

Forma zapisu na sąd polubowny w świetle polskiego i niemieckiego postępowania cywilnego – zagadnienia prawnoporównawcze

I. Uwagi wstępne

Wybór przez strony drogi postępowania przed sądem polubownym prowadzi do (przynajmniej czasowego) wyłączenia realizacji konstytucyjnej zasady prawa do sądu. W związku z tym obowiązujące przepisy prawne powinny precyzyjnie określać warunki ograniczenia jej stosowania i dopuszczalności drogi arbitrażowej. Nie dziwi więc fakt, że zarówno umowy międzynarodowe, jak i regulacje państwowe przywiązują duże znaczenie do wymagań dotyczących sporządzania i realizacji zapisu na sąd polubowny.

Należy zaznaczyć, że może on przybrać charakter klauzuli zawartej w umowie cywilnoprawnej lub występować w postaci odrębnej umowy. Obydwa te rozwiązania dopuszczalne są zarówno na gruncie prawa polskiego, jak i niemieckiego¹. W literaturze przedmiotu podkreśla się jednak, że trzeba je traktować na równi w zakresie ich mocy wiążącej i skutków. Dlatego też wymagania dotyczące formy umowy o arbitraż należy odnosić zarówno do kompromisu, jak i do klauzuli kompromisarskiej².

Obecnie standardem jest wymóg zachowania formy pisemnej zapisu na sąd polubowny (art. 7 ust. 2 zd. 1 ustawy modelowej UNCITRAL). Obowiązek spełnienia takiego warunku znajdujemy nie tylko w prawie polskim (art. 1162 KPC), ale też niemieckim (§ 1031 ZPO), francuskim, belgijskim, szwajcarskim, amerykańskim czy nawet chińskim³. Tylko nieliczne kraje dopuszczają odstępianie od formy pisemnej umowy o arbitraż, a wśród nich Holandia, Dania i Szwecja⁴.

W związku z intensywnym rozwojem różnorodnych form komunikowania się między ludźmi w nowoczesnym prawie arbitrażowym dominuje liberalne podejście do zagadnienia formy umowy o arbitraż⁵. Już Konwencja nowojorska z 1958 r., która wymagała

¹ A. Budniak, Treść zapisu na sąd polubowny w świetle przepisów polskiego i niemieckiego postępowania cywilnego – wybrane zagadnienia, ADR. Arbitraż i Mediacja 2009, Nr 3, s. 19–20.

² R. Kulski, Umowy procesowe w postępowaniu cywilnym, Warszawa 2006, s. 204.

³ R. Morek, Mediacja i arbitraż (art. 183¹–183¹⁵, 1154–1217 KPC). Komentarz, Warszawa 2006, s. 139.

⁴ R. Kulski, *op. cit.*, s. 205.

⁵ *Ibidem*, s. 139.

wprawdzie zachowania formy pisemnej zapisu na sąd polubowny, dopuszczała także możliwość zawarcia go za pomocą „wymiany listów lub telegramów” (art. II ust. 2 *in fine*). Z kolei Europejska konwencja genewska z 1961 r. umożliwiała dokonanie zapisu na sąd polubowny nie tylko przez podpis stron pod tą umową, ale też w formie „wymiany listów, telegramów lub zawiadomień dalekopisem”. Dalsza liberalizacja wymagań formalnych nastąpiła w prawie modelowym UNCITRAL z 1985 r. Artykuł 7 ust. 2 tej konwencji nie mówi bowiem już tylko o „wymianie telefaksów lub telegramów”, ale (zapewne ze względu na pojawienie się nowych możliwości telekomunikacyjnych) odwołuje się też do „innych środków porozumiewania się na odległość, które pozwalają ustalić treść umowy”.

Zachowanie powyższych standardów dotyczących zliberalizowanej formy zapisu na sąd polubowny widoczne jest tak w polskim, jak i niemieckim prawie postępowania cywilnego. Ustawodawcy obu krajów wzorowali się bowiem w tym zakresie na prawie modelowym UNCITRAL. W Polsce regulacja sądownictwa polubownego została zmieniona na mocy ustawy z 28.7.2005 r., która weszła w życie 1.1.2006 r. Natomiast w Niemczech nowelizacja przepisów dotyczących arbitrażu miała miejsce nieco wcześniej – na podstawie ustawy z 22.12.1997 r., obowiązującej od 1.1.1998 r.

W niniejszym opracowaniu przedstawione zostaną warunki formalne dotyczące zapisu na sąd polubowny stawiane w obu krajach. Ma ono ponadto na celu omówienie i porównanie nietypowych rozwiązań w tym zakresie charakterystycznych dla Polski i dla Niemiec.

Antycypując poniższe rozważania, na wstępie należy podkreślić, że w polskim orzecznictwie wyrażony został pogląd, iż niezależnie od przyjętego stanowiska odnośnie do charakteru zapisu na sąd polubowny, z punktu widzenia jego formy zastosowanie znajdują nie tylko przepisy Kodeksu postępowania cywilnego, ale również stosowane (w zależności od przyjętego poglądu) odpowiednio lub wprost przepisy Kodeksu cywilnego o czynnościach prawnych. Podobne stanowisko wyraża również doktryna niemiecka, jeśli chodzi o stosowanie do umowy o arbitraż norm BGB dotyczących ważności czynności prawnych w przypadku braku regulacji ZPO w tym przedmiocie⁶.

⁶ Określenie reżimu prawnego mającego zastosowanie do zapisu na sąd polubowny (a konkretnie możliwości stosowania do umowy arbitrażowej nie tylko przepisów procedury cywilnej, ale również – wprost lub odpowiednio – przepisów prawa cywilnego materialnego) jest (zarówno w Polsce, jak i w Niemczech) kwestią bardzo problematyczną. Dla jej rozstrzygnięcia decydujące znaczenie ma określenie charakteru prawnego zapisu na sąd polubowny. Umowę arbitrażową uznaje się za umowę o charakterze materialnoprawnym, procesowym, mieszanym (materialno-procesowym) lub *sui generis*. Wieloletni spór w tym przedmiocie pozostaje wciąż nierozstrzygnięty. Traci on jednak na znaczeniu praktycznym z uwagi na zaprezentowane ostatnio poglądy orzecznictwa i doktryny. Na gruncie prawa polskiego szczególnie istotne znaczenie dla omawianej kwestii ma uchw. SN z 8.3.2002 r. (III CZP 8/02, OSNC 2002, Nr 11, poz. 133). Zdaniem Sądu „przy przyjęciu materialnoprawnego charakteru zapisu niewątpliwie jest zastosowanie do niego wprost przepisów kodeksu cywilnego. Jednak nawet wówczas, gdy zapisowi na sąd polubowny przypisuje się charakter umowy procesowej, dopuszcza się odpowiednie stosowanie do niej ogólnych przepisów prawa materialnego o czynnościach prawnych (...); konieczność sięgania do przepisów kodeksu cywilnego, przyznawana także przez zwolenników tzw. teorii procesowej zapisu, wynika z tego, że kodeks postępowania cywilnego nie zawiera przepisów ogólnych o umowach procesowych, a co do samego zapisu – nie zawiera regulacji wyczerpującej”. Identyczny pogląd na gruncie prawa niemieckiego wyraził *J. Münch*. Jego zdaniem, w każdym przypadku należy dopuścić możliwość stosowania do zapisu na sąd polubowny przepisów prawa cywilnego dotyczących ważności czynności prawnych, niezależnie od tego, jaką koncepcję charakteru prawnego tej umowy uzna się za obowiązującą. Wniosek taki wynika bezpośrednio z natury umowy arbitrażowej (tak: *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax*, Münchener Kommentar zur

II. Forma pisemna

Jak już wspomniano, wymóg zachowania dla zawarcia umowy o arbitraż formy pisemnej wciąż należy do standardów światowych.

1. Regulacja polska

Kodeks postępowania cywilnego spełniał to wymaganie już od dawna. Zgodnie z treścią uchylonego art. 698 § 1 KPC zapis na sąd polubowny mógł być zawarty jedynie na piśmie i musiał być podpisany przez obie strony⁷. W związku z postępującym rozwojem różnorodnych form porozumiewania się na odległość przedmiotowa regulacja uznawana była za przestarzałą i zbyt rygorystyczną.

Wychodząc naprzeciw liberalizacji wymagań dotyczących formy umowy o arbitraż, polski ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie w 2006 r. do Kodeksu postępowania cywilnego istotnych zmian w tym zakresie. Wprawdzie regulą jest obecnie, tak samo jak dotychczas, że zapis powinien być sporządzony na piśmie, wymóg ten został jednak w istotny sposób złagodzony przez przepisy art. 1162 § 2 oraz art. 1163 KPC.

Artykuł 1162 § 1 KPC wymaga zachowania formy pisemnej, inaczej jednak niż d. art. 698 § 1 KPC – nie wspomina już o obowiązku podpisania zapisu przez strony. Wbrew pozorom interpretacja powyższej zmiany nie jest prosta i jednoznaczna. Zdaniem *J. Ciszewskiego* i *T. Erecińskiego* zgodnie z treścią art. 1162 § 1 KPC, sporządzony na piśmie zapis nie musi być podpisany przez obie strony⁸. Warunek pisemności spełniony jest także wtedy, gdy osoba związana zapisem nie złożyła pod nim własnoręcznego podpisu⁹. Wydaje się, że z powyższą tezą słusznie nie zgadza się *R. Kulski*¹⁰. Jego zdaniem Kodeks postępowania cywilnego poza ogólnym wymogiem, że umowa procesowa musi być sporządzona na piśmie, nie określa bliżej jej formy i w związku z tym będzie ona zależała od przepisów prawa materialnego o zawieraniu umów w formie pisemnej¹¹. Zgodnie z treścią art. 78 § 1 zd. 1 KC do zachowania formy pisemnej niezbędne jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. W związku z tym różnica pomiędzy treścią d. art. 698 § 1 i art. 1162 § 1 KPC nie ma istotnego znaczenia. W obu przepisach zachowany jest wymóg formy pisemnej, do którego spełnienia niezbędne jest dotrzymanie warunku określonego w art. 78 § 1 zd. 1 KC – podpisu. Podkreślenie w treści d. art. 698 § 1 KPC obowiązku złożenia podpisu na zapisie na sąd polubowny było w związku z tym zbędnym powtórzeniem art. 78 § 1 zd. 1 KC. Dlatego wydaje się, że należałoby

Zivilprozeßordnung, München 2001, s. 1016–1017). Szerzej na temat problematyki charakteru prawnego zapisu na sąd polubowny por. *A. Budniak*, Charakter prawny oraz dopuszczalność zawarcia zapisu na sąd polubowny w prawie polskim i niemieckim, *Rej.* 2008, Nr 9–10, s. 37–68, 66–87.

⁷ *R. Morek*, *op. cit.*, s. 141.

⁸ *J. Ciszewski*, *T. Ereciński* (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część czwarta. Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Część piąta. Sąd polubowny (arbitrażowy), Warszawa 2006, s. 372.

⁹ *Ibidem*, s. 376.

¹⁰ *R. Kulski*, *op. cit.*, s. 205, 207, 208.

¹¹ *Ibidem*, s. 206.

się w tym wypadku przychylić do poglądu *R. Kulskiego*, zgodnie z którym do zachowania formy pisemnej umowy procesowej (a więc również zapisu na sąd polubowny) niezbędne jest złożenie przez strony podpisów na dokumencie obejmującym treść umowy¹².

Wymogu tego nie spełnia dołączony przez powoda do pozwu dokument podpisany tylko przez jedną ze stron, ponieważ w formie pisemnego oświadczenia musi być wyrażona wola **każdej** ze stron, że chce ona poddać spór pod rozstrzygnięcie sądu polubownego. Nie wystarczy do tego również pisemne poświadczenie, że strony ustnie się umówiły, że rozstrzygną konflikt w drodze arbitrażu (choćby nawet pochodziło ono od nich samych). Jeżeli jednak strony stwierdziły w takim poświadczeniu, że podtrzymują zawartą ustnie umowę procesową, to skutek tej umowy nastąpi. Oświadczenie takie będzie uważane za zawarcie umowy pisemnej o treści identycznej z poprzednio zawartą umową ustną¹³.

Aby wymóg formy pisemnej był zachowany, podpisy stron muszą się znajdować na przedniej stronie dokumentu (z przodu lub z boku), pod tekstem umowy, i muszą być własnoręczne (art. 78 § 1 zd. 1 KC). Według *R. Kulskiego* wynika z tego, że podpis:

- 1) nie może być odbity sposobem mechanicznym ani sporządzony za pomocą maszyny do pisania (musi być własnoręczny),
- 2) musi wskazywać dostatecznie dokładnie osobę wymienioną jako strona umowy procesowej (do czego wystarczy podanie samego nazwiska, umieszczenie imienia nie jest konieczne),
- 3) nie musi być całkiem wyraźny lub czytelny, musi jednak wyglądać tak, aby każdy znający nazwisko strony mógł je odczytać (nie może być więc zupełnie nieczytelny lub jedynie w formie skróconej – parafy)¹⁴.

Ze względu na powyższe uwagi, pomimo zmiany przepisu dotyczącego formy pisemnej umowy o arbitraż, wciąż aktualne jest stanowisko *E. Samsela* dotyczące tej kwestii¹⁵. Podpisy umawiających się stron powinny być wprawdzie, jak już wspomniano, własnoręczne, nie muszą być jednak złożone na jednym piśmie. Zgodnie z treścią art. 78 § 1 zd. 2 KC do zawarcia zapisu na sąd polubowny wystarczy wymiana odrębnych dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany. Takie pisma uzupełniają się wzajemnie i stanowią jeden dokument. Strony mogą zatem zawrzeć umowę o arbitraż w formie tzw. **wymiany korespondencji**¹⁶.

Równoważne formie pisemnej jest również oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 78 § 2 KC)¹⁷. Zastosowanie tego przepisu

¹² *Ibidem*, s. 207.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Por. *E. Samsel*, Forma umowy arbitrażowej, R. Pr. 2005, Nr 1, s. 84 i n.

¹⁶ *J. Ciszewski, T. Ereciński* (red.), *op. cit.*, Warszawa 2006, s. 372; podobnie *R. Kulski, op. cit.*, s. 208; *E. Samsel, op. cit.*, s. 84, 85.

