ongoing debate on dissenting opinions. The controversies arise related to the assumption that the minority arbitrators who dissent do it just to please the parties who have appointed them and not because they actually disagree with the majority decision or have any genuine reasons to dissent. Marc Goldstein in his article “Living (or not) with the partisan arbitrator: are

---

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Draft 35/3/86 of the IBA Rules of Ethics for International Commercial Arbitrators, para 9 p. 12-13; cited by: L. Levy, *Dissenting Opinions in International Arbitration in Switzerland*, Arbitration International 1989, Vol. 5, Issue 1, p. 35; B. Berger, F. Kellerhals, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Vienna 2006, p. 35.

<sup>34</sup> Article 31 of UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration [1985].

<sup>35</sup> J. Werner, *Dissenting Opinions...*, p. 3.

<sup>36</sup> UNCITRAL Model Law Article 31.

<sup>37</sup> A. Broches, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer International Law 1990, p. 163.

there limits to deliberations secrecy?” concluded that the main reason for the principle of secrecy of deliberations to exist is “to protect the arbitrators from undue pressures from the parties and the public”.<sup>38</sup> There may be a problem with the enforcement of an arbitral award if the content of a dissenting opinion would for instance raise justifiable doubts as to the arbitrator’s impartiality, however the mere issuing of a dissenting opinion would not suffice to raise such impartiality concerns. Thus, a challenge to an award on this basis would most likely not succeed.

## 7. CONCLUSION

The Issue of recognition and enforcement of arbitral awards containing dissenting opinions still remains problematic or unclear in some jurisdictions. The decision of the Frankfurt Higher Regional Court left the question regarding the possible breach of public policy by not conforming to the provision of secrecy of deliberations open for further interpretation. Even though it may seem that dissenting opinions are considered permissible under the German law, there are still concerns about the Court’s *obiter dictum*. The Final Report on Dissenting and Separate Opinions of the ICC Commission on International Arbitration concluded that in all of the countries considered in Appendix 1 to the report, dissenting opinions would not imperil the validity of an award. In the author’s view, dissenting opinions are valuable and should be permissible under national laws.

---

<sup>38</sup> M. Goldstein, *Living with the partisan arbitrator...*, p. 590.



# *Klauzula Równoczesnej Mediacji-Arbitrażu CMA*

**Roman Rewald<sup>1</sup>**

---

## 1. WPROWADZENIE

Arbitraż jako polubowna metoda rozwiązywania sporów, jak to pięknie brzmi. Jednakże, gdyby przyjrzeć się bliżej, to w arbitrażu polubowność sprowadza się do wyboru regulaminu arbitrażowego (zwykle w klauzuli arbitrażowej) i arbitrów. Po dokonaniu tych wyborów polubowność się kończy i zespół orzekający uzyskuje władzę nad rozwiązaniem sporu drogą swojego rozstrzygnięcia. Prawdziwie polubownym rozwiązaniem sporu jest mediacja, podczas której to same strony, a nie neutralny mediator decydują o wyniku rozmów. Czy mediacja jest konkurencją dla arbitrażu? Myślę, że wielu luminarzy arbitrażowych żywi takie obawy wobec mediacji. W tym artykule chcę przeciwstawić się temu pogładowi i pokazać, że nowa tendencja równoczesnej mediacji i arbitrażu (CMA)<sup>2</sup> może mieć bardzo pozytywny wpływ na promocję zarówno mediacji, jak i arbitrażu w sporach gospodarczych.

W mojej praktyce mediacyjnej pojawiły się przypadki, gdy mediacja umowna (nawet nieprzewiedziana klauzulą w umowie) bywała wszczęta pomimo wcześniej złożonych pozwów arbitrażowych. W innych przypadkach strony w postępowaniu mediacyjnym, którym zależało na szybkim rozwiązaniu konfliktu, chcąc się zabezpieczyć przed ewentualnym opóźnieniem rozwiązania, uruchamiały jednocześnie proces arbitrażowy. W arbitrażu, a szczególnie w arbitrażu międzynarodowym, wymiana dokumentów, wybór arbitrów i ukonstytuowanie się składu orzekającego wymaga stosownego upływu czasu. Istnieje zatem przestrzeń czasowa na spróbowanie mediacji bez opóźniania postępowania arbitrażowego. Udana mediacja kończy się ugodą, która może zostać łatwo zatwierdzona przez sąd arbitrażowy drogą wyroku arbitrażowego, jeżeli skład orzekający zdołał się uprzednio ukonstytuować, lub przez sąd powszechny (w Polsce i całej Unii Europejskiej) ze znakomitym dla pewności rozwiązania sporu skutkiem.

Często możliwość ugodowego rozwiązania sporu (np. drogą mediacji) nie jest oczywista dla stron aż do czasu, gdy zetkną się z wymaganiami postępowania arbitrażowego, szczególnie gdy w sporze międzynarodowym w grę wchodzi tzw. *discovery* znane anglosaskiemu procesowi cywilnemu, a więc wymiana dokumentów i innych dowodów, jakich można zażądać od przeciwnej strony. A zatem w sporze, który początkowo nie wydaje się oczywistym materiałem do negocjacji drogą mediacji, po kilku regulaminowych krokach zespołu orzekającego może okazać się, że ugoda staje się bardzo atrakcyjną alternatywą. Jeżeli nie została jednak wszczęta mediacja, rozstrzygnięcie arbitrażowe zwykle pozostaje jedynym możliwym rozwiązaniem.

---

<sup>1</sup> Adwokat w stanie Michigan, USA, Prezes Centrum Mediacji działającego przy Konfederacji Lewiatan. Artykuł został przygotowany na podstawie kwerendy Adama Dżumagi

<sup>2</sup> Ang. *Concurrent Mediation-Arbitration*.

Jeżeli umowa zawiera standardową klauzulę arbitrażową, podjęcie mediacji w sporze jest problematyczne. Każda propozycja mediacji podjęta po wszczęciu arbitrażu może jawić się drugiej stronie jako próba opóźnienia postępowania i spotkać się z odmową wraz kontestacją, że proponująca strona wykazała słabość w swoim stanowisku w sporze. Obawa przed nabraniem przez drugą stronę przekonania o słabości pozycji procesowej wnioskodawcy i nabraniu przez przeciwnika zbytnej pewności siebie może istotnie wstrzymać propozycje przystąpienia do mediacji.

Takiej sytuacji pozwala uniknąć poniżej opisana klauzula CMA, czyli równoczesnej mediacji-arbitrażu, zawarta w umowie, która mogłaby zostać zastosowana zamiast klasycznej klauzuli arbitrażowej. Równoczesne wszczęcie postępowania mediacyjnego i arbitrażowego daje szansę na ugodę w mediacji bez opóźniania lub ograniczania osiągnięcia rozstrzygnięcia w arbitrażu, gdyby mediacja się nie powiodła. Wszakże każda strona może porzucić wszczętą mediację w każdej chwili bez negatywnych konsekwencji. W przypadku gdy choć jedna ze stron wycofa się z mediacji, strony rozstrzygną spór w postępowaniu arbitrażowym zwykle w takim samym czasie, jak gdyby mediacja nigdy nie nastąpiła. Zapewnia to klauzula i praktyka CMA w postaci Protokołu CMA przyjętego przez strony w umowie w zapisie arbitrażowym. Jeżeli natomiast mediacja się powiedzie i dojdzie do ugody, strony ciągle mogą wystąpić o zakończenie trwającego postępowania arbitrażowego konsensualnym wyrokiem albo mogą ubiegać się o zatwierdzenie ugody przez sąd powszechny. Wybór jednej z tych metod będzie zależał od tego, jak strony chcą zabezpieczyć pewność wykonania zawartej ugody<sup>3</sup>.