¹⁷ Warunki i skutki prawne stosowania podpisu elektronicznego oraz zasady świadczenia usług certyfikacyjnych i zasady nadzoru nad podmiotami świadczącymi te usługi określa ustawa z 18.9.2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz.U. Nr 130 poz. 1450 ze zm.); *R. Kulski, op. cit.*, s. 208, 209; podobnie *Z. Radwański*, Elektroniczna forma czynności prawnej, MoP 2001, Nr 22, s. 1107; *E. Samsel, op. cit.*, s. 85.

w stosunku do zapisu na sąd polubowny będzie zapewne w obecnym stanie prawnym należało do rzadkości ze względu na wprowadzenie możliwości zawarcia umowy o arbitraż za pomocą środków porozumiewania się na odległość (art. 1162 § 2 zd. 1 KPC).

Warto podkreślić, że jeżeli spór wynika z umowy, która dla swej ważności wymaga formy szczególnej (np. aktu notarialnego), **dla ważności zapisu na sąd polubowny wystarcza zwykła forma pisemna**¹⁸.

2. Regulacja niemiecka

Zgodnie z treścią § 1031 ust. 1 ZPO również w Niemczech regułą jest wymóg zachowania formy pisemnej przy sporządzaniu umowy o arbitraż. Jednakże przepis ten formułuje powyższą normę w nieco innym ujęciu niż art. 1162 § 1 KPC. Zgodnie z jego treścią zapis na sąd polubowny musi być zawarty albo w dokumencie podpisanym przez strony, albo w wymienionych przez nie pismach, faksach, telegramach lub za pomocą innych środków porozumiewania się na odległość, które zabezpieczają dowód zawarcia porozumienia. Przepis § 1031 ust. 1 ZPO zawiera więc dwie alternatywy. Pierwsza z nich odpowiada treści art. 1162 § 1 KPC. Druga zawiera natomiast regulację podobną do art. 1162 § 2 KPC i zostanie w związku z tym omówiona w toku dalszych rozważań.

Ze względu na znaczące podobieństwo do przepisów prawa materialnego o formie czynności prawnej, **normę zawartą w § 1031 ust. 1 ZPO nazywa się często „zmodyfikowaną formą pisemną z § 126 BGB”** („*modifizierte Schriftform des § 126 BGB*”)¹⁹. W literaturze panuje w związku z tym pogląd, że nie można generalnie wyłączyć możliwości zastosowania § 126 BGB w celu interpretacji § 1031 ZPO. Należy jednak zawsze pamiętać, że przesłanki określone w § 1031 ZPO nie pokrywają się w pełni z treścią § 126 BGB²⁰. Nieco inne stanowisko przyjmują przedstawiciele doktryny polskiej na tle przepisów KPC. Jak już wspomniano, ich zdaniem do interpretacji treści art. 1161 § 1 KPC należy stosować przepisy KC dotyczące formy pisemnej.

Zgodnie z § 1031 ust. 1 alt. 1 ZPO zapis na sąd polubowny musi być zawarty w dokumencie podpisanym przez strony. Podpis ma zostać złożony w taki sposób, żeby „zamykał przestrzennie dokument”²¹ (znajdował się poniżej jego treści). Zdaniem doktryny i judykatury, dla zachowania warunków formy pisemnej nie ma znaczenia, czy został on złożony przed czy po sporządzeniu (pełnego) tekstu dokumentu. Nawet jeżeli treść znajdująca się powyżej podpisów stron zostanie już po ich złożeniu zmieniona lub uzupełniona, to dokument będzie nadal ważny, jeżeli powyższa zmiana lub uzupełnienie odpowiadać będzie zgodnej woli stron²². Taka interpretacja wydaje się być niedopuszczalna na gruncie prawa polskiego.

¹⁸ Orz. SN z 23.4.1936 r., II C 110/36, PPC 1936, Nr 19, s. 605; J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, Warszawa 2006, s. 372; podobnie R. Kulski, *op. cit.*, s. 213; E. Samsel, *op. cit.*, s. 85.

¹⁹ K.H. Schwab, G. Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*. Kommentar, München 2000, s. 44.

²⁰ I. Saenger, *Zivilprozessordnung*. Handkommentar, Baden-Baden 2006, s. 1750.

²¹ K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 45.

²² *Ibidem*; BGH NJW 1994, 2300, 2301; RGZ 52, 277, 280.

Przeważająca część doktryny niemieckiej uważa, że przy składaniu podpisu nie jest niezbędne użycie nazwiska (inaczej niż w § 126 ust. 1 alt. 1 BGB), wystarczy, aby istniała jedynie możliwość identyfikacji osoby fizycznej, która tej czynności dokonała²³. Odmienny pogląd reprezentują *K.H. Schwab* i *G. Walter*. Podkreślają oni jednak, że dla ważności zapisu na sąd polubowny wystarczy podanie nazwiska rodzowego. Można się również podpisać przy użyciu pseudonimu, ale jest to każdorazowo uzależnione od zasad przyjętych w danych stosunkach (*Verkehrsübung*). Natomiast dokonanie subskrypcji przy zastosowaniu tytułu lub poprzez określenie stosunku pokrewieństwa jest zdaniem tych autorów niewystarczające²⁴.

Inaczej niż w Polsce, według licznych przedstawicieli literatury niemieckiej podpis nie musi zostać złożony własnoręcznie (*a contrario* § 1031 ust. 5 ZPO). Nie znajduje więc tutaj zastosowania § 126 ust. 1 alt. 1 BGB²⁵.

Szczególnie problematyczna jest możliwość zastosowania do umowy o arbitraż § 126 ust. 3 BGB odpowiadającego polskiemu art. 78 § 2 KC. Zgodnie z jego treścią, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, to zamiast formy pisemnej można skorzystać z formy elektronicznej, zdefiniowanej w § 126a BGB. W takim przypadku wystawca dokumentu elektronicznego zawierającego oświadczenie woli musi go zaopatrzyć w bezpieczny podpis elektroniczny zgodnie z Ustawą o podpisie elektronicznym (*Signaturgesetz*, SigG). Ze względu na powyższe uwagi, dotyczące stosowania § 126 BGB do wykładni przepisów regulujących formę zapisu na sąd polubowny oraz brak normy prawnej zakazującej zastosowania w tym przypadku § 126 ust. 3 BGB, wydaje się, że nie ma przeszkód w użyciu w stosunku do umowy o arbitraż formy elektronicznej. Należy pamiętać, że aby doszła ona do skutku, niezbędne jest wystawienie i podpisanie w powyższy sposób jednobrzmiących dokumentów przez wszystkie strony (§ 126a ust. 2 BGB). Podobnie jak w Polsce, zastosowanie tej konstrukcji będzie miało tutaj jednak charakter marginalny ze względu na liberalną treść § 1031 ust. 1 alt. 2 ZPO, regulującego możliwość zawarcia zapisu na sąd polubowny za pomocą środków porozumiewania się na odległość bez użycia bezpiecznego podpisu elektronicznego.

Tak jak w Polsce, podpisy stron zapisu na sąd polubowny nie muszą zostać złożone na tym samym dokumencie. Jeżeli umowa arbitrażowa sporządzona została w postaci kilku jednobrzmiących dokumentów, to wystarczy, że każda ze stron podpisze egzemplarz przeznaczony dla drugiej strony (§ 126 ust. 2 BGB)²⁶.

W Niemczech również uznaje się, że wymóg zachowania formy aktu notarialnego w stosunku do umowy podstawowej nie ma wpływu na warunki ważności zapisu na sąd polubowny²⁷.

²³ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax, op. cit.*, s. 1063, 1064; podobnie *I. Saenger, op. cit.*, s. 1751.

²⁴ *K.H. Schwab, G. Walter, op. cit.*, s. 44.

²⁵ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax, op. cit.*, s. 1063; podobnie *I. Saenger, op. cit.*, s. 1751; *A. Baumach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, Zivilprozessordnung, München 2007*, s. 2600.

²⁶ *A. Baumach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, op. cit.*, s. 2600; podobnie *K.H. Schwab, G. Walter, op. cit.*, s. 45.

²⁷ *I. Saenger, op. cit.*, s. 1751; podobnie *K.H. Schwab, G. Walter, op. cit.*, s. 44–45; *BGHZ 69, 260, 264*.

III. Zawarcie zapisu za pomocą środków porozumiewania się na odległość

Zawarcie umowy o arbitraż za pomocą środków porozumiewania się na odległość jest dopuszczalne zarówno w Polsce, jak i w Niemczech. Przepisy regulujące tę kwestię są bardzo podobne, ponieważ ustawodawcy obu krajów wzorowali się w tym przypadku na art. 7 ust. 2 zd. 2 alt. 2 ustawy modelowej UNCITRAL.

1. Regulacja polska

Możliwość dokonania zapisu na sąd polubowny przez wymianę pism lub oświadczeń złożonych za pomocą środków porozumiewania się na odległość (art. 1162 § 2 zd. 1 KPC) jest w polskim prawie nowością.

Według *R. Morka*, inaczej niż przy zachowaniu omówionej wcześniej formy pisemnej z art. 1162 § 1 KPC, pisma lub oświadczenia wymieniane za pomocą środków porozumiewania się na odległość nie muszą zostać opatrzone ani podpisem własnoręcznym, ani bezpiecznym podpisem elektronicznym. Jedynym warunkiem jest, aby pozwalały one utrwalić treść umowy²⁸. Może tutaj chodzić zarówno o wymianę telefaksów lub telegramów, jak również ich nowocześniejszych odpowiedników, takich jak poczta elektroniczna (e-mail)²⁹. Każda z tych form pozwala na porozumiewanie się stron na odległość i równocześnie spełnia wymaganie możliwości utrwalenia treści pisma lub oświadczenia:

- w wypadku telefaksu – faksowy przekaz oświadczenia lub pisma,
- w wypadku telegramu – dokument zawierający dokładną treść pisma lub oświadczenia,
- a w wypadku poczty elektronicznej jest ona zapisana na dysku komputera i może być w każdej chwili wydrukowana³⁰.

Również zdaniem *J. Ciszewskiego* i *T. Erecińskiego*, zgodnie z treścią art. 1162 § 1 KPC nie jest konieczne, aby pisma i oświadczenia były opatrzone podpisami stron. Nie ma więc żadnego znaczenia, że warunek taki nie mógłby być w ogóle spełniony przy wymianie telegramów. Nie jest również istotne, że w przypadku telefaksu znajdujący się na piśmie lub oświadczeniu podpis nie byłby oryginalny, lecz jedynie dokładnie odwzorowany. Także w razie wymiany poczty elektronicznej nie ma konieczności, aby oświadczenia stron zostały zaopatrzone w bezpieczne podpisy elektroniczne³¹. Według *R. Kulskiego* teza ta jest dyskusyjna³².

W omawianym zakresie przychylić należy się jednak do poglądu *R. Morka* oraz *J. Ciszewskiego* i *T. Erecińskiego*. Zastosowanie wykładni teleologicznej (celowościowej) prowadzi bowiem do następujących wniosków. Gdyby ustawodawca zdecydował, że dopuszczalne będzie zawarcie umowy o arbitraż za pomocą środków porozumiewania się na odległość

²⁸ *R. Morek, op. cit.*, s. 142–143.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), op. cit.*, Warszawa 2006, s. 372.

³¹ *Ibidem*.

³² *R. Kulski, op. cit.*, s. 208.

i wymagał przy tym równocześnie złożenia podpisów przez strony, to nie byłoby konieczne wprowadzanie do Kodeksu postępowania cywilnego art. 1162 § 2 zd. 1, ponieważ zapis mógłby zostać zawarty w podobny sposób na podstawie art. 1162 § 1 KPC w zw. z art. 78 § 2 KC (przy użyciu bezpiecznego podpisu elektronicznego). Regulacja art. 1162 § 2 zd. 1 KPC byłaby w takim wypadku tylko bezcelowym powtórzeniem przytoczonych przepisów. Ponadto stawianie wymogu podpisów przez obie strony w wypadku zawarcia zapisu na sąd polubowny w formie wymiany pism lub oświadczeń byłoby sprzeczne z ideą zliberalizowania wymagań w zakresie formy umowy o arbitraż i niezgodne z przepisami omówionych wcześniej konwencji (nowojorskiej i genewskiej), które są przecież dla Polski wiążące. Pogląd R. Kulskiego jest również sprzeczny z wykładnią językową (gramatyczną). Artykuł 1162 § 2 zd. 1 KPC nie wymaga bowiem *expressis verbis* złożenia podpisu przez strony. Należy więc przychylić się do wniosku, że pisma lub oświadczenia wymienione przez strony za pomocą środków porozumiewania się na odległość nie muszą być przez nie podpisane.

2. Regulacja niemiecka

Jak już wspomniano, zgodnie z treścią § 1031 ust. 1 alt. 2 ZPO zapis na sąd polubowny może być w Niemczech dokonany za pomocą wymiany pism, faksów, telegramów lub za pomocą innych środków porozumiewania się na odległość, które zabezpieczają dowód zawarcia porozumienia.

Nieco inaczej niż art. 1162 § 2 zd. 1 KPC przepis ten wymienia konkretne przykłady możliwości zawarcia umowy o arbitraż w takiej formie. Wyliczenie to nie ma jednak charakteru zamkniętego³³. Zapis na sąd polubowny może więc dojść do skutku zarówno przez wymianę pism, faksów lub telegramów, jak i przy wykorzystaniu innych technik komunikacji, w szczególności w drodze elektronicznej wymiany danych, przy użyciu poczty elektronicznej, wymiany nagrań na taśmie magnetofonowej, zapisywania na własny nośnik informacji elektronicznej z innego serwera za pośrednictwem sieci (*download*) oraz innych technik przekazywania informacji mogących powstać w przyszłości (np. drogą satelitarną)³⁴.

Zdaniem J. Müncha w porównaniu do wymogu formy pisemnej z § 1031 ust. 1 alt. 1 ZPO, alt. 2 tego przepisu zawiera zasadnicze ułatwienia:

- 1) ustawodawca zrezygnował tutaj z wymogu jedności dokumentu (możliwe jest bowiem zawarcie zapisu na sąd polubowny w drodze wymiany pism, faksów, telegramów lub innych środków porozumiewania się na odległość)³⁵;
- 2) nie ma wątpliwości, że w takim przypadku zbędne jest złożenie pod umową o arbitraż własnoręcznego podpisu przy użyciu nazwiska³⁶, nie istnieje przy tym również konieczność opatrzenia jej bezpiecznym podpisem elektronicznym³⁷;

³³ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1064.

³⁴ *Ibidem*; podobnie I. Saenger, *op. cit.*, s. 1751.

³⁵ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1064.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, München 2007, s. 2432; podobnie I. Saenger, *op. cit.*, s. 1751.