Klauzula CMA została opublikowana przez Instytut CPR (*International Institute for Conflict Prevention & Resolution* w Nowym Jorku) jako klauzula wzorcowa w lipcu 2020 r. i była omawiana na ostatnim dorocznym zebraniu CPR, które odbyło się w formie zdalnej w marcu 2021 r. Koncepcja równoczesnej mediacji i arbitrażu ujęta jest w dwóch dokumentach: (a) *Model Clause* (modelowa klauzula – ang. *CPR FINAL Concurrent Mediation-Arbitration Clause*) oraz (b) *CPR Protocol* (Zasady CPR – ang. *CMA Protocol and Commentary*). Poniżej przedstawiam tłumaczenie własne obu dokumentów.

### Modelowa Klauzula Równoczesnej Mediacji-Arbitrażu CPR

„Po wszczęciu postępowania arbitrażowego Strony podejmą wysiłek rozwiązania sporu drogą poufnej mediacji przeprowadzanej według przepisów Regulaminu Mediacji CPR obowiązujących w dniu zawarcia niniejszej Umowy („Regulamin Mediacji CPR”). Jeżeli Strony nie umówią się inaczej, to wybiorą mediatora(kę) z Panelu Wybitnych Mediatorów CPR. Jeżeli mediacja została wszczęta wcześniej, przed rozpoczęciem postępowania arbitrażowego na podstawie Klauzuli Modelowej Mediacji CPR, i jeżeli wszystkie strony wyrażą na to zgodę, wcześniej wybrany mediator(ka) może prowadzić mediację na podstawie niniejszej Klauzuli

<sup>3</sup> Orzeczenie sądu powszechnego zatwierdzające ugodę stanowi tytuł egzekucyjny, może być tytułem wykonawczym, ale nie stanowi *res judicata*, a za ledwie *res transacta*. Z kolei wyrok arbitrażowy stanowi *res iudicata*, ale nie stanowi tytułu egzekucyjnego, o który strona będzie musiała zabiegać w sądzie powszechnym. W przypadku *res transacta* sąd podejmuje rozpatrzenie powództwa, ale uwzględnia wcześniejsze orzeczenie w sprawie. W przypadku *res iudicata* sąd odrzuci pozew a priori (art. 199 § 1 pkt. 2 k.p.c.). Zob. P. Telenga, *Art. 199 KPC*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany. Tom 1. Art. 1-729*, red. A. Jakubecki, J. Bodio, T. Demendecki, O. Marcewicz, P. Telenga, M.P. Wójcik, Warszawa 2019, za SIP LEX.

Równoczesnej Mediacji-Arbitrażu. Mediacja wszczęta zgodnie z niniejszą Klauzulą będzie kontynuowana do czasu, gdy strony osiągną pisemną ugodę, wydany zostanie wyrok sądu arbitrażowego lub mediacja zostanie przerwana umową stron. Niezależnie od powyższego, każda strona może wycofać się z mediacji w każdym czasie po odbyciu pierwszego merytorycznego posiedzenia w sprawie, zgodnie z paragrafem 3(b) Regulaminu Mediacji CPR. Postępowanie mediacyjne będzie prowadzone zgodnie z Zasadami Równoczesnej Mediacji-Arbitrażu (CMA) [obowiązującymi aktualnie lub w dacie zawarcia Umowy] (Zasady CMA) oraz Regulaminu Mediacji CPR w takim zakresie, w jakim Regulamin nie będzie w sprzeczności z niniejszą Klauzulą lub Zasadami CMA. Uгода osiągnięta w procesie mediacji przed wydaniem wyroku arbitrażowego zostanie przekazana Sądowi Arbitrażowemu i jeżeli strony się tak umówią, może zostać uwzględniona w uzgodnionym wyroku na podstawie Reguły 21.5 Regulaminu Administrowania Arbitrażem CPR”.

### Zasady CMA równoczesnej mediacji-arbitrażu CPR

1. Niniejsze Zasady stosują się do wszelkich sporów przedłożonych do rozwiązania na podstawie przepisów *CPR's Rules for Administered Arbitration* albo *CPR's Rules for Non-Administered Arbitration*, w których strony zapisały się na arbitraż według klauzuli Równoczesnej Mediacji-Arbitrażu (Klauzula CMA). Według tej Klauzuli strony uzgodniły, że w każdym sporze, który podlega rozstrzygnięciu arbitrażowemu, podejmą wysiłek zawarcia ugody drogą poufnej mediacji na podstawie *CPR Mediation Procedure* a także, że postępowanie mediacyjne będzie się toczyć jednocześnie z postępowaniem arbitrażowym prowadzonym zgodnie z zasadami niniejszego Protokołu CMA. Celem niniejszych Zasad jest zapewnienie, iż mediacja będzie prowadzona efektywnie i oszczędnie, bez zbędnego dublowania kosztów i wysiłków w obydwu postępowaniach. Pozwoli to mediatorowi na planowanie oświadczeń, spotkań lub posiedzeń w takich terminach, które zapewnią możliwość zawarcia ugody w ramach czasowych przyjętych w danej procedurze arbitrażowej i uwzględniających wszelkie postanowienia Zespołu Orzekającego.

2. Po rozpoczęciu postępowania arbitrażowego strony niezwłocznie zawiadomią CPR, że stosuje się w nim Klauzulę CMA, a CPR poinformuje o tym Zespół Orzekający po jego ukonstytuowaniu się. Strony podejmą wysiłek, aby wybrać mediatora w ciągu 30 dni od rozpoczęcia arbitrażu. Jeżeli nie dojdzie do wyboru w tym czasie, CPR CMA wyznaczy mediatora zgodnie z § 2 *CPR Mediation Procedure*.

3. Mediator i Zespół Orzekający mogą porozumiewać się co do terminów określonych w procedurze arbitrażowej, aby zapewnić, iż mediacja jest prowadzona bez zwłoki, efektywnie i zgodnie z Zasadami CMA. Zespół Orzekający nie będzie informowany o żadnych negocjacjach ugodowych lub oświadczeniach złożonych w procesie negocjacji ugodowych lub mediacji, chyba że wszystkie strony się na to zgodzą. Strony przedstawią mediatorowi kalendarz czynności przyjęty w arbitrażu oraz poinformują mediatora o wszystkich istotnych wydarzeniach w postępowaniu arbitrażowym, włącznie z wydanymi postanowieniami lub instrukcja-

mi Zespołu Orzekającego, które mogą wpłynąć na możliwość osiągnięcia ugody.

4. Mediator, ustalając datę(y) oraz zakres wymiany informacji zgodnie z § 4 *CPR Mediation Procedure*, naradza się ze stronami i bierze pod uwagę terminy określone w postępowaniu arbitrażowym oraz wszystkie istotne postanowienia i instrukcje wydane przez Zespół Orzekający, które strony mogą poddać uwadze mediatora.

5. Przy ustalaniu terminu i miejsca posiedzenia mediacyjnego (patrz § 5 *CPR Mediation Procedure*) mediator zwykle konsultuje je ze stronami z uwzględnieniem terminów postępowania arbitrażowego i innych czynności proceduralnych w arbitrażu. Wyznaczając te daty, mediator powinien ustalić, które etapy postępowania arbitrażowego mogą być najbardziej sprzyjające przeprowadzeniu skutecznych negocjacji ugodowych.

6. Mediacja może być prowadzona jednocześnie z arbitrażem. Z wyjątkiem powstania szczególnych okoliczności lub zgodnej decyzji stron, mediacja nie powinna opóźnić wydania wyroku arbitrażowego. Zespół Orzekający może jednak w ramach swojego uznania zmodyfikować kalendarz postępowania arbitrażowego w celu umożliwienia przeprowadzenia mediacji.

7. W przypadku gdy mediacja zakończy się zawarciem ugody w sporze, strony poinformują o tym Zespół Orzekający i jeżeli wszystkie strony wyrażą zgodę, Zespół Orzekający może wydać uzgodniony wyrok na warunkach określonych przez strony zgodnie z Regułą 21.5 *CPR Rules for Administered Arbitration*<sup>4</sup>.

Z uwagi na fakt, że klauzula Instytutu CPR jest klauzulą modelową, może być ona łatwo dostosowana do regulaminów znanych innych sądów arbitrażowych we współpracy z odpowiednimi ośrodkami mediacji i wprowadzona do ich odpowiednich regulaminów.

## 2. NA CZYM POLEGA INNOWACYJNOŚĆ KLAUZULI MODELOWEJ CMA STWORZONEJ PRZEZ CPR

Klauzula ta daje możliwość jednoczesnego wszczęcia mediacji i arbitrażu. Mediacja nie wyklucza arbitrażu ani arbitraż nie wyklucza mediacji. W przypadku powstania sporu strona powołująca się na klauzulę arbitrażową wszczyna arbitraż zgodnie z przepisami ustalonego w klauzuli sądu arbitrażowego. Postępowanie arbitrażowe toczy się nieprzerwanie, strony składają odpowiedni pozew i replikę, trwa wybór składu orzekającego. Jednocześnie strony wyznaczają mediatora uzgodnionego przez strony lub wyznaczonego przez centrum mediacyjne. Mediacja wkomponowuje się w okresy pomiędzy poszczególnymi czynnościami podejmowanymi w postępowaniu arbitrażowym. Mediator dba o to, aby w komunikacji z sądem arbitrażowym tak ustalić czynności mediacyjne, aby nie kolidowały one z arbitrażowymi. W tym celu mediator może komuni-

<sup>4</sup> *CPR Model Clause for Concurrent Mediation-Arbitration Clause and Protocol*, International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR), lipiec 2020, za: <https://www.cpradr.org/resource-center/protocols-guidelines/concurrent-mediation-arbitration-clauses-and-protocol>, dostęp: 07.05.2021 r.

kować się z sądem arbitrażowym, ale nie może przekazywać arbitrom żadnych informacji o mediacji. Mediator nie ma również prawa do uzyskiwania żadnych informacji o toczącym się sporze od składu orzekającego. W rezultacie mediator dysponuje wiedzą niezbędną do elastycznego zorganizowania czynności mediacyjnych wokół czynności arbitrażowych.

Mediacja bez obopólnej zgody stron trwa nie dłużej niż przypisany jej czas i może zakończyć się wcześniej, jeżeli dojdzie do ugody lub jedna strona przerwie mediację, co może zrobić w każdej chwili po merytorycznym wszczęciu mediacji. Przerwanie mediacji nie powoduje żadnych negatywnych konsekwencji dla strony. Na zakończenie mediacji mediator przygotowuje protokół informujący jedynie, że przeprowadzono mediację między danymi stronami, podając czas jej trwania oraz informujący, czy doszło do ugody. Z tych względów mediacja jest uznawana powszechnie za całkowicie polubowną i poufną formę rozwiązywania sporów.

W czasie trwania mediacji postępowanie arbitrażowe toczy się bez przeszkód i opóźnień. Jeżeli mediacja nie doprowadzi do ugody, strony kontynuują arbitraż aż do rozstrzygnięcia, tak jakby mediacji nie było. W odróżnieniu od arbitrażu mediator może spotykać się z każdą ze stron osobno w pełnej poufności. Stanowiska stron prezentowane w trakcie mediacji są poufne i nie mogą być wykorzystane w postępowaniu arbitrażowym. Strony nie mogą powoływać się na te stanowiska podczas prowadzenia sporu przed sądem arbitrażowym. Mediator jest również związany gwarantowaną prawnie poufnością. Mediator nie może być wezwany na świadka w postępowaniu arbitrażowym<sup>5</sup>. Takie zabezpieczenia pozwalają stronom na całkowitą szczerłość wobec mediatora i promują śmiało propozycje ugodowe, których ujawnienie mogłoby osłabić ich pozycję procesową w oczach zespołu orzekającego. Jeżeli w mediacji dojdzie do ugody, strony będą mogły uzyskać wyrok arbitrażowy potwierdzający ugodę.

Mediacji – w odróżnieniu od arbitrażu – nie ogranicza przedmiot sporu. W mediacji często dochodzi do połączenia wszystkich sporów już istniejących lub mogących zaistnieć pomiędzy stronami. Ponadto mediator często może uzyskać i wykorzystać w rozmowach informacje o możliwości poprawy relacji między stronami, doszukując się jeszcze niezrealizowanych, ale prawdopodobnych i jednocześnie wzajemnie korzystnych związków pomiędzy stronami.

Koszt mediacji jest zdecydowanie dodatkowym wydatkiem dla stron, który nie zostałby poniesiony, gdyby spór prowadzony był wyłącznie w arbitrażu. Jednakże biorąc pod uwagę możliwości, jakie daje mediacja, tj. stworzenie szansy nie tylko na zażegnanie sporu, ale również naprawienie całej relacji pomiędzy stronami, to taki dodatkowy wydatek na koszty mediacji jest dobrą inwestycją. Jest to szczególnie dostrzegalne, jeśli weźmie się pod uwagę możliwość dowolnego przerwania mediacji, gdyby ponoszenie dodatkowych kosztów wydało się stronie bezcelowe. Doświadczenie wskazuje, że strony zwykle same decydują się z wielu względów na przedłużenie procesu mediacji, ponieważ uznają, iż prowadzenie rozmów ugodowych z mediatorem jest znacznie bardziej efektywne dla stron niż zwykle negocjacje.

---

<sup>5</sup> Zob. także art. 1834 k.p.c. oraz art. 2591 k.p.c.

Ponadto koszty mediacji są zwykle o wiele niższe niż koszt zarówno samego arbitrażu, jak i obsługi prawnej niezbędnej do prowadzenia długotrwałego sporu. Jest to szczególnie widoczne w sporach międzynarodowych, w których arbitraż jest najbardziej popularnym sposobem rozstrzygania konfliktów, a w których koszty okołoprocesowe mogą być astronomiczne. W konsekwencji przedsiębiorcy mogą często zrezygnować ze stosowania klauzul arbitrażowych w umowach, wskazując na zbyt wysokie koszty tych postępowań. Zastosowanie metody CMA mogłoby uczynić klauzule arbitrażowe bardziej atrakcyjnymi.