3) zapis na sąd polubowny odpowiadający wymogom § 1031 ust. 1 alt. 2 ZPO nie musi mieć nawet postaci „fizycznej” – dla jego ważności wystarczy bowiem również forma „wirtualna”, jeżeli tylko można będzie na tej podstawie udowodnić treść uzgodnień stron³⁸.

W ekstremalnym przypadku umowa o arbitraż może być więc zawarta nawet w postaci wizualnie niedostrzegalnego zapisu na nośniku magnetycznym³⁹.

IV. Połowiczna forma pisemna

Paragraf 1031 ust. 2 ZPO umożliwia zawarcie umowy o arbitraż w tzw. połowicznej formie pisemnej (*halbe Schriftform*), która **nie ma swojego odpowiednika w prawie polskim w ramach przepisów regulujących postępowanie przed sądami polubownymi**. Stosownie do jego treści dla ważności zapisu na sąd polubowny wystarczy, że znajdzie się on w piśmie przekazanym przez jedną ze stron drugiej stronie lub przez osobę trzecią obydwu stronom, a treść tego pisma uznać należy zgodnie ze zwyczajami obrotu obowiązującymi w danych stosunkach za umowę, która dojdzie do skutku w przypadku braku sprzeciwu ze strony odbiorcy, złożonego przed upływem określonego terminu.

Może tutaj chodzić o dwie sytuacje:

- 1) gdy oferta zawarcia umowy (zawierającej klauzulę arbitrażową) jednej ze stron skierowana do drugiej strony nie ma charakteru pisemnego (lub gdy strony już właściwie zawarły ustnie umowę z zapisem na sąd polubowny) – wtedy druga strona przekazuje sama lub za pośrednictwem osoby trzeciej dokument z potwierdzeniem przyjęcia oferty (lub z potwierdzeniem zawarcia umowy) i umowa dochodzi do skutku w razie niewyrażenia w określonym czasie sprzeciwu przez odbiorcę pisma, lub
- 2) jedna strona składa drugiej nieformalną ofertę zawarcia umowy (zawierającej klauzulę arbitrażową), lecz druga strona wprowadza zmiany do przedstawionej propozycji (i jej oświadczenie ma w związku z tym charakter konstytutywny), to zachowanie takie należy uznać za złożenie nowej oferty – wtedy jej przyjęcie przez pierwszą ze stron może wyjątkowo nastąpić również w sposób nieformalny: w drodze milczenia lub konkludentnie⁴⁰.

Niezależnie od tego, z którym z tych dwóch przypadków mamy do czynienia, zachowanie podmiotów musi być uznawane przez obowiązujące w danych stosunkach zwyczaje za dokonanie czynności prawnej – w przeciwnym razie umowa nie dojdzie do skutku⁴¹. Przypadek tego typu ocenia się zawsze zgodnie z przepisami prawa materialnego⁴².

Z powyższych rozważań wynika, że w razie zastosowania § 1031 ust. 2 ZPO zapis na sąd polubowny może przyjąć jedynie postać klauzuli arbitrażowej⁴³. Zauważyć należy również, że nie istnieje wymóg, aby strony wcześniej ustaliły (choćby nawet ustnie) treść zapisu, który miałby być jedynie potwierdzony przez przekazywane pismo (sytuacja 1).

³⁸ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1064.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1065; podobnie I. Saenger, *op. cit.*, s. 1751.

⁴¹ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1065.

⁴² I. Saenger, *op. cit.*, s. 1751.

⁴³ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2432.

Klauzula arbitrażowa może bowiem zostać wprowadzona do umowy również przez jedną ze stron już po dokonaniu istotnych uzgodnień w jej przedmiocie (sytuacja 2). Będzie ona ważna, jeżeli powyższa zmiana znajdzie się w przekazanym dokumencie, a jej wprowadzenie będzie zgodne ze zwyczajami obrotu obowiązującymi w danych stosunkach⁴⁴. Zwyczaje obrotu obowiązujące w danych stosunkach (*Verkehrssitte*) mogą mieć w tym przypadku charakter ogólnopaństwowy lub lokalny, a nawet dotyczyć jedynie konkretnej branży⁴⁵. Wystarczy, że są znane i regularnie stosowane przez strony zawierające umowy danego typu w ramach określonej gałęzi handlowej⁴⁶.

Pomimo użycia w treści § 1031 ust. 2 ZPO słowa „pismo” (*Schriftstück*) w literaturze dominuje pogląd, że wbrew dosłownemu znaczeniu tego pojęcia dopuszczalna jest każda forma przekazu uregulowana w § 1031 ust. 1 ZPO (zarówno pisemna, jak i za pomocą środków porozumiewania się na odległość)⁴⁷. Wynika to bezpośrednio z treści § 1031 ust. 2 *in principio* ZPO („formę określoną w ust. 1 uważa się również za spełnioną”).

Najbardziej znanym przykładem zastosowania § 1031 ust. 2 ZPO jest milczenie na piśmie potwierdzające w obrocie handlowym (*kaufmännisches Bestätigungsschreiben*)⁴⁸. Jeżeli strony prowadziły negocjacje dotyczące zawarcia umowy (lub nawet zawarły ją w formie ustnej, telefonicznie lub telegraficznie)⁴⁹, jedna z nich wysłała drugiej pismo potwierdzające w obrocie handlowym, a odbiorca dokumentu nie zgłosił sprzeciwu niezwłocznie po jego otrzymaniu (*unverzüglich*, § 121 ust. 1 zd. 1 BGB), to jego zachowanie oznacza przyjęcie warunków określonych w piśmie. Umowa może również zostać zawarta w drodze milczącego przyjęcia oferty – w przypadku, gdy wysyłający pismo potwierdzające w obrocie handlowym skonkretyzuje wcześniejsze uzgodnienia stron lub wprowadzi do nich zmiany⁵⁰. Do zawarcia zapisu nie dochodzi jednak, jeżeli treść pisma potwierdzającego w obrocie handlowym odbiega tak bardzo od wcześniejszych ustnych ustaleń, że nie można by było liczyć na uzyskanie zgody jego odbiorcy⁵¹. Należy podkreślić, że przepis § 1031 ust. 2 ZPO odnosi się również do innych stosunków, np. pomiędzy podmiotami wykonującymi wolne zawody⁵².

V. Klauzula arbitrażowa przez odesłanie

Możliwość zawarcia zapisu na sąd polubowny w formie klauzuli arbitrażowej przez odesłanie istnieje zarówno w KPC, jak i w ZPO. Analogicznie jak normy dotyczące

⁴⁴ *Ibidem*; podobnie I. Saenger, *op. cit.*, s. 1751; inaczej P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, ZPO. Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 9 (§§ 916–1068, EGZPO), Tübingen 2002, s. 424.

⁴⁵ P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *op. cit.*, s. 424.

⁴⁶ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1065.

⁴⁷ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2432.

⁴⁸ A. Baumach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *op. cit.*, s. 2600; podobnie I. Saenger, *op. cit.*, s. 1751.

⁴⁹ BGH NJW 1974, 991, 992; BGH NJW 1965, 965; inaczej jeśli chodzi o wymóg wcześniejszego zawarcia umowy lub przynajmniej prowadzenia negocjacji w jej przedmiocie – C.-W. Canaris, *Handelsrecht*, München 2000, s. 446–447.

⁵⁰ C.-W. Canaris, *op. cit.*, s. 449.

⁵¹ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1065–1066; P. Kindler, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht*, München 2006, s. 147; BGHZ 7, 187, 189.

⁵² W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2432.

zawarcia umowy o arbitraż za pomocą środków porozumiewania się na odległość, przepisy regulujące tę kwestię są również bardzo podobne, ponieważ ustawodawcy obu krajów wzorowali się na art. 7 ust. 2 zd. 3 ustawy modelowej UNCITRAL.

1. Regulacja polska

Wprowadzenie do KPC art. 1162 § 2 zd. 2, umożliwiającego dokonanie zapisu na sąd polubowny przez odesłanie, jest kolejną konsekwencją liberalizacji poglądów dotyczących formy umowy o arbitraż.

W poprzednim stanie prawnym zawarcie zapisu na sąd polubowny w taki sposób uznawano za niedopuszczalne ze względu na brak podpisów stron. Samo doręczenie lub ogłoszenie regulaminu ustalonego przez jedną z nich uważano za niewystarczające dla zachowania wymagań d. art. 698 KPC⁵³.

Obecnie umowa materialnoprawna oraz mające jej dotyczyć postanowienie o poddaniu wszelkich sporów mogących z niej wyniknąć pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, mogą być zawarte w odrębnych dokumentach. Zgodnie z treścią art. 1162 § 2 zd. 2 KPC powołanie się w umowie materialnoprawnej na dokument, w którym znajduje się postanowienie o poddaniu sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, spełnia wymagania dotyczące formy, jeżeli umowa ta jest sporządzona na piśmie, a powołanie jest tego rodzaju, że czyni zapis częścią składową umowy.

W takim przypadku postanowienie o poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego jest zamieszczone w „dokumencie”, który nie jest sygnowany osobiście przez zainteresowane podmioty i do którego odwołują się one za pośrednictwem innego dokumentu (tekstu), określanego często mianem umowy podstawowej (umowy materialnoprawnej)⁵⁴. Pod pojęciem „dokument” należy tutaj rozumieć wzorzec umowy, ogólne warunki kontraktowe lub regulamin (art. 384 § 1 KC)⁵⁵. W związku z powyższym nasuwa się wniosek, że norma zawarta w art. 1162 § 2 zd. 2 KPC odnosi się jedynie do sytuacji, gdy zapis na sąd polubowny nie występuje w formie samodzielnego kompromisu, lecz w postaci klauzuli kompromisarskiej zawartej w treści takiego „dokumentu” (pisma).

Według *J. Ciszewskiego* i *T. Erecińskiego*, w tej sytuacji warunek sporządzenia zapisu na sąd polubowny na piśmie jest zrealizowany, jeżeli zostaną spełnione trzy przesłanki:

- 1) umowa materialnoprawna musi być sporządzona na piśmie
- 2) i musi zawierać w swej treści wyraźne powołanie na dokument, który zawiera postanowienie o poddaniu sporów mogących z niej wyniknąć pod rozstrzygnięcie sądu polubownego,
- 3) a powołanie to musi czynić zapis częścią składową umowy⁵⁶.

Mechanizm ten najlepiej wyjaśnia przytaczany w literaturze przykład. Jeżeli strony zawarły umowę, a dokument umowy na odwrotnej stronie zawierał treść ogólnych

⁵³ Por. *S. Dalka*, Sądownictwo polubowne w PRL, Warszawa 1987, s. 58; *E. Samsel*, *op. cit.*, s. 85; *R. Morek*, *op. cit.*, s. 143.

⁵⁴ *R. Kulski*, *op. cit.*, s. 212; *A. Wach*, Klauzula arbitrażowa przez odesłanie, PS 2005, Nr 1, s. 62–63, 68.

⁵⁵ *J. Ciszewski*, *T. Ereciński* (red.), *op. cit.*, Warszawa 2006, s. 373.

⁵⁶ *Ibidem*.

warunków stosowanych przez jednego z kontrahentów, obejmującą postanowienie o poddaniu wszelkich mogących wyniknąć sporów pod rozstrzygnięcie sądownemu, to warunek formy zapisu na sąd polubowny będzie zachowany jedynie wtedy, gdy umowa w swej treści będzie zawierała powołanie na ogólne warunki. Ponadto odwołanie to musi zawierać wzmiankę, że stanowią one część umowy (tzn. mają do niej pełne zastosowanie). Nie będzie miało w takim wypadku znaczenia, jeżeli strony nie podpiszą ogólnych warunków znajdujących się na odwrocie umowy⁵⁷.

Zdaniem A. Wachy i R. Kulskiego, dla określenia prawidłowości zastosowania formy zapisu z art. 1162 § 2 zd. 2 KPC niezbędne jest jednak spełnienie jeszcze jednego wymogu. Podstawowe znaczenie w tym względzie ma element wiedzy osoby, do której konstrukcja ta jest adresowana⁵⁸. „Innymi słowy, **strona, wobec której klauzula arbitrażowa została zastosowana, musi mieć wiedzę na temat treści dokumentu (do którego następuje odesłanie) w momencie zawarcia umowy cywilnoprawnej (podstawowej)**”⁵⁹. Według A. Wachy ma to służyć zagwarantowaniu zasad zaufania i bezpieczeństwa obrotu prawnego. Podkreśla on ponadto, iż element wiedzy na temat treści powyższego dokumentu akcentowany jest w wielu współczesnych porządkach krajowych (m.in. w prawie szwajcarskim, francuskim, włoskim czy holenderskim)⁶⁰.

Omawiana konstrukcja może być oczywiście uważana za zbyt skomplikowaną dla osób niemających na co dzień do czynienia z prawem. Mimo tego jest ona od dawna stosowana przez uczestników handlu międzynarodowego chcących sobie szybkiej i skutecznej realizacji spornych spraw między nimi, a z biegiem lat staje się coraz bardziej atrakcyjnym instrumentem prawnym wykorzystywanym przez duże organizacje typu korporacyjnego⁶¹.

Na uwagę zasługuje fakt, że ze względu na częste próby stosowania w sposób niezgodny z prawem zapisu przez odesłanie w obrocie konsumenckim i z uwagi na ochronę konsumenta, polski ustawodawca zdecydował się na **uznanie zapisów na sąd polubowny za klauzule niedozwolone w obrocie konsumenckim** (art. 385³ pkt 23 KC). W związku z powyższym dopuszczalność zawarcia umowy o arbitraż z udziałem konsumenta jest na gruncie prawa polskiego kwestią bardzo kontrowersyjną⁶².

2. Regulacja niemiecka

Dokonanie zapisu na sąd polubowny w formie klauzuli arbitrażowej przez odesłanie jest dopuszczalne również w świetle prawa niemieckiego. Zgodnie z treścią § 1031 ust. 3 ZPO, jeżeli umowa spełniająca wymagania formalne zawarte w ust. 1 lub 2 tego przepisu odwołuje się do dokumentu zawierającego klauzulę arbitrażową, to zapis na sąd polubowny zostaje zawarty, gdy powyższe odwołanie jest tego rodzaju, że czyni klauzulę częścią składową umowy.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ R. Kulski, *op. cit.*, s. 212; A. Wach, *op. cit.*, s. 64–65.

⁵⁹ R. Kulski, *op. cit.*, s. 212.

⁶⁰ A. Wach, *op. cit.*, s. 64–65.

⁶¹ *Ibidem*, s. 63.