### 3. MED-ARB, ARB-MED

Metoda CMA stanowi odstępstwo od dotychczasowych przypadków połączenia mediacji i arbitrażu, z których wiele jest często uważanych za kontrowersyjne. Klauzula CMA skutecznie eliminuje główne kontrowersje w dyskusji o Arb-Med i Med-Arb. W literaturze można znaleźć omówienia co najmniej jedenastu metod połączenia mediacji z arbitrażem<sup>6</sup>. Popularność mediacji w latach siedemdziesiątych w USA przyniosła cały szereg propozycji połączenia tego sposobu rozwiązywania sporów z bardziej ugruntowaną metodą ADR, jaką jest arbitraż. Nawet *American Arbitration Association* zaczęło promować klauzule mediacyjne połączone z arbitrażowymi w umowach handlowych<sup>7</sup>. Niestety, swoisty brak zrozumienia istoty mediacji wśród prawników doprowadził do powstania wielu nieporozumień co do kształtowania polubownego rozwiązywania sporów drogą Med-Arb lub Arb-Med. Główny problem zarysował się na tle dopuszczalności obsadzenia tej samej osoby zarówno w roli arbitra, jak też mediatora. Pomysły, aby arbiter zaczynał postępowanie jako mediator, aby potem potencjalnie rozstrzygnąć spór jako arbiter, były od początku skazywane na niepowodzenie z wielu powodów wskazywanych w literaturze<sup>8</sup>.

Niektórzy uważali, że jeżeli strony są właściwie poinformowane o skutkach łączenia funkcji mediatora i arbitra, to mogą się skutecznie na to zgodzić<sup>9</sup>. Czasami czynnikiem przemawiającym za promocją takiego rozwiązania była chęć zaoszczędzenia na dwóch honorariach<sup>10</sup>. Podstawowy problem z połączeniem funkcji mediatora z funkcją arbitra wynika jednak z samej istoty mediacji jako metody rozwiązywania, a nie rozstrzygania sporów<sup>11</sup>. Istotnym elementem mediacji jest dopuszczenie, aby mediator odbywał osobne, poufne spotkania z każdą ze stron (tzw. *caucuses*)<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> M. Batson, D. Dickey, *MED-ARB. The 'Best of Both Worlds' or Just a Limited ADR Option?* s.8, za: <https://cedires.com/med-arb-5/> (dostęp: 07.05.2021 r.).

<sup>7</sup> Czasami takie połączenie wywoływało kontrowersje. W orzecznictwie amerykańskim znane są przypadki, gdy kwestionowano skuteczność klauzuli mediacyjno-arbitrażowej na podstawie *Federal Arbitration Act*, który, jak twierdzono, czyni zapis arbitrażowy obowiązkowym w sytuacjach, gdy przewiduje on ostateczny charakter rozstrzygnięcia (ang. *finality*). Zob. *Advanced Bodycare v. Thione*, 524 F.3d 1235, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, 2008.

<sup>8</sup> R. Morek, *ADR – alternatywne metody rozwiązywania sporów w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2004, s. 87-89.

<sup>9</sup> M. Skibińska, *Mediacja a inne alternatywne formy rozwiązywania sporów na tle spraw rodzinnych – cz. II*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2016, nr 3, str. 75.

<sup>10</sup> Zob. G.F. Philips, *The Case for Transitional Arbitration*, „Alternatives” 2005, Vol. 23, No 9.

<sup>11</sup> Zob. E. Gmurzyńska, R. Morek, *Mediacje Teoria i praktyka*, Warszawa 2018, s. 17.

<sup>12</sup> Art. 1834 k.p.c. oraz art. 2591 k.p.c.

Takie spotkania dają możliwość oceny zakresu możliwych punktów stycznych znanych w harwardzkiej szkole negocjacji jako ZOPA<sup>13</sup>. Jeżeli jednak strona wiedziałaby, iż mediator może zostać arbitrem, nie zdecydowałaby się na całkowitą szczerłość w rozmowie z mediatorem, co eliminowałoby podstawową wartość poufnych spotkań mediatora z każdą ze stron.

Możliwość spotkań na osobności, która jest niedostępna dla sędziów i arbitrów, daje mediatorowi szansę na odkrycie prawdziwych, a często ukrytych motywów (interesów) stron sporu, których się nie ujawnia drugiej stronie w obawie przed negatywnymi skutkami, jakie mogą się pojawić w postępowaniu adjudykacyjnym. Ponadto *caucuses* mogą pomóc mediatorowi w promowaniu rozwiązań polubownych spoza sfery przedmiotu sporu, takich jak na przykład możliwość współpracy zwaśnionych stron w niezwiązanych zakresach. Czasami *caucuses* pozwalają na odkrycie daleko idących nieporozumień co do stanowiska strony w sporze, które nigdy nie ujrzałyby światła dziennego w postępowaniu adjudykacyjnym. Wszystkie takie korzyści ze spotkań na osobności mediatora ze stronami stają się niemożliwe do osiągnięcia, gdy strona nie ma zaufania do zachowania poufności przez mediatora. Naturalnie wiedza, że mediator może być osobą rozstrzygającą spór w ewentualnym arbitrażu, niweczy zaufanie strony do mediatora i pozbawia go najbardziej skutecznego instrumentu rozwiązania sporu drogą mediacji. Pełne zrozumienie procesu Med-Arb przez strony i zgoda stron na połączenie funkcji mediatora oraz arbitra nie wyeliminują tego zasadniczego problemu.

Rzadkie odstępstwo od zasady niełączenia funkcji mediatora z funkcją arbitra może pojawić się, gdy strony zaangażowane w proces mediacji dochodzą do wniosku, że rozwiązanie ich problemu nie jest osiągalne, i zwracają się do mediatora, by rozstrzygnął ich spór jako jedyny arbiter<sup>14</sup>. Jeżeli wcześniej ani strony, ani mediator nie rozważali możliwości rozstrzygnięcia sporu, postępowanie mediacyjne nie zostało „skompromitowane”, zatem można rozważyć takie połączenie (przy pełnym zrozumieniu stron co do wszystkich skutków mediacji). Zupełnie innym przypadkiem jest sytuacja, gdy po zawarciu wynegocjowanej w procesie mediacji ugody, mediator doprowadzający do porozumienia zostanie mianowany jedynym arbitrem, aby wydać wyrok arbitrażowy zapewniający stronom skuteczne wykonanie zawartej ugody. Strony mediacji wszczynają postępowanie arbitrażowe tylko w celu uzyskania takiego wyroku potwierdzającego ich wymedioną ugodę<sup>15</sup>.

Akceptowalne metody połączenia mediacji i arbitrażu opierają się na wyraźnym i kategorycznym oddzieleniu funkcji mediatora od funkcji arbitra. Dotychczas wszystkie dopuszczalne idee połączenia mediacji z arbitrażem odnosiły się do stosowania obu metod ADR etapowo i przemiennie. Innowacja CMA polega

<sup>13</sup> M. Marcela, *Understanding ZOPA : The Zone of Possible Agreement*, 14.09.2017 r., za: <https://online.hbs.edu/blog/post/understanding-zopa> (dostęp 07.05.2021 r.)

<sup>14</sup> K. Marszycki, *ADR – alternatywne metody rozwiązywania sporów*, za: <https://mediatorzy-polscy.eu/blog/adr-alternatywne-metody-rozwiazywania-sporow/> (dostęp: 07.05.2021 r.).

<sup>15</sup> Por. § 43 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan obowiązującego od 01.03.2012 r. ze zmianami obowiązującymi od 23.03.2015 r. oraz od 08.05.2017 r. Inaczej Art. 44 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej, obowiązujący od 01.01.2015 ze zmianami obowiązującymi od 10.11.2019, który nie odnosi się bezpośrednio do mediacji, ale zawiera możliwość wydania wyroku w każdym przypadku ugody. Ta procedura wymagałaby jednak osobnego wszczęcia arbitrażu. Kwestia czy mediator mógłby stać się jedynym arbitrem zależałaby od stosownych interpretacji pozostałych postanowień regulaminu.

na równoczesności działania mediacji i arbitrażu z kategorycznym oddzieleniem funkcji mediatora od funkcji arbitra. Metoda CMA przewiduje również ostateczne rozwiązanie sporu, który strony zakończą „wymedioną” ugodą w formie wyroku sądu arbitrażowego.

#### **4. KONKLUZJE**

Potrzeba współdziałania entuzjastów ADR w zakresie polubownego rozwiązywania sporów powinna prowadzić do coraz bliższej współpracy arbitrów i mediatorów. Klauzula CMA przedstawiona przez Instytut CPR stwarza znakomitą szansę kooperacji. Arbitraż w większości przypadków jest uzależniony od zapisów arbitrażowych w umowach. Mediacja natomiast znajduje najczęściej zastosowanie wskutek działalności sądów. Wspólnym ogniwem arbitrażu i mediacji może być zapis umowny przewidujący klauzulę CMA. Promowanie takiej klauzuli leży w interesie zarówno arbitrów, jak i mediatorów, a także szerzej w interesie wszystkich uczestników życia społeczno-gospodarczego. Może przyczynić się do likwidacji trudności w efektywnym rozwiązywaniu sporów gospodarczych.



# *Uгода w postępowaniu arbitrażowym – praktyczne aspekty*

Monika Diehl<sup>1</sup>, Dominika Jędrzejczyk<sup>2</sup>

## 1. WPROWADZENIE

Zgodnie ze statystykami od 30 do 50% postępowań arbitrażowych kończy się zawarciem ugody lub umorzeniem postępowania czy też wycofaniem roszczeń (które często spowodowane są zawarciem ugody)<sup>3</sup>. Niejednokrotnie do sporu dochodzi pomiędzy wieloletnimi partnerami biznesowymi, którzy mają na uwadze możliwości przyszłej współpracy i zawarcie ugody może im pozwolić z nich skorzystać. Innym częstym powodem zawierania ugód są zalety w postaci zaoszczędzenia kosztów przedłużającego się postępowania arbitrażowego czy skrócenia czasu trwającego postępowania. Nawet sukces w postępowaniu arbitrażowym nie gwarantuje bowiem szybkiej egzekucji wyroku i może się wiązać z wieloletnim i kosztownym postępowaniem ze skargi o uchylenie wyroku.

Większość regulaminów instytucji arbitrażowych częściowo odpowiada na zapotrzebowanie stron do zawarcia ugody, regulując np. możliwość zatwierdzania ugód w formie wyroku czy też dostosowując odpowiednio postanowienia o kosztach postępowania.

Postanowienia te często nie są jednak bardzo szczegółowe i niejednokrotnie brak szczegółowych regulacji dotyczących umorzenia czy zakończenia postępowania. Z tego powodu w praktyce postępowań arbitrażowych niejednokrotnie pojawiają się wątpliwości związane z krokami procesowymi, jakie należy podjąć w celu zabezpieczenia interesów stron w związku z zawarciem ugody, w szczególności w sytuacji, gdy ugoda została zawarta poza postępowaniem arbitrażowym w jego trakcie.

Celem tego artykułu jest zaadresowanie problemu wyboru formy ugody i zakończenia postępowania arbitrażowego, jakie mogą się pojawić w przypadku podjęcia w toku postępowania arbitrażowego decyzji o zawarciu ugody.

<sup>1</sup> Adwokat, Clifford Chance, Janicka, Krużewski, Namiotkiewicz i wspólnicy sp.k.

<sup>2</sup> Adwokat, Clifford Chance, Janicka, Krużewski, Namiotkiewicz i wspólnicy sp.k.

<sup>3</sup> Raport Queen Mary University of London i White & Case, *2008 International Arbitration Survey, International Arbitration Corporate Attitudes and Practices*, za: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/IAstudy\\_2008.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/IAstudy_2008.pdf), s. 2 (dostęp: 07.05.2021 r.). Zob. także B. Canada, D. Slate, B. Slate, *A Data-Driven Exploration of Arbitration as a Settlement Tool: Does Reality Match Perception?*, za: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/11/data-driven-exploration-arbitration-settlement-tool-reality-match-perception/> (dostęp: 07.05.2021 r.).

## 2. POSTANOWIENIA WYBRANYCH REGULAMINÓW ARBITRAŻOWYCH DOTYCZĄCE UGÓD

Większość regulaminów instytucji arbitrażowych zawiera postanowienia regulujące zawarcie ugody w postępowaniu arbitrażowym. Przede wszystkim jednak postanowienia te dotyczą zawarcia ugody i zatwierdzenia jej w formie wyroku sądu polubownego.

Przykładowo: Regulamin Arbitrażowy ICC przewiduje możliwość wydania wyroku na podstawie ugody w przypadku, gdy strony osiągną porozumienie po przekazaniu akt postępowania trybunałowi arbitrażowemu<sup>4</sup>. Brak jednak w Regulaminie Arbitrażowym ICC szczegółowych postanowień dotyczących cofnięcia pozwu, czy też roszczeń zgłoszonych w postępowaniu arbitrażowym, ani jego umorzenia w przypadku zawarcia ugody. W tym kontekście zawiera on jedynie postanowienia o kosztach w przypadku umorzenia postępowania (wskazując, że w przypadku wycofania roszczeń lub umorzenia postępowania przed wydaniem wyroku końcowego, koszty określa Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy przy ICC)<sup>5</sup>. Podobnie, Regulamin Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan wskazuje, że jeżeli strony zawarły ugodę przed Sądem Arbitrażowym, Zespół Orzekający na wniosek stron może jej nadać formę wyroku<sup>6</sup>.

Z drugiej strony, Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL przewiduje, że jeśli przed wydaniem wyroku strony postępowania dojdą do porozumienia, trybunał arbitrażowy powinien wydać postanowienie o umorzeniu postępowania lub, jeśli strony o to wniosą, zatwierdzić ugodę w formie wyroku (bez konieczności jego uzasadniania)<sup>7</sup>. Podobnie, Regulamin Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej (SA KIG) wyraźnie przewiduje, że jeżeli po wyborze arbitra przewodniczącego (lub jedyne) strony zawarły ugodę, Zespół Orzekający umarza postępowanie arbitrażowe, a na wniosek stron Zespół Orzekający może nadać ugodzie formę wyroku<sup>8</sup>. Przy tym, jeżeli o zawarciu ugody powiadomi tylko jedna ze stron, Zespół Orzekający przed umorzeniem postępowania powinien umożliwić drugiej stronie wypowiedzenie się w tej sprawie i potwierdzenie, że doszło do zawarcia ugody<sup>9</sup>. Z kolei jeżeli w ugodzie strony przewidziały cofnięcie pozwu, zastosowanie będą miały postanowienia Regulaminu dotyczące umorzenia postępowania<sup>10</sup>. Umorzenie postępowania następuje zaś co do zasady w formie postanowienia o umorzeniu.