⁶² Zagadnienie to zostanie szczegółowo omówione w toku dalszych rozważań.

Wynika z tego, że zapis przez odesłanie musi spełniać następujące warunki:

- 1) umowa musi być sporządzona w jednej z określonych w § 1031 ust. 1 i 2 ZPO form (a więc, inaczej niż w Polsce, nie musi być konieczne sporządzona na piśmie, ale może zostać również zawarta za pomocą środków porozumiewania się na odległość lub w połowicznej formie pisemnej),
- 2) umowa ta musi się odwoływać do dokumentu zawierającego klauzulę arbitrażową
- 3) i odwołanie to musi czynić zapis częścią składową umowy.

Pod pojęciem „dokument” w znaczeniu użytym w § 1031 ust. 3 ZPO można np. rozumieć wcześniejsze umowy stron, wzory umów, zasady organizacji rynku (*Marktordnung*) lub giełdy (*Börsenordnung*)⁶³. Jednak najczęstszym przypadkiem stosowania konstrukcji z § 1031 ust. 3 ZPO jest odwołanie do ogólnych warunków handlowych (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*, AGB), które stają się częścią umowy zgodnie z treścią § 305 i § 305a BGB⁶⁴. W takiej sytuacji należy jednak pamiętać, że dla ważności klauzuli arbitrażowej w nich zawartej, oprócz spełnienia warunków określonych w § 1031 ust. 3 ZPO, niezbędne jest zachowanie przepisów § 305 i n. BGB⁶⁵.

W niemieckiej literaturze panuje odpowiadający zdaniu polskiej doktryny pogląd, że pismo, do którego nawiązuje umowa, nie musi być konieczne umieszczone na odrębnym dokumencie – może znajdować się również na odwrocie umowy⁶⁶. Podobnie jak w Polsce, nie jest również niezbędne umieszczenie podpisów pod dokumentem zawierającym zapis⁶⁷.

Ponadto z użytego w treści przepisu sformułowania „klauzula arbitrażowa” wynika jednoznacznie, że nie dotyczy ono w żadnym wypadku kompromisu (*Schiedsabrede*, § 1029 ust. 2 alt. 1 ZPO), lecz odnosi się jedynie do klauzuli kompromisarskiej (*Schiedsklausel*, § 1029 ust. 2 alt. 2 ZPO)⁶⁸. Nie musi ona regulować zasad postępowania przed sądem polubownym – wystarczy samo odwołanie do regulaminu instytucjonalnego sądu polubownego⁶⁹. Z poglądem tym nie zgadza się *J. Münch*. Jego zdaniem treść § 1031 ust. 3 ZPO wskazuje na to, że w takim przypadku zapis na sąd polubowny musi nie tylko występować w formie samodzielnego kompromisu (*Schiedsabrede*), ale powinien również szczegółowo określać zasady postępowania arbitrażowego⁷⁰.

Podobnie jak w Polsce, istotny jest tutaj również **element wiedzy na temat treści dokumentu, do którego następuje odesłanie**. Zdaniem *I. Saengera*, odwołanie do dokumentu zawierającego zapis na sąd polubowny musi być jasne (*unmissverständlich*), co znaczy, że strona umowy musi przyjąć do wiadomości, iż kognicja sądu powszechnego została w ten sposób wyłączona. Inaczej jednak niż przedstawiciele polskiej doktryny, podkreśla on, że **wystarczająca jest sama możliwość zapoznania się z pismem zawierającym**

⁶³ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax, op. cit.*, s. 1066.

⁶⁴ *Ibidem*; podobnie *I. Saenger, op. cit.*, s. 1751.

⁶⁵ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax, op. cit.*, s. 1067; podobnie *K.H. Schwab, G. Walter, op. cit.*, s. 48.

⁶⁶ *W. Voit*, [w:] *H.-J. Musielak, op. cit.*, s. 2433; podobnie *I. Saenger, op. cit.*, s. 1751.

⁶⁷ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax, op. cit.*, s. 1066; podobnie *W. Voit*, [w:] *H.-J. Musielak, op. cit.*, s. 2433.

⁶⁸ *I. Saenger, op. cit.*, s. 1751.

⁶⁹ *A. Baumach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, op. cit.*, s. 2600.

⁷⁰ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax, op. cit.*, s. 1066.

klauzulę arbitrażową⁷¹. Z poglądem tym nie zgadza się W. Voit. Uważa on, że strona, do której ma znaleźć zastosowanie klauzula arbitrażowa, nie musi znać w ogóle treści zawierającego ją pisma, do którego odwołuje się podpisywana przez nią umowa⁷².

Należy podkreślić, że przepis § 1031 ust. 3 ZPO **nie znajduje zastosowania do umów zawieranych z konsumentami**⁷³. Inaczej jednak niż polski ustawodawca, prawodawca niemiecki zdecydował się na wyraźne dopuszczenie zawarcia zapisu na sąd polubowny w umowie z konsumentem. W takim przypadku spełnione muszą być surowsze wymagania określone w § 1031 ust. 5 ZPO⁷⁴.

VI. Zapis w umowie (statucie spółki)

Z uwagi na to, że orzecznictwu sądów polubownych najczęściej poddawane są konflikty pomiędzy podmiotami o charakterze profesjonalnym i to głównie w zakresie stosunków gospodarczych, szczególnie istotnymi pozostają zagadnienia związane z dopuszczalnością rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu sporów korporacyjnych oraz możliwością zawierania zapisów na sąd polubowny w treści umowy założycielskiej lub statutu spółki handlowej.

1. Regulacja polska

Uregulowany w art. 1163 KPC zapis w formie umowy (statutu) spółki handlowej, spółdzielni lub stowarzyszenia jest zgodnie z panującym w literaturze zdaniem szczególnie formą klauzuli arbitrażowej przez odesłanie⁷⁵.

Zdaniem R. Moroka, u podstaw wprowadzenia tego przepisu do KPC legło założenie, że każdy wspólnik musi poddać się obowiązującej regulacji w ramach spółki, do której przystępuje. Jednocześnie spory ze stosunku spółki cechują się często szczególnym charakterem, który uzasadnia przyjęcie wyjątkowego trybu ich rozwiązywania. Ponadto skład osobowy tych organizacji może podlegać ciągłym, niekiedy bardzo dynamicznym zmianom. W przypadku braku omawianego przepisu, każde przekształcenie powodowałaby, co do zasady, konieczność dokonywania modyfikacji bądź ponawiania zapisu na sąd polubowny⁷⁶.

1.1. Problemy pojawiające się przed reformą KPC a obecny stan prawny

W poprzednim stanie prawnym nie kwestionowano na ogół zdolności arbitrażowej sporów korporacyjnych. Przyjmowano ją z pewnymi ograniczeniami, które obejmowały

⁷¹ I. Saenger, *op. cit.*, s. 1751.

⁷² W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2433.

⁷³ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1066.

⁷⁴ Problematyka dopuszczalności i formy zawarcia zapisu na sąd polubowny w obrocie konsumenckim zostanie omówiona w toku dalszych rozważań.

⁷⁵ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, Warszawa 2006, s. 376; R. Kulski, *op. cit.*, s. 212; A. Wach, *op. cit.*, s. 63, 68–69.

⁷⁶ R. Morek, *op. cit.*, s. 147.

m.in. sprawy, które nie dotyczyły praw majątkowych lub w których po stronie pozwanej miałby wystąpić zarząd spółki. Skuteczność dokonania zapisu na sąd polubowny budziła jednak pewne wątpliwości, przede wszystkim ze względu na ograniczenia formalne wynikające z d. art. 698 KPC (spory majątkowe)⁷⁷.

Jeśli chodzi o obiekcje dotyczące charakteru konfliktów, które mogą być poddane orzecznictwu sądu polubownego, to zostały one jednoznacznie rozwiązane przez art. 1157 KPC. Obecnie może on rozstrzygać zarówno w odniesieniu do sporów majątkowych, jak i niemajątkowych. Artykuł 1163 KPC rozwiązuje natomiast częściowo problemy dotyczące zdolności spółki do samodzielnego zobowiązywania się oraz co do związania akcjonariuszy lub wspólników klauzulą arbitrażową zawartą w statucie lub umowie spółki⁷⁸. Przepis ten dotyczy z jednej strony granic podmiotowych związania takim zapisem, a z drugiej strony możliwości dochowania warunku formy zapisu na sąd polubowny w wypadku, gdy jest on zamieszczony w umowie lub statucie spółki handlowej.

1.2. Zakres podmiotowy

Na wstępie należy się przede wszystkim odnieść do pojęcia spółki handlowej. Zostało ono zdefiniowane w art. 1 § 2 KSH. Na podstawie art. 1163 § 1 KPC w zw. z art. 1 § 2 KSH zapis na sąd polubowny może być zamieszczony w umowie spółki jawnej, spółki partnerskiej, spółki komandytowej albo spółki komandytowo-akcyjnej, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółki akcyjnej. Objęcie spółki akcyjnej i spółki komandytowo-akcyjnej hipotezą art. 1163 § 1 KPC nie powinno budzić żadnych wątpliwości, mimo iż w omawianym przepisie mowa tylko o „wspólnikach”, podczas gdy KSH odróżnia „wspólników” od „akcjonariuszy” (np. w art. 3)⁷⁹. **Zapis na sąd polubowny będzie wiązał jednak zarówno spółkę i jej wspólników, jak i akcjonariuszy**⁸⁰. Wyznaczone w ten sposób granice podmiotowe eliminują problem oceny zdolności spółki do sporządzenia zapisu na sąd polubowny w sprawach ze stosunku spółki, gdy zostaje on zamieszczony w umowie (statucie) spółki. Zapis wiąże spółkę bez względu na to, jak się oceni kwestię braku późniejszego jego podpisania w jej imieniu. Spółka nie podpisuje bowiem „swojej” umowy czy „swojego” statutu, gdyż jest to materia wspólników bądź akcjonariuszy⁸¹. Okoliczność ta nie ma więc znaczenia, chociaż można bronić poglądu A. Wiśniewskiego, że w chwili zawiązania spółki jej założyciele sporządzający umowę (statut) spółki działają jako *sui generis* przedstawiciele spółki⁸².

⁷⁷ Por. E. Marszałkowska-Krześ, Zaskarżenie uchwały wspólników w spółce z o.o. przed sądem polubownym, PPH 1998, Nr 3, s. 37; B. Pankowska-Lier, D. Pfaff, Arbitraż gospodarczy. Praktyka, uznanie i wykonanie wyroków, dokumenty, Warszawa 2000, s. 65.

⁷⁸ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, Warszawa 2006, s. 376; A.W. Wiśniewski, Rozstrzyganie sporów korporacyjnych spółek kapitałowych przez sądy polubowne – struktura problemu, cz. II, Pr. Spół. 2005, Nr 5, s. 12–15.

⁷⁹ R. Morek, *op. cit.*, s. 147.

⁸⁰ A. Zieliński, Kodeks postępowania cywilnego, t. II, Komentarz do artykułów 506–1217, Warszawa 2006, s. 1377.

⁸¹ A. Szumański, Zapis na sąd polubowny w sprawie zaskarżenia uchwały zgromadzenia spółki kapitałowej, [w:] W. Czapliński (red.), Prawo XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, Warszawa 2006, s. 887.

⁸² A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, cz. II, s. 14.

Natomiast z punktu widzenia wspólników treść art. 1163 KPC potwierdza, że związanie zapisem na sąd polubowny zamieszczonym w umowie (statucie) spółki dotyczy każdego jej wspólnika, zarówno takiego, który brał udział w jej zawarciu, jak i takiego, który przystąpił do spółki później⁸³. W związku z tym zapis znajdujący się w statucie spółki akcyjnej wiąże każdego kolejnego nabywcę akcji, który w ten sposób stał się akcjonariuszem. Również klauzula arbitrażowa umieszczona w umowie spółki handlowej wiąże nie tylko wspólników, którzy podpisali umowę, ale również tych, którzy przystąpili do niej później⁸⁴. Nawet w przypadku utraty statusu wspólnika zapis na sąd polubowny nie traci mocy w stosunku do danej osoby, jeśli tylko jest ona stroną „sporu ze stosunku spółki”⁸⁵.

Zdaniem przeważającej części przedstawicieli doktryny, w świetle art. 1163 § 1 KPC **opisany powyżej skutek nie dotyczy jednak organów spółki i żadnego z członków (piastunów) jej organów** (zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej). W związku z tym w sporach z ich udziałem uznaje się za konieczne sporządzenie odrębnego zapisu na sąd polubowny w jednej z zaproponowanych przez art. 1162 KPC form⁸⁶. Według A. Szumańskiego rozwiązanie to należy ocenić krytycznie⁸⁷. Podobne zdanie prezentuje również G. Suliński, który twierdzi, że sytuacja taka prowadzi do nieuzasadnionego zróżnicowania podobnych sporów ze stosunku spółki⁸⁸. Dlatego tuż po wejściu w życie nowelizacji z 2005 r. ogłoszono nawet postulat zmiany art. 1163 KPC⁸⁹.

1.3. Granice przedmiotowe

Jak już wspomniano, w polskiej doktrynie dopuszczalność poddania orzecznictwu sądu polubownego sporów korporacyjnych nie budziła w zasadzie wątpliwości już pod rządami dawnego Kodeksu postępowania cywilnego. Przyjmowano ją jednakże z pewnymi ograniczeniami⁹⁰. Obecnie treść art. 1163 § 1 KPC rozstrzyga jednoznacznie zdatność arbitrażową sporów ze stosunku spółki. Przepis ten stanowi bowiem wyraźnie, że spółka i jej wspólnicy są związani zawartym w umowie (statucie) spółki zapisem na sąd polubowny dotyczącym sporów ze stosunku spółki. W ujęciu szerszym pojęcie to oznaczać będzie sytuacje konfliktowe między wspólnikami albo między wspólnikami a spółką (jeśli jest ona stroną umowy) dotyczące kwestii uregulowanych w zawartej między nimi umowie. Pojęcie sporu ze stosunku spółki w ujęciu węższym obejmuje natomiast **konflikty między wspólnikami, wspólnikami a spółką, spółką a organami lub ich poszczególnymi członkami i spółką a osobami odpowiedzialnymi za szkodę wyrządzoną spółce, wyni-**

⁸³ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, Warszawa 2006, s. 376, 377.

⁸⁴ *Ibidem*, s. 376; podobnie A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, cz. II, s. 14.

⁸⁵ R. Morek, *op. cit.*, s. 147.