Powyższe uregulowanie odzwierciedla więc przepisy k.p.c., w szczególności art. 1196 § 1 k.p.c., zgodnie z którym, jeżeli strony zawarły ugodę przed sądem polubownym, sąd polubowny umarza postępowanie, a także art. 1198 k.p.c., który przewiduje umorzenie postępowania w razie cofnięcia pozwu.

<sup>4</sup> Por. art. 33 Regulaminu arbitrażowego ICC (wersja z 2021 r.).

<sup>5</sup> Por. art. 38 Regulaminu arbitrażowego ICC (wersja z 2021 r.).

<sup>6</sup> Por. § 43 ust. 1 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan obowiązującego od 01.03.2012 r. ze zmianami obowiązującymi od 23.03.2015 r. oraz od 08.05.2017 r.

<sup>7</sup> Por. § 36 Regulaminu arbitrażowego UNCITRAL (wersja z 2013 r.).

<sup>8</sup> Por. § 44 Regulaminu arbitrażowego Sądu Arbitrażowego przy KIG ze zmianami z 10.11.2019 r.

<sup>9</sup> J. Szpara, *Komentarz do § 44*, [w:] red. M. Łaszczuk, A. Szumański, *Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG. Komentarz*, Warszawa 2017, za Legalis.

<sup>10</sup> Por. § 38 Regulaminu arbitrażowego Sądu Arbitrażowego przy KIG ze zmianami z 10.11.2019 r.

Nie zawsze więc regulaminy zawierają bezpośrednie postanowienia dotyczące umorzenia postępowania w razie zawarcia ugody poza postępowaniem arbitrażowym. Co więc jeśli strony zawarły ugody, ale nie chcą nadawać jej formy wyroku sądu polubownego? Odpowiedzi należy oczywiście szukać w prawie właściwym dla danego postępowania arbitrażowego. W przypadku, gdy będzie to prawo polskie, można się zatem posiłkować wskazanymi powyżej art. 1196 i art. 1198 k.p.c.

W praktyce, mimo że niektóre regulaminy nie określają wprost procedury umorzenia postępowania, zespoły orzekające (mając także na uwadze powyższe przepisy) w odpowiedzi na stosowny wniosek stron, wycofujący roszczenia i wskazujący na zawarcie ugody, często wydają postanowienie o umorzeniu postępowania arbitrażowego lub stwierdzają fakt zakończenia postępowania arbitrażowego poprzez wycofanie roszczenia.

Jednocześnie coraz częstszą praktyką jest zachęcanie stron przez arbitrów do zawarcia ugody, co powoduje także zmiany w regulaminach instytucji arbitrażowych w zakresie postanowień dotyczących ugód. W niektórych jurysdykcjach zasada taka wynika bezpośrednio z obowiązującej od dawna praktyki i przepisów prawa procesowego. Tytułem przykładu: w Niemczech przepisy wprost przewidują, że sędzia powinien podnieść temat możliwego ugodowego załatwienia sprawy na początku postępowania i z tego powodu regulamin Niemieckiego Instytutu Arbitrażowego (DIS) wskazuje, że sąd polubowny powinien zachęcać strony do zawarcia ugody na każdym etapie postępowania<sup>11</sup>. W praktyce DIS zdarza się więc, że zespoły orzekające wyrażają pogląd co do wyniku sprawy bezpośrednio po rozprawie i przewidują termin dla stron do przeprowadzenia rozmów ugodowych jeszcze przed wydaniem wyroku.

W polskim Kodeksie postępowania cywilnego ostatnio pojawiły się podobne regulacje w zakresie postępowań przed sądami powszechnymi – praktyka pokaże, czy będą miały one wpływ na przebieg postępowań arbitrażowych. Obecnie widoczne jest już, że za praktyką DIS podążają również inne instytucje arbitrażowe. I tak ostatnie zmiany do regulaminu ICC wprowadzone w 2021 r. wprost przewidują zachęcanie stron do zawarcia ugody jako technikę prowadzenia postępowania przez arbitrów, zmierzając do oszczędzania kosztów i dbania o efektywność postępowania arbitrażowego<sup>12</sup>.

### **3. MIEJSCE UGODY W POSTĘPOWANIU ARBITRAŻOWYM – UWAGI PRAKTYCZNE**

#### **3.1 Zatwierdzona ugoda jako wyrok sądu polubownego**

##### **3.1.1 Wybrane aspekty proceduralne**

Jak wskazano już powyżej, na podstawie art. 1196 § 2 k.p.c., na zgodny wniosek stron sąd polubowny może nadać ugodzie formę wyroku z tymi samymi skutkami, jakie mają miejsce w przypadku innych wyroków sądów polubownych. W takim przypadku wyrok kończy postępowanie, a sąd polubowny nie wydaje odrębnego postanowienia o umorzeniu postępowania.

---

<sup>11</sup> Por. art. 32 ust. 1 Regulaminu arbitrażowego Niemieckiego Instytutu Arbitrażowego (wersja z 2018 r.).

<sup>12</sup> Por. Załącznik IV – *Case Management Techniques* do Regulaminu arbitrażowego ICC (wersja z 2021 r.).

Fakt posłużenia się przez ustawodawcę czasownikiem „może” (zamiast „nadaje”) oznacza, że sąd polubowny nie jest związany wnioskiem stron i może odmówić nadania ugodzie formy wyroku. Choć art. 1196 k.p.c. nie przewiduje podstaw takiej odmowy, to systemowa wykładnia tego przepisu nakazuje uznać, że zakres badania przez sąd polubowny podstaw do odmowy „zatwierdzenia” ugody powinien pokrywać się z przesłankami odmowy stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego (art. 1214 k.p.c.). Skoro bowiem zatwierdzoną w tej formie ugodę stron traktuje się tak jak każdy inny wyrok sądu polubownego, to racjonalne jest oczekiwanie, że sąd polubowny będzie starał się zapewnić, że jego „wyrok” również i w tym przypadku będzie wykonalny. Warto przy tym zauważyć, że także w postępowaniu cywilnym sąd powszechny przed zatwierdzeniem ugody dokonuje badania jej ważności, co zmniejsza ryzyko prób powoływania się przez jedną z jej stron – przykładowo – na wady oświadczenia woli (art. 918 k.c.), celem podważenia tak zawartej ugody.

Jednocześnie dopuszczalne jest precyzowanie przesłanek odmowy nadania ugodzie formy wyroku w regulaminach instytucji arbitrażowych. Można zresztą łatwo odnaleźć przykłady regulaminów, które zawierają stosowne postanowienia. Dobrą egzemplifikacją jest § 43 ust. 3 Regulaminu Lewiatan, który stanowi, że Zespół Orzekający odmawia nadania ugodzie formy wyroku, jeżeli uzna, iż „(...) strony (i) prowadziły fikcyjny spór, (ii) mogą wykorzystać wyrok dla osiągnięcia bezprawnego celu lub pokrzywdzenia osoby trzeciej lub (iii) wyrok narusza w inny sposób podstawowe zasady porządku prawnego państwa miejsca postępowania arbitrażowego”<sup>13</sup>.

Praktykę weryfikacji ugody można by uznać za słuszną. Powinna ona bowiem umożliwić uniknięcie prób późniejszego kwestionowania postanowień ugody przez jedną ze stron, a tym samym sprzyjać jej dobrowolnemu wykonaniu (a jednocześnie nadawać ugodzie wyższą rangę jako zatwierdzonej przez instytucję arbitrażową). Ocena ugody przez zespół orzekający jest tym ważniejsza, że – jak wskazuje się w doktrynie – do ugody zatwierdzonej w formie wyroku stosuje się przepisy o skardze o uchylenie wyroku sądu polubownego (przepisy te nie mają natomiast zastosowania do ugód zawieranych przed sądem polubownym, ale niezatwierdzanych w formie wyroku)<sup>14</sup>. Zatwierdzenie ugody w formie wyroku sądu polubownego powoduje zatem, że ewentualne kwestionowanie takiej ugody odbywa się w innych ramach proceduralnych i na innych podstawach niż w przypadku ugód, które tego waloru nie posiadają (w ich przypadku strony mogą chociażby wnieść powództwo o stwierdzenie nieważności ugody czy powoływać się na wady oświadczeń woli)<sup>15</sup>. Racjonalne jest, że instytucje arbitrażowe zmiernają do zapewnienia środków, które ograniczają możliwość późniejszego podważenia ugody zatwierdzonej w formie wyroku – sprzyja to przy tym zachowaniu stron zgodnemu z treścią ugody.

<sup>13</sup> Por. § 43 ust. 3 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan obowiązującego od 01.03.2012 r. ze zmianami obowiązującymi od 23.03.2015 r. oraz od 08.05.2017 r.

<sup>14</sup> Zob. A. Zieliński, *Art. 1196 KPC*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, wyd. 10, Warszawa 2019; K. Górski, *Art. 1196 KPC*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 1-1217*, t. II, red. T. Szanciło, Warszawa 2019, za Legalis.

<sup>15</sup> A. Zieliński, *Art. 1196 KPC*, [w:] *Kodeks...*, red. A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska; K. Górski, *Art. 1196 KPC*, [w:] *Kodeks...*, red. T. Szanciło, za Legalis.

Zatwierdzenie ugody w formie wyroku – choć z jednej strony wiąże się z możliwością wniesienia skargi o jej uchylenie – oznacza także, że wyrok taki będzie posiadał walor powagi rzeczy osądzonej, jak również będzie podlegał wykonaniu zgodnie z przepisami k.p.c. (na terenie Polski) bądź na zasadach określonych w Konwencji nowojorskiej (w przypadku ugód zagranicznych). Nie tylko oznacza to większą transparentność procesu wykonywania ugody (w razie braku dobrowolnego spełnienia wynikających z niej zobowiązań), ale także umożliwia wykonanie ugody zagranicznej. W przypadku ugód zawartych w postępowaniu przed sądem polubownym, ale przez niego niezatwierdzonych, możliwości przymusowej egzekucji ugody za granicą są natomiast znacząco utrudnione.

Z perspektywy praktycznej pełnomocnicy stron w postępowaniu arbitrażowym – po zawarciu ugody – powinni przedstawić jej treść zespołowi orzekającemu i wnieść o zatwierdzenie ugody w formie wyroku. Po wydaniu wyroku naturalnym kolejnym krokiem będzie oczekiwanie na dobrowolne spełnienie świadczenia na zasadach określonych w ugodzie (może temu towarzyszyć wezwanie do spełnienia świadczenia w razie zobowiązań bezterminowych), a ewentualnie następnie – złożenie wniosku o stwierdzenie wykonalności wyroku i wystąpienie na drogę przymusowej egzekucji.

### 3.1.2 Wady i zalety

Zawarcie ugody w formie wyroku sądu polubownego wiąże się z szeregiem praktycznych zalet i wad, które strony powinny rozważyć przed podjęciem decyzji co do sposobu procedowania w konkretnej sprawie.

Po pierwsze, niewątpliwą zaletą tej formy ugody jest walor powagi rzeczy osądzonej oraz transparentne zasady wykonalności w razie braku dobrowolnego spełnienia wynikających z niej świadczeń. Ma to szczególne znaczenie w przypadku konieczności wykonywania ugody za granicą – w braku jej zatwierdzenia w formie wyroku strona nie ma bowiem łatwej praktycznej możliwości wszczęcia zagranicznej egzekucji świadczeń wynikających z ugody. Takie możliwości daje jednak Konwencja nowojorska, którą stosuje się do wyroków polubownych (także tych zatwierdzających ugodę).

Po drugie, ryzyko przymusowej egzekucji (w tym zagranicznej), przy jednoczesnym zatwierdzeniu ugody przez instytucję arbitrażową, może skłaniać strony do dobrowolnego zastosowania się do postanowień ugody (a więc gwarantuje wyższe prawdopodobieństwo zgodności zachowania stron z postanowieniami ugody). Również z tego względu może to być forma preferowana przez strony.

Po trzecie, choć pozornie możliwość uchylenia wyroku zatwierdzającego ugodę może stanowić ryzyko, to jednocześnie prawdopodobieństwo ziszczenia się tego ryzyka jest minimalizowane przez to, że zespół orzekający – zatwierdzając ugodę – powinien jednak czuwać nad tym, by nie naruszyła ona klauzuli porządku publicznego.

Niemniej jednak strony powinny liczyć się z ryzykiem, że zespół orzekający nie zatwierdzi ugody w formie wyroku bądź – nawet jeśli takie zatwierdzenie będzie miało miejsce – wyrok zostanie następnie skutecznie podważony w ramach postępowania ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego.

Konieczność zatwierdzenia ugody wyrokiem oraz ryzyko wszczęcia postępowania ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego mogą powodować również przedłużenie postępowania, a więc odwlekać w czasie moment, w którym ugoda zostanie faktycznie wykonana. Z tej perspektywy formalne zatwierdzanie ugody w formie wyroku może nie być preferowanym sposobem działania, jeśli stronom szczególnie zależy na czasie.

W takim przypadku zawarcie ugody w ramach postępowania arbitrażowego i „wciągnięcie” ugody do protokołu może być rozwiązaniem lepiej zabezpieczającym interesy stron.

### 3.2 Ugoda zawarta w ramach (lub „przy okazji”) postępowania arbitrażowego

#### 3.2.1 Wybrane aspekty proceduralne

Alternatywą dla zatwierdzenia ugody w formie wyroku jest procedura określona w art. 1196 § 1 k.p.c., zgodnie z którą treść ugody wciągana jest do protokołu (lub dokumentu stanowiącego jego część), a sąd polubowny umarza postępowanie, wobec zakończenia sporu. W takim przypadku ugoda nie stanowi wyroku i nie jest zatwierdzana przez sąd polubowny. Możliwy jest także przy tym scenariusz, w którym strony zdecydują się zawrzeć ugode poza postępowaniem arbitrażowym i wnieść o jego umorzenie. Zagadnienia wynikające z przyjęcia tego scenariusza omówimy na marginesie uwag dotyczących ugody, której treść „wciągana” jest do protokołu.