⁸⁶ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, Warszawa 2006, s. 377; R. Morek, *op. cit.*, s. 149.

⁸⁷ A. Szumański, *op. cit.*, s. 887.

⁸⁸ G. Suliński, Dopuszczalność poddania sporu ze stosunku spółki pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, PPH 2005, Nr 12, s. 32, 33–34.

⁸⁹ K. Falkiewicz, R.L. Kwaśnicki, Arbitraż i mediacja w świetle najnowszej nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego, PPH 2005, Nr 11, s. 34; podobnie R. Morek, *op. cit.*, s. 149.

⁹⁰ Por. E. Marszałkowska-Krześ, *op. cit.*, s. 37; B. Pankowska-Lier, D. Pfaff, *op. cit.*, s. 65.

kające z wadliwej realizacji postanowień umowy (statutu) założycielskiej⁹¹. W związku z powyższym podziałem należy wyjaśnić, że z treści art. 1163 KPC wynika, iż odnosi się on jedynie do sporów ze stosunku spółki w węższym tego słowa znaczeniu. Do sporów dotyczących kwestii uregulowanych w umowie wspólników należy natomiast zastosować ogólne reguły dotyczące formy zapisu na sąd polubowny zawarte w § 1162 KPC, a także wymogi dotyczące zdatności arbitrażowej zawarte w § 1157 KPC.

Szczególnie problematyczna jest jednak nadal **kwalifikacja praw korporacyjnych (organizacyjnych) wspólników w spółkach handlowych ze względu na ich charakter prawny**. W literaturze coraz bardziej rozpowszechnione jest stanowisko, że stosunki spółek handlowych, w tym przede wszystkim spółek kapitałowych mających cele gospodarcze, mają w zasadzie charakter majątkowy. W konsekwencji podnosi się, że każdy spór dotyczący ochrony z zakresu tych stosunków jest w swej istocie sporem o prawa majątkowe⁹². Natomiast w orzecznictwie Sądu Najwyższego na tle spraw o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwał zgromadzenia wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością bądź walnego zgromadzenia spółki akcyjnej dominuje pogląd, że dla oceny kwestii, czy sprawa jest sprawą o prawa majątkowe czy niemajątkowe, decydujące znaczenie ma przedmiot zaskarżanej uchwały⁹³. W ocenie Sądu Najwyższego zakwalifikowanie tego rodzaju sprawy jako sporu o prawa majątkowe lub niemajątkowe nie jest możliwe bez uwzględnienia przedmiotu uchwały⁹⁴. Decyzja co do charakteru prawnego tego typu spraw ma niebagatelne znaczenie, szczególnie jeżeli przyjmemy, że ograniczenie dotyczące zdatności ugodowej zawarte w treści art. 1157 KPC odnosi się jedynie do sporów niemajątkowych. Jeśli natomiast poprzemy odmienne stanowisko, to w każdym przypadku pojawi się problem zdatności arbitrażowej ze względu na dopuszczalność rozstrzygnięcia spraw o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwał w drodze ugody.

Podkreślić należy, że pierwotna wersja projektu nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego przewidywała wprowadzenie art. 1157 § 2, wyłączającego możliwość poddania pod rozstrzygnięcie sądu polubownego **spraw o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwał spółki handlowej**. Według Komisji Kodyfikacyjnej miało ono nastąpić z uwagi na „skomplikowany charakter oraz złożoną strukturę podmiotową” tych spraw. Propozycja spotkała się z krytycznym przyjęciem przedstawicieli doktryny i środowisk arbitrażowych. Wskazywano, że to właśnie w sprawach związanych z zaskarżeniem uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych istnieje potrzeba zapewnienia możliwości szybkiego i kompetentnego rozstrzygnięcia sporów za pomocą arbitrażu. Poza tym spory korporacyjne w innych materiach należą w praktyce do rzadkości⁹⁵. Protesty doprowadziły ostatecznie do usunięcia z projektu art. 1157 § 2.

⁹¹ G. Suliński, *op. cit.*, s. 38.

⁹² J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, Warszawa 2006, s. 356; podobnie A.W. Wiśniewski, Rozstrzygnięcie sporów korporacyjnych spółek kapitałowych przez sądy polubowne – struktura problemu, cz. I, Pr. Spół. 2005, Nr 4, s. 12.

⁹³ Orz. SN z 3.10.2001 r., V CZ 150/01, OSNC 2002, Nr 6, poz. 78; podobnie orz. SN z 9.1.2003 r., I CK 339/02, niepubl. oraz orz. SN z 27.2.2003 r., IV CZ 5/03, niepubl. cyt. za J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, Warszawa 2006, s. 356.

⁹⁴ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, Warszawa 2006, s. 356.

⁹⁵ P. Bielarzyk, Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie sądownictwa polubownego, MoP – dodatek 2005, Nr 22, s. 4; podobnie R. Morek, *op. cit.*, s. 148; A. Szumański, *op. cit.*, s. 890.

Posunięcie to nie rozwiało jednak wszystkich wątpliwości dotyczących zdatości arbitrażowej spraw o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwał. W świetle obowiązującej treści art. 1157 i 1163 KPC kwestia ta jest nadal źródłem licznych kontrowersji. *M. Kocur* uważa, że pomimo skreślenia art. 1157 § 2 KPC przewidzianego w projekcie omawianej nowelizacji, spory dotyczące uchylenia lub stwierdzenia nieważności uchwał są wyłączone spod kognicji sądów polubownych ze względu na brak zdatości ugodowej⁹⁶. Takie samo przekonanie prezentują *J. Ciszewski* i *T. Ereciński*⁹⁷. Pogląd ten został poddany krytyce przez większą część doktryny. Jego przeciwnicy argumentują, że brak zdatości ugodowej nie oznacza braku zdatości arbitrażowej. Wynika to z interpretacji art. 1157 *in principio* KPC. Zgodnie z jego treścią strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spory mogące być przedmiotem ugody sądowej, jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej. Takim przepisem szczególnym jest m.in. art. 1163 KPC, który stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 1157 KPC (*lex generalis*). W związku z tym kognicja sądu polubownego (wywiedziona z zapisu zawartego w umowie lub statucie spółki) obejmuje wszelkie spory ze stosunku spółki – także te, które nie mogą się zakończyć ugodą. W taki właśnie sposób należy zdaniem przeważającej części doktryny, interpretować zmiany dokonane w toku prac legislacyjnych⁹⁸.

2. Stan prawny w Niemczech

W Niemczech stan prawny oraz stanowisko literatury i judykatury w omawianym zakresie wyglądają nieco inaczej niż w Polsce.

Na gruncie prawa niemieckiego rozważania dotyczące możliwości zawarcia zapisu na sąd polubowny w umowie (statucie) spółki przeprowadza się na podstawie § 1066 ZPO. W Kodeksie postępowania cywilnego brak jest norm prawnych odpowiadających temu przepisowi. Zgodnie z jego treścią, **do sądów polubownych powołanych w prawie uzasadniony sposób przez rozporządzenie testamentowe lub inne rozporządzenie, którego podstawą nie jest porozumienie stron, stosuje się odpowiednio przepisy Księgi 10 ZPO**⁹⁹. Sądy arbitrażowe powołane na tej podstawie nazywa się „pozaumownymi sądami polubownymi” (*außervertragliche Schiedsgerichte*), ponieważ w omawianej sytuacji mamy do czynienia z (zasadniczo jednostronnym) rozporządzeniem o charakterze prywatnoprawnym, które spełnia rolę zapisu na sąd polubowny, a nie – jak w klasycznym przypadku – z zawarciem umowy o arbitraż w wyniku porozumienia stron w znaczeniu § 1029 ust. 1 ZPO („*Schiedsverfügung*” als Gegenpol zur „*Schiedsvereinbarung*”)¹⁰⁰. Przepis § 1066 ZPO nie obejmuje natomiast sądów polubownych powstających z mocy prawa (na podstawie ustawy) – tzw. arbitraży przymusowych (*Zwangsarbitrage*)¹⁰¹. W literaturze podnosi

⁹⁶ *M. Kocur*, Kłopotliwe zaskarżanie uchwał, Rzeczpospolita z 18.7.2005 r., s. 3.

⁹⁷ *J. Ciszewski, T. Ereciński* (red.), *op. cit.*, Warszawa 2006, s. 377.

⁹⁸ *P. Bielarczyk, op. cit.*, s. 4; podobnie *K. Falkiewicz, R.L. Kwaśnicki, op. cit.*, s. 33–34; *R. Morek, op. cit.*, s. 148; *G. Suliński, op. cit.*, s. 31; *A. Szumański, op. cit.*, s. 892.

⁹⁹ Księga 10 ZPO (§ 1025–1066) – „Postępowanie arbitrażowe” („*Schiedsrichterliches Verfahren*”).

¹⁰⁰ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax, op. cit.*, s. 1451.

¹⁰¹ *K.H. Schwab, G. Walter, op. cit.*, s. 335.

się, że § 1066 ZPO dotyczy m.in. sądów polubownych powoływanych przez spółki kapitałowe (tj. spółki akcyjne *Aktiengesellschaft* – AG i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* – GmbH)¹⁰².

2.1. Zapis w statucie spółki kapitałowej

a. Dopuszczalność zawarcia

W Niemczech w obecnym stanie prawnym możliwość zawarcia zapisu na sąd polubowny w umowie (*Gesellschaftsvertrag*) lub statucie (*Satzung*) spółki kapitałowej (odpowiednio spółki z ograniczoną odpowiedzialnością – *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* – GmbH – lub spółki akcyjnej – *Aktiengesellschaft* – AG) jest bezsporna¹⁰³. Argumentów ku temu dostarcza przede wszystkim treść przepisu § 1031 ZPO. Inaczej niż przed reformą ZPO z 1998 r., nie jest już bowiem regułą, że zapis na sąd polubowny musi być zawarty w osobnym dokumencie. Wymóg ten donosi się obecnie jedynie do przypadku, gdy jedną ze stron umowy jest konsument (§ 1031 ust. 5 ZPO)¹⁰⁴.

b. Zastosowanie § 1066 ZPO i niezbędne warunki treści zapisu

Problematyczne jest, czy klauzula arbitrażowa umieszczona w statucie (umowie) spółki kapitałowej ma cechy pozaumowne w znaczeniu przyjętym przez § 1066 ZPO. Zdaniem przeważającej części doktryny i judykatury do zapisu na sąd polubowny zawartego w statucie spółki kapitałowej należy niewątpliwie zastosować ten przepis¹⁰⁵. Według J. Müncha powyższy wniosek wynika już bezpośrednio z treści regulacji, jakie mogą być zawarte w statucie, ponieważ nie mają one charakteru umownego¹⁰⁶. Za przyjęciem powyższego stanowiska przemawia również fakt, że członkowie¹⁰⁷ spółki kapitałowej nie mają w zasadzie możliwości wywarcia istotnego wpływu na treść statutu (umowy); przeciwnie – to statut (umowa) jest dla nich wiążący do momentu przystąpienia do spółki¹⁰⁸.

Zarówno literatura, jak i orzecznictwo, zgadzają się co do warunków, jakie musi spełniać klauzula kompromisarska zawarta w statucie (umowie) spółki kapitałowej. Po pierwsze, powinna ona dokładnie określać wszystkie istotne dla arbitrażu kwestie, takie jak: ukonstytuowanie sądu, późniejsza procedura jego postępowania, czy wybór i powołanie arbitrów¹⁰⁹. Podjęcia tego typu regulacji nie można pozostawić w gestii organu spółki. Niedozwolone jest również w takim przypadku powołanie się na inny regulamin¹¹⁰

¹⁰² J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1452, 1453; podobnie K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 336, 146.

¹⁰³ S. Zilles, *Schiedsgerichtsbarkeit im Gesellschaftsrecht*, Neuwied und Kriftel 2002, s. 18.

¹⁰⁴ *Ibidem*, s. 19–20.

¹⁰⁵ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1453; podobnie W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2564–2565.

¹⁰⁶ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1453.

¹⁰⁷ W ramach omawianego zagadnienia pojęcie „członkowie” obejmuje również „wspólników”.

¹⁰⁸ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1454.

¹⁰⁹ I. Saenger, *op. cit.*, s. 1839.

¹¹⁰ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1454.

(np. stałego sądu polubownego). Po drugie, sąd arbitrażowy musi mieć zgodnie z treścią takiego zapisu kompetencję do rozstrzygnięcia sporu prawnego, a nie tylko do wyrażenia opinii prawnej lub dokonanie pewnych ustaleń faktycznych¹¹¹.

Ponadto **powołanie sądu polubownego musi nastąpić „w prawnie uzasadniony sposób”**. Zdaniem *J. Müncha* oznacza to, że **materialnoprawne przesłanki ważności użytkowały równocześnie rangę procesową**¹¹². Należy w związku z tym przyjąć, że dla ważności klauzuli arbitrażowej zawartej w statucie (umowie) spółki kapitałowej niezbędne jest zachowanie kumulatywnie przepisów prawa procesowego i materialnego. Zdaniem przeważającej części doktryny i orzecznictwa twierdzenie to nie odnosi się jednak do regulacji dotyczących formy zawartych w § 1031 ZPO. Przepisy prawa materialnego stawiają bowiem w tym zakresie surowsze wymagania, które bez wątpienia czynią zadość normom bezpieczeństwa prawnego, będącym podstawą regulacji zawartych w § 1031 ZPO¹¹³. Należy w takim przypadku zastosować normy dotyczące statutu (umowy) spółki. Niezbędne jest więc zachowanie odpowiednio formy aktu notarialnego (§ 2 GmbHG, § 23 AktG – *notarielle Beurkundung*)¹¹⁴.

Z przyjęciem powyższego stanowiska nie zgadzają się *K.H. Schwab* i *G. Walter*. Twierdzą oni, że zarówno utworzenie, jak i przystąpienie do takiego podmiotu stanowią akt o cechach czynności prawnej, a jego statutowi nie można odmówić charakteru umownego. Nie znajduje więc tutaj zastosowania § 1066 ZPO i jego wykładnia. Dlatego rezygnacja z rozstrzygnięcia sporu przez sąd powszechny możliwa jest, ich zdaniem, jedynie przy zachowaniu formy określonej w § 1031 ZPO¹¹⁵.

Wydaje się jednak, że to właśnie zdanie *J. Müncha* należy uznać za poprawne. Zarówno dla ważności umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (GmbH), jak i statutu spółki akcyjnej (AG) niezbędna jest przecież forma aktu notarialnego. Będzie ona więc zachowana również w stosunku do zapisu na sąd polubowny zawartego w treści takiego dokumentu, dlatego też klauzula ta będzie z całą pewnością ważna¹¹⁶. Ponadto nawet jeśli zapis będzie dotyczył konsumenta, to nie zaistnieje konieczność zachowania wymogów określonych w § 1031 ust. 5 zd. 3 ZPO (brak możliwości podejmowania innych uzgodnień poza regulacjami dotyczącymi postępowania przed sądem polubownym), gdyż przepis ten nie odnosi się do klauzul arbitrażowych zawartych właśnie w formie aktu notarialnego¹¹⁷. Należy jednak zauważyć, że § 1031 ust. 5 zd. 1 ZPO stanowi, iż zapis na sąd polubowny zawarty z udziałem konsumenta musi być umieszczony w dokumencie podpisanym własnoręcznie przez strony. Dlatego w takich przypadkach ze względów bezpieczeństwa mimo wszystko zaleca się zawarcie zapisu w odrębnym dokumencie notarialnym i dołączenie go do umowy (statutu) spółki¹¹⁸.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*, s. 1455; podobnie *I. Saenger*, *op. cit.*, s. 1839; BGHZ 144, 146, 148 = NJW 2000, 1713.

¹¹⁴ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax*, *op. cit.*, s. 1455.

¹¹⁵ *K.H. Schwab, G. Walter*, *op. cit.*, s. 338.

¹¹⁶ *S. Zilles*, *op. cit.*, s. 20–21.

¹¹⁷ *Ibidem*, s. 20.

¹¹⁸ *Ibidem*.

c. Zakres podmiotowy

Klauzula arbitrażowa zawarta w statucie (umowie) spółki kapitałowej wiąże każdego, kto zostanie współnikiem, zarówno z momentem jej utworzenia, jak i w czasie późniejszym¹¹⁹. Wydaje się, że podobnie jak w Polsce, **odnosi się ona też do akcjonariuszy**¹²⁰. Według J. Müncha, szczególne uznanie klauzuli kompromisarskiej jest zbędne, ponieważ już sam warunek członkostwa wystarcza do tego, by przyznać jej charakter wiążący¹²¹. Stanowisko takie jest jednak wątpliwe, szczególnie jeśli chodzi o zapis na sąd polubowny zawarty z udziałem konsumenta (§ 1031 ust. 5 ZPO). Być może właśnie z tego powodu odmienny pogląd w tym przedmiocie reprezentuje S. Zilles. Uważa on, że moc prawna klauzuli arbitrażowej zawartej w umowie (statucie) spółki kapitałowej rozciąga się na jej nowych członków tylko w przypadku, gdy w momencie przystąpienia do niej podpiszą zapis na sąd polubowny zawarty w odrębnym dokumencie¹²².

Zapis na sąd polubowny zawarty w statucie (umowie) spółki kapitałowej **nie wiąże natomiast byłych członków (wspólników, akcjonariuszy)**. Jednakże, podobnie jak w Polsce, nawet po ich odejściu spory dotyczące roszczeń z okresu członkostwa (np. o podział zysków) mogą być rozstrzygane przez sąd polubowny przewidziany w umowie (statucie) obowiązującej w tym czasie¹²³.

Pomimo tego, że literatura niemiecka nie wypowiada się wprost na ten temat, to antycypując poniższe uwagi dotyczące granic przedmiotowych zapisu na sąd polubowny zawartego w statucie (umowie) spółki, **można uznać, że wiąże on również spółkę. Możliwe jest także związanie klauzulą arbitrażową organów spółki**, jeśli chodzi o spory z ich udziałem¹²⁴. Jednakże **wiąże ona członków jej organów jedynie w sytuacji, gdy podejmowali w imieniu tej osoby prawnej działania związane z zawarciem zapisu i z jego interpretacji wynika, że powinien on odnosić się również do tych podmiotów**¹²⁵.

d. Granice przedmiotowe

Zapis na sąd polubowny zamieszczony w obrębie statutu (umowy) może obejmować **tylko te konflikty, które są przedmiotem uregulowań statutowych – tzw. spory korporacyjne**. Należą do nich w szczególności spory dotyczące stosunków prawnych pomiędzy osobą prawną a jej członkami lub też pomiędzy samymi członkami, jeśli konflikt dotyczy kwestii związanych z członkostwem (m.in. roszczenia o podział zysków)¹²⁶. Klauzula arbitrażowa nie może jednak w żadnym wypadku regulować rozstrzygania konfliktów pomiędzy członkami co do roszczeń o charakterze indywidualnym (dotyczących np. odrębnych

¹¹⁹ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1455.

¹²⁰ K.J. Schiffer, *Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, Köln–Berlin–Bonn–München 1999, s. 159.

¹²¹ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1455.

¹²² S. Zilles, *op. cit.*, s. 22.

¹²³ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1455.

¹²⁴ P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *op. cit.*, s. 796; R. Geimer, [w:] R. Zöller, *Zivilprozessordnung. Kommentar*, Köln 1997, s. 2420.

¹²⁵ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2417–2418; inaczej OLG München NJW-RR 1998, 198.

¹²⁶ A. Baumach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *op. cit.*, s. 2639; podobnie J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1455; I. Saenger, *op. cit.*, s. 1839.

stosunków handlowych pomiędzy nimi)¹²⁷. W odniesieniu do nich można zawrzeć odrębny kompromis, do którego należy zastosować ogólne reguły z § 1029–1031 ZPO¹²⁸.

Podobnie jak w Polsce, w Niemczech szczególnie problematyczna jest kwestia zdatności arbitrażowej **spraw o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwał** spółek kapitałowych (§ 241 i n. AktG). Zgodnie z przeważającym w doktrynie i orzecznictwie poglądem, spory te mają charakter majątkowy¹²⁹. Nie istnieje więc tutaj podnoszony w polskiej literaturze problem zdatności ugodowej, ponieważ wymóg ten odnosi się zgodnie z treścią § 1031 ust. 1 ZPO jedynie do konfliktów niemajątkowych¹³⁰. Jednakże przepisy § 248 ust. 1 zd. 1 i § 249 ust. 1 zd. 1 AktG stanowią, że decyzja o uchyleniu lub stwierdzeniu nieważności uchwały odnosi skutek wobec wszystkich zainteresowanych: współników i organów spółki (odnosi więc skutek *quasi erga omnes*)¹³¹. Przepis ten ma zapobiec wydaniu przez różne sądy sprzecznych orzeczeń w tym samym przedmiocie. Niestety, nie może on być zastosowany (nawet w drodze analogii) w postępowaniu arbitrażowym¹³², ponieważ zgodnie z treścią § 1055 ZPO wyrok sądu polubownego skutkuje jedynie *inter partes*. W związku z tym zdaniem *I. Saengera* spory o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwał spółek kapitałowych nie mogą być w zasadzie rozstrzygane w drodze arbitrażu, chyba że skutek określony w § 248 ust. 1 zd. 1 i § 249 ust. 1 zd. 1 AktG zostanie osiągnięty w inny sposób (np. w wyniku wprowadzenia do umowy lub statutu spółki klauzuli, że w postępowanie tego typu zostanie podjęte w wyniku porozumienia wszystkich zainteresowanych)¹³³. Z poglądem tym nie zgadza się *J. Münch*. Jego zdaniem brak możliwości zastosowania § 248 AktG nie skutkuje niedopuszczalnością rozstrzygania konfliktów dotyczących uchylenia lub stwierdzenia nieważności uchwał spółek kapitałowych przez sąd arbitrażowy, ponieważ norma ta nie dotyczy bezpośrednio i wyraźnie zdatności arbitrażowej (nie można więc zastosować w tym przypadku § 1030 ust. 3 ZPO). Z powodu zagrożenia wydaniem rozbieżnych decyzji w tym przedmiocie w wyniku takiej sytuacji może dojść jedynie do uchylenia wyroku (§ 1059 ust. 2 pkt 2b ZPO) lub odmowy stwierdzenia jego wykonalności (§ 1060 ust. 2 ZPO)¹³⁴. Pomimo rozbieżnych argumentów *J. Münch* dochodzi do tych samych wniosków co *I. Saenger*. Postępowanie arbitrażowe jest w takim przypadku celowe jedynie wtedy, gdy biorą w nim udział wszyscy zainteresowani¹³⁵.

2.2. Zapis w umowie spółki osobowej

Zapis na sąd polubowny może zostać zawarty również w umowie spółki osobowej: jawnej spółki handlowej (*Offene Handelsgesellschaft* – OHG) lub spółki komandytowej

¹²⁷ A. Baumach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *op. cit.*, s. 2639; podobnie J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1455; I. Saenger, *op. cit.*, s. 1839; BGHZ 38, 155, 162 = NJW 1963, 203, 204.

¹²⁸ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1055.

¹²⁹ *Ibidem*; BGH NJW 1982, 1525.

¹³⁰ I. Saenger, *op. cit.*, s. 1748; podobnie K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 36.

¹³¹ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1055.

¹³² *Ibidem*; podobnie I. Saenger, *op. cit.*, s. 1748; BGH NJW 1996, 1753, 1755.

¹³³ I. Saenger, *op. cit.*, s. 1748.

¹³⁴ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1055.

¹³⁵ *Ibidem*; podobnie W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2428.

(*Kommanditgesellschaft* – KG). W tym przypadku nie znajduje jednak zastosowania wykładnia związana z treścią przepisu § 1066¹³⁶, ponieważ umowy te opierają się na uzgodnieniu stron, inaczej niż omówione powyżej statuty (umowy) spółek kapitałowych. Osoba przystępująca do spółki osobowej nie poddaje się bowiem obcemu statutowi, lecz współtworzy treść jej umowy założycielskiej.

Dlatego też znajdują tutaj wprost zastosowanie wymogi dotyczące formy zapisu na sąd polubowny zawarte w § 1031 ZPO. W zasadzie są one spełnione, jeżeli umowa spółki, a w ten sposób również umieszczona w niej klauzula arbitrażowa, zawarte zostały na piśmie¹³⁷. Jeśli dotyczy ona konsumenta, to niezbędne jest zachowanie wymogów określonych w § 1031 ust. 5 ZPO¹³⁸.

Zapis zawarty w umowie spółki osobowej wiąże niewątpliwie osobiście odpowiedzialnych współników jawnej spółki handlowej i spółki komandytowej (zdaniem części doktryny wynika to bezpośrednio z § 128 HGB, inni opowiadają się za zastosowaniem w tym celu wykładni teleologicznej umowy arbitrażowej)¹³⁹. Według przeważającej części przedstawicieli literatury nie odnosi się on natomiast do komandytystów (udziałowców odpowiadających tylko do określonej sumy)¹⁴⁰. Podkreśla się również, że spółka osobowa nie stanowi niczego innego, jak po prostu „skupienie współników pod jedną firmą”¹⁴¹. Wydaje się w związku z tym, że zapis zawarty w jej umowie wiąże również ją samą.

VII. Zapis w statucie spółdzielni lub stowarzyszenia

Zgodnie z treścią art. 1163 § 2 KPC przedstawione powyżej reguły dotyczące spółek handlowych mają na gruncie prawa polskiego odpowiednie zastosowanie w przypadku spółdzielni i stowarzyszeń oraz ich członków. Podobnie jak w Polsce, w Niemczech również istnieje możliwość zawarcia zapisu na sąd polubowny w statucie spółdzielni lub stowarzyszenia. Należy jednak podkreślić, że analiza stanowisk przedstawicieli doktryny niemieckiej prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż w odniesieniu do spółdzielni i stowarzyszeń należy stosować wykładnię dotyczącą spółek kapitałowych, a nie osobowych. W literaturze przedmiotu podnosi się bowiem zgodnie, że § 1066 ZPO znajduje zastosowanie nie tylko w odniesieniu do osób prawnych prawa prywatnego [a więc m.in. do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością (GmbH) i spółek akcyjnych (AG)], ale również właśnie do spółdzielni i stowarzyszeń, a nawet w zakresie rozporządzeń testamentowych¹⁴².

¹³⁶ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1456.

¹³⁷ S. Zilles, *op. cit.*, s. 22–23.

¹³⁸ *Ibidem*, s. 23.

¹³⁹ P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *op. cit.*, s. 404; I. Saenger, *op. cit.*, s. 1746; K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 74; R. Geimer, [w:] R. Zöller, *op. cit.*, s. 2346–2347.

¹⁴⁰ I. Saenger, *op. cit.*, s. 1746; K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 74–75; R. Geimer, [w:] R. Zöller, *op. cit.*, s. 2346.

¹⁴¹ K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 74; RGZ 102, 302.

¹⁴² J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1452, 1453; podobnie K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 336, 146; powołanie sądu arbitrażowego na podstawie testamentu zostanie omówione w dalszej części rozważań.

VIII. Zapis w umowie o przewóz ładunków drogą morską

1. W Polsce

Zgodnie z pierwotnym projektem art. 1163 § 1 KPC zaproponowanym przez Komisję Kodyfikacyjną przepis ten miał umożliwiać zawarcie zapisu na sąd polubowny w postaci klauzuli przez odesłanie w kolejnej szczególnej formie. Na tej podstawie zapis na sąd polubowny zamieszczony w umowie o przewóz ładunków drogą morską miałby wiązać każdego, który wywodziłby swoje prawa z konosamentu, o ile konosament zawierałby odesłanie do tego zapisu¹⁴³. Celem regulacji było wyjaśnienie licznych kontrowersji powstających na tle złożoności konstrukcji umowy przewozu ładunku i szczególnej natury prawnej konosamentu¹⁴⁴. Polski ustawodawca nie zdecydował się jednak na wprowadzenie tego uregulowania. W związku z tym wciąż aktualne wydają się powstałe na tle dotychczasowego stanu prawnego wątpliwości co do skuteczności zapisu na sąd polubowny dokonanego w formie klauzuli w treści konosamentu oraz związania nabywcy konosamentu zapisem na sąd polubowny zawartym w treści umowy czarterowej, do której odsyła konosament.