W razie zawarcia ugody strony przedkładają ją zespołowi orzekającemu, który wciąga treść ugody do protokołu (bądź osobnego dokumentu stanowiącego jego część), celem podpisania przez strony. W przypadku, w którym strony zawierają ugode poza ramami postępowania arbitrażowego, nie dochodzi do jej uwzględnienia w protokole – strony mogą jednak poinformować zespół orzekający, że zawarły ugode, a następnie złożyć zgodny wniosek o umorzenie postępowania. Ugoda w tym wariantcie pozostaje formalnie nieobjęta ramami postępowania. Kluczowe w tym przypadku będzie oczywiście odpowiednie określenie w samej ugodzie zobowiązań stron w zakresie wniosków o umorzenie postępowania i cofnięcie roszczeń, tak aby umożliwić skuteczne zakończenie postępowania po jej zawarciu.

Z uwagi na fakt, że w obu powyższych przypadkach ugoda nie stanowi wyroku, nie korzysta ona z powagi rzeczy osądzonej – jest jednak skuteczną i wiążącą strony umową (art. 917 k.c.), której nie można podważyć w drodze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego. Jednocześnie, w razie wszczęcia postępowania w sprawie rozstrzygniętej już ugodą, możliwe jest podniesienie zarzutu powagi rzeczy ugodzonej (który jest zarzutem merytorycznym, a nie formalnym, wobec czego prowadzi do oddalenia powództwa, a nie do jego odrzucenia)<sup>16</sup>.

Brak zastosowania przepisów o skardze o uchylenie do tego typu ugód nie oznacza jednak, że ugody, której treść stanowi część protokołu (bądź zawartej „z boku” postępowania) nie sposób podważyć. Przeciwnie,

<sup>16</sup> R. Morek, A. Budniak-Rogala, *Art. 1196 KPC*, [w:], *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. E. Marszałkowska-Krześ, Warszawa 2021, wyd. 29, za Legalis.

liczba możliwości, po które może sięgnąć strona w celu podważenia ugody, jest znacznie większa niż w przypadku ugody przybierającej formę wyroku. Strona może na przykład usiłować uchylić się od skutków oświadczenia woli (jako zawartego np. pod wpływem błędu), wnieść powództwo na podstawie art. 189 k.p.c. o ustalenie jej nieważności bądź – w ostateczności – wnieść powództwo przeciwegzekucyjne.

Ugoda zawarta przed sądem polubownym podlega art. 1214 i 1215 k.p.c., a więc w celu wszczęcia egzekucji niezbędne jest najpierw stwierdzenie jej wykonalności<sup>17</sup>. Na etapie stwierdzenia wykonalności sąd powszechny zbada wobec tego, czy ugoda nie narusza zasad porządku publicznego Rzeczypospolitej Polskiej. W doktrynie można spotkać pogląd, zgodnie z którym badanie ugody przez sąd powszechny jest wystarczające do zapewnienia jej wykonalności, zaś dodatkowa weryfikacja ugody przez sąd arbitrażowy na etapie „wciągania” osnowy ugody do protokołu (model omówiony powyżej) jest zbędna (i nie znajduje podstaw w art. 1196 § 2 k.p.c.)<sup>18</sup>. Z tym poglądem nie sposób się jednak zgodzić z uwagi na: (a) aspekty praktyczne oraz (b) konieczność zapewnienia stronom gwarancji „procesowych”. Wyrok sądu polubownego ukonstytuowanego przy instytucji arbitrażowej najczęściej podlega weryfikacji (przykładem mogą być wyroki wydawane przez trybunały ICC) – brak jest uzasadnionych podstaw, aby odmiennie traktować ugody w formie wyroków. Ponadto sytuację, w której strony miałyby się dowiadywać o wadliwość ugody, którą zawarły w ramach postępowania o stwierdzenie jej wykonalności, należy uznać za niekorzystną nie tylko z uwagi na aspekt funkcjonalny (czas), ale także z uwagi na cel ugody i ochronę interesów stron.

### 3.2.2 Wady i zalety

Model, w ramach którego ugoda jest zawierana w toku postępowania arbitrażowego (bądź jedynie w związku z nim, bez wciągania osnowy ugody do protokołu postępowania), również ma swoje wady i zalety.

Po pierwsze, w tym przypadku nie istnieje ryzyko negatywnej weryfikacji ugody przez arbitrów, skoro etap ten nie będzie miał w ogóle miejsca (aczkolwiek ryzyko to może zmaterializować się na etapie stwierdzenia wykonalności ugody zawartej przed sądem polubownym).

Po drugie, brak konieczności nadawania ugodzie formy wyroku może także przyczynić się do przyspieszenia zakończenia i zaoszczędzenia kosztów postępowania arbitrażowego, bowiem nie wymaga zaangażowania zespołu orzekającego w przygotowanie i umotywowanie wyroku inkorporującego treść ugody.

Niemniej jednak, jak już wskazano, ugody zawierane w tej formie nie posiadają waloru powagi rzeczy osądzonej (tworząc jedynie stan powagi rzeczy ugodzonej) i mogą być bardziej narażone na próby ich podważenia (z uwagi na większy katalog środków, które strona może chcieć w tym celu wykorzystać).

<sup>17</sup> Ugoda zawarta przed sądem polubownym może zatem stać się tytułem egzekucyjnym, podczas gdy ugoda zawarta w sposób całkowicie prywatny przez strony pozostaje umową i wywołuje jedynie skutek rzeczy ugodzonej (wyr. SN z 12.04.2018 r., II CSK 375/17, Legalis nr 1771612).

<sup>18</sup> R. Morek, A. Budniak-Rogala, *Art. 1196 KPC*, [w:] *Kodeks...*, za Legalis.

W końcu, w przypadku ugód, które nie są zawierane przed sądem polubownym, brak jest możliwości wystąpienia o stwierdzenie ich wykonalności w trybie art. 1214 i art. 1215 k.p.c., co znacząco utrudnia dochodzenie spełnienia świadczeń wynikających z ugody w razie braku ich dobrowolnego spełnienia przez dłużnika.

#### 4. WNIOSKI

Najnowsze trendy w praktyce arbitrażowej pokazują, że coraz więcej postępowań może kończyć się zawarciem ugody przez strony. Choć chęć zawarcia ugody zależeć będzie od konkretnej sprawy i przebiegu postępowania arbitrażowego, praktyka pokazuje, że strony postępowania (szczególnie te planujące dalsze relacje biznesowe) mogą taki wynik – w którym obie strony niejako odnoszą sukces – uznać za najbardziej korzystny.

W razie przystąpienia do negocjacji ugodowych i planowania strategii negocjacyjnej w pierwszej kolejności rozważyć należy więc, jaka forma ugody będzie najbardziej korzystna i odpowiednia z perspektywy reprezentowanej strony postępowania. Jak wskazano bowiem powyżej, każde z możliwych rozwiązań (czy to ugoda zatwierdzona w formie wyroku, czy też nie) niesie za sobą określone korzyści i ryzyka, a ponadto wymaga odpowiedniego zaadresowania w samej ugodzie.



*Opracowanie redakcyjne: mec. Agnieszka Grabowska-Lysyzyn, dr Konrad Czech  
Skład i łamanie: Piotr Tarasiuk*