Na wstępie podkreślić należy, że umowa czarterowa jest szczególnym rodzajem umowy przewozu uregulowanej w art. 774 i n. KC¹⁴⁵. Zgodnie z art. 105 § 1 Kodeksu morskiego (KM) określa ona stosunek pomiędzy przewoźnikiem a frachtującym. Stosownie do treści art. 105 § 3 KM, w wykonaniu obowiązku frachtującego ładunek może dostarczyć przewoźnikowi inna osoba (załadowca); jednak przepisy odnoszące się do załadowcy mają zastosowanie do frachtującego, który sam dostarcza ładunek przewoźnikowi. Po przyjęciu ładunku na statek przewoźnik jest obowiązany wydać załadowcy na jego żądanie konosament (art. 129 § 1 KM) – papier wartościowy wystawiany w transporcie morskim¹⁴⁶. Zgodnie z treścią art. 130 § 1 KM stanowi on dowód przyjęcia ładunku w nim oznaczonego na statek w celu przewozu i jest dokumentem legitymującym do dysponowania tym ładunkiem i do jego odbioru. Konosament stanowi o stosunku prawnym pomiędzy przewoźnikiem a odbiorcą ładunku, a postanowienia umowy przewozu wiążą odbiorcę tylko wówczas, gdy konosament do nich odsyła (art. 130 § 3 KM).

Zgodnie z orzeczeniem SN z 22.4.1966 r.¹⁴⁷ konosament jest podstawą stosunku prawnego łączącego przewoźnika z odbiorcą ładunku jedynie wówczas, gdy odbiorcę nie łączy z przewoźnikiem umowa czarterowa. Odbiorca ładunku, będący równocześnie posiadaczem konosamentu, nie jest więc, co do zasady stroną umowy o przewóz i nie wiąże go zawarty w niej zapis na sąd polubowny, choćby został powtórzony w konosamencie.

Natomiast w postanowieniu z 9.1.1969 r.¹⁴⁸ SN stwierdził, że nabycie przez polską jednostkę gospodarki społecznej (podmiot gospodarczy, obecnie – przedsiębiorcę)

¹⁴³ Art. 1163 § 1 projektu Komisji Kodyfikacyjnej; Druk sejmowy Nr 3434, s. 42; R. Morek, *op. cit.*, s. 143.

¹⁴⁴ Por. m.in. J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, Warszawa 2006, s. 373–374.

¹⁴⁵ Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, Warszawa 2005, s. 209.

¹⁴⁶ A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2006, s. 898; podobnie J. Okolski, *Prawo handlowe*, Warszawa 1999, s. 348.

¹⁴⁷ I CR 433/65, OSPiKA 1967, Nr 1, poz. 7.

¹⁴⁸ I CZ 3/68, OSNC 1970, Nr 5, poz. 79.

konosamentu zawierającego klauzulę prorogacyjną przewidzianą w art. 1105 § 3 KPC nie jest równoznaczne z zawarciem umowy na piśmie i samo przez się nie powoduje poddania się nabywcy postanowieniom tej klauzuli. W związku z powyższym Sąd uznał, że konosament nie jest umową i dlatego zastrzeżone w nim klauzule prorogacyjne nie spełniają warunków przewidzianych w art. 1105 KPC dla poddania sporu pod rozstrzygnięcie zagranicznego sądu polubownego (art. 1105 § 3 KPC)¹⁴⁹.

Również okoliczność, że indosatariusz konosamentu złoży na nim swój podpis nie zmienia charakteru prawnego konosamentu jako czynności prawnej jednostronnej. Samo bowiem złożenie podpisu bez równoczesnego złożenia oświadczenia woli o poddaniu sporu sądowi polubownemu nie daje podstawy do przyjęcia, że wolą podpisującego była akceptacja zastrzeżonej w konosamencie klauzuli arbitrażowej¹⁵⁰.

Zdaniem J. Ciszewskiego i T. Erecińskiego, wszystkie wyżej przytoczone orzeczenia nie straciły na aktualności, pomimo wprowadzenia do KPC zmian dotyczących formy zapisu na sąd polubowny, a nowa regulacja zawarta w art. 1162 KPC nie rozstrzygnęła wątpliwości co do związania odbiorcy zapisem na sąd polubowny zawartym w umowie czarterowej lub konosamencie¹⁵¹. Stanowisko takie wydaje się być jak najbardziej prawidłowe. W przypadku konosamentu nie można bowiem zastosować regulacji zawartej w art. 1162 § 2 zd. 2 KPC, ponieważ nie stanowi on umowy, lecz jednostronne oświadczenie woli¹⁵². Konstrukcją zapisu przez odesłanie można by się było posłużyć jedynie w sytuacji, gdyby konosament był umową odwołującą się do dokumentu – umowy czarterowej – zawierającego zapis na sąd polubowny.

2. W Niemczech

Ustawodawca niemiecki, inaczej niż polski, zdecydował się na uregulowanie kwestii związania posiadacza konosamentu zapisem na sąd polubowny zawartym w umowie o przewóz ładunków drogą morską. Przepis § 1031 ust. 4 ZPO stanowi, że zapis na sąd polubowny zostaje zawarty również przez zbycie konosamentu (*Begebung eines Konosaments*), który wyraźnie (*ausdrücklich*) odwołuje się do klauzuli arbitrażowej zawartej w umowie czarterowej.

Regulacja ta odpowiada całkowicie współczesnym potrzebom związanym z przewozem ładunków drogą morską. Najczęstszą praktyką w takim przypadku jest zawarcie w konosamencie (§ 656 HGB) tzw. klauzuli inkorporacyjnej (*Inkorporationsklausel*), uznającej wszystkie warunki umowy czarterowej (§ 557 HGB)¹⁵³. To właśnie celem usankcjonowania jej stosowania również odnośnie do zapisu na sąd polubowny ustawodawca niemiecki zdecydował się na wprowadzenie regulacji z § 1031 ust. 4 ZPO. Zgodnie z jego treścią zbycie

¹⁴⁹ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część trzecia. Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego, Warszawa 2001, s. 55.

¹⁵⁰ Orz. SN z 22.4.1966 r., I CR 433/65, OSPiKA 1967, Nr 1, poz. 7.

¹⁵¹ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, Warszawa 2006, s. 374.

¹⁵² M. Bączek, M.H. Kosiński, M. Michalski, W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Papiery wartościowe*, Warszawa 2000, s. 454.

¹⁵³ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1067.

konosamentu prowadzi do zawarcia zapisu na sąd polubowny pomiędzy przewoźnikiem a posiadaczem konosamentu, jeżeli konosament nie zawiera w swej treści klauzuli arbitrażowej, lecz odwołuje się do warunków umowy czarterowej¹⁵⁴. Z jednej strony wymagania są więc surowsze niż w przypadku „zwykłego” zapisu przez odesłanie uregulowanego w § 1031 ust. 3 ZPO, ponieważ odwołanie zawarte w konosamencie musi być wyraźne. Jednak z drugiej strony § 1031 ust. 4 ZPO stawia równocześnie łagodniejsze warunki w porównaniu z § 1031 ust. 3 ZPO, gdyż nie wymaga zachowania formy określonej w § 1031 ust. 1 lub 2 ZPO¹⁵⁵. Ponadto odwołanie musi być zawarte w dokumencie i nie może opierać się jedynie na ustnych uzgodnieniach, ponieważ ma uświadamiać każdemu potencjalnemu odbiorcy (posiadaczowi konosamentu) w sposób jasny i niewątpliwy, że spory dotyczące przewozu ładunku drogą morską będą rozstrzygane przez sąd polubowny, nie powtarzając jednak równocześnie *essentialia negotii* zapisu zawartych już w umowie czarterowej¹⁵⁶.

IX. Spory z zakresu prawa pracy

1. W Polsce

Artykuł 1164 KPC umożliwia poddanie sporów z zakresu prawa pracy pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, odmiennie niż d. art. 697 KPC. Również art. 1157 KPC nie wyłącza spod kompetencji sądów polubownych spraw tego rodzaju. Przyczyną takiej regulacji jest dążenie ustawodawcy do umożliwienia korzystania z sądownictwa polubownego przez podmioty nim zainteresowane w jak najszerszym zakresie¹⁵⁷.

Pojęcie „sporów z zakresu prawa pracy” należy rozumieć tak samo jak pojęcie „spraw z zakresu prawa pracy”, które zostało zdefiniowane w KPC w art. 476 § 1. Obejmuje ono sprawy o roszczenia:

- 1) ze stosunku pracy,
- 2) związane ze stosunkiem pracy,
- 3) z innych stosunków prawnych, do których z mocy odrębnych przepisów stosuje się przepisy prawa pracy, a także
- 4) sprawy o ustalenie istnienia stosunku pracy, jeżeli łączący strony stosunek prawny, wbrew zawartej między nimi umowie, ma cechy stosunku pracy
- 5) i o odszkodowania dochodzone od zakładów pracy na podstawie przepisów o świadczenia z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych.

Istotną kwestią jest, że zapis na sąd polubowny obejmujący spory z zakresu prawa pracy może zostać sporządzony tylko po powstaniu sporu. O powstaniu sporu między stronami można mówić dopiero w sytuacji, gdy nie są one zgodne w odniesieniu do konkretnej kwestii dotyczącej łączącego je stosunku prawnego i można przewidywać, że wkrótce lub w najbliższej przyszłości może dojść do wszczęcia postępowania sądowego

¹⁵⁴ I. Saenger, *op. cit.*, s. 1751.

¹⁵⁵ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1067.

¹⁵⁶ *Ibidem*; podobnie W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2433.

¹⁵⁷ R. Morek, *op. cit.*, s. 149.

z ich udziałem¹⁵⁸. Umowa o arbitraż nie może więc w takich sprawach nigdy przybrać formy klauzuli zawartej w umowie o pracę lub innej umowie między pracodawcą a pracownikiem przewidującej właściwość sądu polubownego *pro futuro* (czyli dla sporów, które mogą dopiero zaistnieć w przyszłości), a jedynie formę kompromisu¹⁵⁹. Przepis art. 1164 KPC stanowi w związku z tym *lex specialis* w stosunku do art. 1161 § 1 *in fine* KPC¹⁶⁰.

Zapis na sąd polubowny obejmujący spory z zakresu prawa pracy musi mieć ponadto zgodnie z treścią art. 1164 KPC zwykłą formę pisemną. Nie jest w tym wypadku możliwe zliberalizowanie tego warunku i zastosowanie przepisu art. 1162 § 2 KPC. Każda ze stron zapisu musi więc złożyć swoje oświadczenie na piśmie i je własnoręcznie podpisać¹⁶¹. Zapis może być sporządzony zarówno w jednym dokumencie obejmującym oświadczenia stron i podpisanym przez nie, jak i w odrębnych dokumentach, z których każdy będzie zawierał oświadczenie danej strony i jej podpis¹⁶². Umowa o arbitraż między pracodawcą a pracownikiem może zostać zawarta również za pomocą elektronicznych środków komunikacji (art. 78 § 1 i 2 KC). W związku z tym do dokonania zapisu na sąd polubowny z zakresu prawa pracy może dojść przez wymianę oświadczeń woli w postaci elektronicznej, pod warunkiem, że będą opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym¹⁶³.

Powyższe ograniczenia prowadzą do wniosku, że ustawodawca nie zrezygnował z ochrony pracownika jako słabszej strony stosunku regulowanego prawem pracy. Mają one służyć uniknięciu sytuacji, w której pracodawca jako strona silniejsza, mógłby narzucić pracownikowi właściwość sądu polubownego przez wprowadzenie klauzuli arbitrażowej do treści umowy o pracę.

2. W Niemczech

Zupełnie inaczej wygląda sytuacja w Niemczech. Pracodawca zdecydował się tutaj na dużo szerszą ochronę pracownika niż ustawodawca polski. Ustawa o sądownictwie pracy (*Arbeitsgerichtsgesetz*, ArbGG) reguluje w § 101–110 dokładnie całe postępowanie arbitrażowe w sprawach z zakresu prawa pracy niezależnie i odmiennie od § 1025 i n. ZPO. Zgodnie z treścią § 101 ust. 3 ArbGG przepisy ZPO dotyczące postępowania przed sądami polubownymi nie znajdują zastosowania w sprawach z zakresu prawa pracy¹⁶⁴.

W związku z tym zawarcie zapisu na sąd polubowny w tym przedmiocie jest, zgodnie z brzmieniem § 101 ArbGG, dopuszczalne tylko w niewielu przypadkach¹⁶⁵. Treść tego przepisu pozwala wyróżnić trzy możliwości:

- 1) zawarcie zbiorowego zapisu na sąd polubowny (*Gesamtsschiedsklausel*),

¹⁵⁸ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, Warszawa 2006, s. 378.

¹⁵⁹ R. Morek, *op. cit.*, s. 150.

¹⁶⁰ A. Zieliński, *op. cit.*, s. 1378.

¹⁶¹ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, Warszawa 2006, s. 378.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ R. Morek, *op. cit.*, s. 150; J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, Warszawa 2006, s. 378.

¹⁶⁴ M. Henssler, H.J. Willemsen, H.-J. Kalb, *Arbeitsrecht. Kommentar*, Köln 2004, s. 292.

¹⁶⁵ K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 370.

- 2) zawarcie indywidualnej klauzuli arbitrażowej (*Einzelschiedsklausel*),
- 3) zastosowanie już istniejącej umowy o arbitraż¹⁶⁶.

2.1. Zbiorowy zapis na sąd polubowny – § 101 ust. 1 ArbGG

Zgodnie z brzmieniem § 101 ust. 1 ArbGG strony układu zbiorowego mogą wyłączyć w ogólności lub w odniesieniu do konkretnego przypadku kompetencje sądów pracy do rozstrzygania sporów cywilnoprawnych z układu zbiorowego lub konfliktów dotyczących istnienia lub nieistnienia tego układu w ten sposób, iż zawrą wyraźne uzgodnienie, że decyzja w tym zakresie ma zostać podjęta przez sąd polubowny.

Analiza tego przepisu prowadzi do jednoznacznego wniosku, że ustawodawca wprowadził za jego pomocą wyraźne ograniczenia zarówno o charakterze podmiotowym, jak i przedmiotowym. Stronami zapisu mogą być bowiem jedynie strony układu zbiorowego, zgodnie z treścią § 2 Ustawy o układach zbiorowych (*Tarifsvertragsgesetz*, TVG) należą do nich: związki zawodowe, związki pracodawców lub samodzielni pracodawcy (jeżeli występują jako strona układu zbiorowego), a także zjednoczenia związków zawodowych lub związków pracodawców. Ponadto zapis na sąd polubowny zawarty na zasadzie § 101 ust. 1 ArbGG może dotyczyć jedynie sporów wynikających z układu zbiorowego (np. dotyczących wykonywania wynikających z niego obowiązków czy odszkodowania w przypadku ich niewykonania) lub powstałych na tle wątpliwości co do jego istnienia. Niedopuszczalne jest natomiast zawarcie na tej podstawie umowy arbitrażowej w odniesieniu do konfliktów wynikających z czynów niedozwolonych¹⁶⁷.

W literaturze podkreśla się, że zapis na sąd polubowny zawarty na zasadzie § 101 ust. 1 ArbGG może przybrać zarówno formę klauzuli kompromisarskiej (co do konfliktów przyszłych), jak i postać niezależnego kompromisu (odnośnie do konkretnego sporu, który już powstał). Omawiany przepis, inaczej niż § 1031 ZPO, nie reguluje formy umowy o arbitraż. Należy w związku z tym przyjąć, że klauzula kompromisarska zawarta w układzie zbiorowym będzie musiała mieć formę pisemną, tak samo jak ten układ (§ 1 ust. 2 TVG)¹⁶⁸. Powyższy wniosek nie dotyczy jednak kompromisu. Stanowi on bowiem twór całkowicie niezależny od umowy, do której się odnosi. Niektórzy przedstawiciele doktryny wskazują nawet, że musi on co prawda zostać zawarty w sposób wyraźny (tzn. nie konkludentny), ale w takim przypadku wystarczające jest nawet samo ustne oświadczenie, jeżeli tylko będzie jednoznaczne i jasne¹⁶⁹.

2.2. Indywidualna klauzula arbitrażowa – § 101 ust. 2 zd. 1 i 2 ArbGG

Na podstawie § 101 ust. 2 zd. 1 i 2 ZPO istnieje natomiast możliwość zawarcia zapisu na sąd polubowny przez strony układu zbiorowego co do sporów cywilnoprawnych

¹⁶⁶ M. Henssler, H.J. Willemsen, H.-J. Kalb, *op. cit.*, s. 292 i n.; podobnie K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 370 i n.

¹⁶⁷ K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 371.

¹⁶⁸ *Ibidem*, s. 372.

¹⁶⁹ *Ibidem*; inaczej M. Henssler, H.J. Willemsen, H.-J. Kalb, *op. cit.*, s. 292.

wynikających ze stosunku pracy, który został określony w tym układzie zbiorowym. Dopuszczalne jest to tylko w sytuacji, gdy układ odnosi się do osób występujących zawodowo na scenie (aktorów, śpiewaków operowych i chórowych, tancerzy lub reżyserów), twórców filmowych, artystów lub kapitanów i członków załogi w znaczeniu przyjętym w § 2 i § 3 Ustawy o marynarzach (*Seemannsgesetz*)¹⁷⁰.

W kontekście omawianego przepisu szczególnie problematyczne jest określenie znaczenia „sporów ze stosunku pracy”. Zgodnie ze stanowiskiem przeważającym w doktrynie należą do nich:

- spory ze stosunku pracy w wąskim tego słowa znaczeniu (roszczenia co do spełnienia świadczenia, roszczenia odszkodowawcze wynikające z umowy),
- konflikty powstałe na tle wątpliwości co do istnienia stosunku pracy,
- spory wynikające z Ustawy o ochronie przed wypowiedzeniem (*Kündigungsschutzgesetz*),
- konflikty dotyczące zastosowania planu świadczeń socjalnych,
- spory na tle następstw stosunku pracy¹⁷¹.

Nie zalicza się do nich natomiast konfliktów wynikających z czynów niedozwolonych oraz dotyczących negocjacji w celu związania stosunku pracy¹⁷².

Zgodnie z treścią przepisu § 101 ust. 2 zd. 1 i 2 ZPO zapis na sąd polubowny musi być zawarty w treści układu zbiorowego, może więc w tym przypadku przybrać jedynie postać klauzuli arbitrażowej¹⁷³ i (zupełnie inaczej niż w Polsce) będzie w związku z tym odnosił się do sporów przyszłych. Wynika z tego również, że będzie musiał mieć formę pisemną, tak samo jak umowa, w której treści zostanie umieszczony (§ 1 ust. 2 TVG)¹⁷⁴.

W doktrynie podkreśla się ponadto, że zapis zawarty na podstawie § 101 ust. 2 zd. 1 i 2 ArbGG będzie wprawdzie odnosił się do podmiotów związanych układem zbiorowym (§ 3 TVG)¹⁷⁵ i zostanie również przez nie podpisany, lecz pomimo tego będzie miał charakter indywidualny, ponieważ będzie regulował rozstrzyganie sporów ze stosunku pracy podmiotów wyliczonych wyraźnie w treści § 101 ust. 2 zd. 2 ArbGG.

2.3. Zastosowanie już istniejącej umowy o arbitraż – § 101 ust. 2 zd. 3 ArbGG

Paragraf 101 ust. 2 zd. 3 ArbGG reguluje jedyną sytuację, kiedy strony stosunku pracy same mają istotny wpływ na wyłączenie kompetencji sądów pracy na rzecz sądów polubownych. Zgodnie z treścią tego przepisu nie zawierają one wprawdzie zapisu na sąd polubowny samodzielnie, lecz mogą jedynie zastosować klauzulę kompromisarską zawartą w treści układu zbiorowego. Warunkiem jest, aby wyłączenie kognicji sądów pracy było wyraźne i by nastąpiło w formie pisemnej¹⁷⁶. Ponadto stroną takiej umowy może być jedynie podmiot wy-

¹⁷⁰ M. Henssler, H.J. Willemsen, H.-J. Kalb, *op. cit.*, s. 293.

¹⁷¹ K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 373, 374.

¹⁷² *Ibidem*, s. 374.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*, s. 373.

¹⁷⁶ M. Henssler, H.J. Willemsen, H.-J. Kalb, *op. cit.*, s. 293.

konujący jeden z zawodów wyliczonych w § 101 ust. 2 zd. 1 ArbGG i to tylko w przypadku, gdy poddany jest regulacjom układu zbiorowego, do którego odwołanie następuje, chyba że układ zbiorowy ma zgodnie ze swoją treścią charakter ogólnie wiążący (§ 5 TVG)¹⁷⁷.

Inaczej niż na podstawie § 101 ust. 1 oraz ust. 2 zd. 1 i 2 ArbGG, stronami zapisu na sąd polubowny w sytuacji określonej w § 101 ust. 2 zd. 3 ArbGG są strony konkretnego stosunku pracy, a nie strony układu zbiorowego. Przepis ten zawiera ponadto wyraźną regulację dotyczącą wymogu zachowania formy pisemnej oraz wprowadza (podobnie jak § 1031 ust. 6 ZPO) możliwość zastosowania instytucji tzw. usunięcia wady prawnej (*Heilung*) w przypadku jej niezachowania¹⁷⁸. Zdaniem *K.H. Schwaba* i *G. Waltera* zawarcie zapisu na podstawie § 101 ust. 2 zd. 3 ArbGG może nastąpić zarówno w formie klauzuli arbitrażowej, jak i w postaci samodzielnego kompromisu¹⁷⁹.

X. Forma konkludentna i usunięcie wady prawnej zapisu na sąd polubowny

1. W Polsce

Pomimo zmian idących w kierunku liberalizacji wymagań dotyczących formy umowy arbitrażowej, zarówno doktryna, jak i orzecznictwo polskie uznają niezmiennie, że jej **zawarcie w sposób konkludentny jest niedopuszczalne**. Stanowisko przyjęte przez Sąd Najwyższy w 1960 r.¹⁸⁰ pozostaje więc wciąż aktualne¹⁸¹.

Ponadto nawet odwołanie się do treści art. 1180 § 2 KPC nie pozwala na przyjęcie takiego wniosku. Przepis ten stanowi, że zarzut braku właściwości sądu polubownego może być podniesiony nie później niż w odpowiedzi na pozew lub w innym terminie określonym przez strony. W przeciwnym wypadku podniesienie takiego zarzutu jest (poza wyjątkami określonymi szczegółowo w ustawie) bezskuteczne¹⁸². Wydaje się, że nie można przyjąć, iż niedokonanie tej czynności w wyznaczonym czasie prowadzi do konkludentnego zawarcia umowy o arbitraż.

Ze sporządzeniem zapisu nie jest także równoznaczne ani samo powołanie arbitra¹⁸³, ani jedynie wskazanie stałego sądu polubownego¹⁸⁴.

2. W Niemczech

Omawiana sytuacja wygląda zupełnie inaczej na tle przepisów niemieckiego postępowania cywilnego. Jeżeli bowiem zapis na sąd polubowny jest z jakiejś przyczyny

¹⁷⁷ *K.H. Schwab, G. Walter, op. cit.*, s. 375.

¹⁷⁸ Problem konwalidacji zapisu na sąd polubowny omówiony zostanie w dalszej części rozważań.

¹⁷⁹ *K.H. Schwab, G. Walter, op. cit.*, s. 375.

¹⁸⁰ Orz. SN z 27.6.1960 r., IV CR 874/59, OSNC 1962, Nr 3, poz. 85; *H. Dolecki*, Postępowanie cywilne. Zarys wykładu, Warszawa 2006, s. 345; podobnie *R. Morek, op. cit.*, s. 144.

¹⁸¹ *R. Morek, op. cit.*, s. 144; podobnie *E. Samsel, op. cit.*, s. 86; *A. Zieliński, op. cit.*, s. 1374.

¹⁸² *A. Zieliński, op. cit.*, s. 1407.

¹⁸³ Orz. SN z 13.6.1975 r., II CZ 91/75, OSP 1977, Nr 5, poz. 83; *R. Morek, op. cit.*, s. 144.

¹⁸⁴ *R. Morek, op. cit.*, s. 144; podobnie *E. Samsel, op. cit.*, s. 86.

nieprawidłowy, to **można w takim przypadku zastosować instytucję tzw. usunięcia wady prawnej (*Heilung*)**. Analiza poglądów doktryny i orzecznictwa w tym przedmiocie prowadzi do wniosku, że nieprawidłowości dotyczące zapisu na sąd polubowny można podzielić na dwie grupy:

- 1) niezachowanie wymagań dotyczących formy,
- 2) inne przyczyny nieważności.

2.1. Niezachowanie wymagań dotyczących formy

Zgodnie z treścią § 1031 ust. 6 ZPO braki w zakresie formy zapisu na sąd polubowny zostają usunięte przez wdanie się w spór co do istoty sprawy przed sądem arbitrażowym. Chodzi tutaj o sytuację, gdy pozew został złożony przez powoda do sądu arbitrażowego, a pozwany nie wnosi zastrzeżeń co do kompetencji tego sądu i obie strony wdają się w spór co do istoty sprawy¹⁸⁵. Usunięcie tej wady następuje w momencie wdania się w spór co do istoty sprawy, w przypadku braku wcześniejszego zarzutu w tym przedmiocie (*riügelose Einlassung*)¹⁸⁶.

Literatura i orzecznictwo uznają, iż usunięcie wady prawnej ma w tym wypadku działanie wsteczne – *ex tunc (rückwirkend)* – i następuje również w sytuacji, gdy strony nie zdają sobie sprawy z takiej konsekwencji podejmowanych przez siebie czynności¹⁸⁷. Działanie określone w § 1031 ust. 6 ZPO występuje też w przypadku, kiedy podniesiony zostanie zarzut niewłaściwości sądu polubownego, którego podstawą nie był brak zachowania wymogów dotyczących formy zapisu na sąd polubowny¹⁸⁸. W związku z tym, że w postępowaniu arbitrażowym prowadzenie rozprawy nie jest obligatoryjne, „wdanie się w spór co do istoty sprawy” może nastąpić również przez złożenie wniosku lub oświadczenia na piśmie (*Schriftsatz*)¹⁸⁹. Musi ono jednak nastąpić bez zastrzeżeń¹⁹⁰ i jest nieodwołalne¹⁹¹.

Zdaniem przeważającej części doktryny, usunięcie wady prawnej następuje tylko w zakresie dochodzonego roszczenia, a nie w stosunku do wszystkich przyszłych postępowań mogących nastąpić w ramach sporów określonych w wadliwym zapisie¹⁹². Ponadto jeżeli skład sądu polubownego nie będzie odpowiadał postanowieniom umowy arbitrażowej, to braki dotyczące formy zostaną wprawdzie usunięte, ale sąd ten nie będzie i tak

¹⁸⁵ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1072–1073.

¹⁸⁶ A. Baumach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *op. cit.*, s. 2601; podobnie W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2435; I. Saenger, *op. cit.*, s. 1753.

¹⁸⁷ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2435; podobnie J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1072, 1073, 1074; I. Saenger, *op. cit.*, s. 1753; K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 46; BGHZ 48, 35, 45 i n.

¹⁸⁸ A. Baumach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *op. cit.*, s. 2601; podobnie W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2435.

¹⁸⁹ A. Baumach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *op. cit.*, s. 2601; podobnie W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2435; I. Saenger, *op. cit.*, s. 1753.

¹⁹⁰ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1073; BGHZ 48, 35, 45.

¹⁹¹ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1073.

¹⁹² A. Baumach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *op. cit.*, s. 2601; podobnie W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2435; J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1074; I. Saenger, *op. cit.*, s. 1753.

właściwy do rozpoznania przedmiotowej sprawy¹⁹³. Poza tym zgodnie ze zdaniem panującym w niemieckiej literaturze, samo powołanie sędziego polubownego, podobnie jak w Polsce, nie prowadzi do zawarcia zapisu na sąd polubowny¹⁹⁴.

2.2. Inne przyczyny nieważności

Zgodnie z treścią § 1040 ust. 2 zd. 1 ZPO zarzut niewłaściwości sądu polubownego można wnieść najpóźniej w momencie złożenia odpowiedzi na pozew. Należy zauważyć, że literatura niemiecka wyciąga z treści tego przepisu zupełnie inne wnioski niż przedstawiciele doktryny polskiej w ramach interpretacji art. 1180 § 2 KPC.

Po pierwsze, w przypadku, gdy zapis na sąd polubowny nie został w ogóle zawarty, czynność ta może nastąpić również w sposób konkludentny – przez wdanie się w spór co do istoty sprawy przed tym sądem. Odnosi się to nie tylko do sytuacji, gdy umowa o arbitraż jest wadliwa (np. ze względu na brak określenia *essentialia negotii*), lecz również jeżeli strony wcześniej nie podpisywały żadnego zapisu (konkludentne zawarcie pierwszego kompromisu)¹⁹⁵. Według licznych przedstawicieli doktryny nie znajduje tutaj zastosowania § 1031 ust. 6 ZPO, ponieważ odnosi się on jedynie do wad dotyczących formy zapisu i stanowi *lex specialis* w stosunku do § 1040 ust. 2 ZPO¹⁹⁶. Zawarcie kompromisu regulowane jest w takim wypadku przez ogólne zasady prawa cywilnego materialnego dotyczące umów (*allgemeine Vertragsgrundsätze*)¹⁹⁷. Niezbędna jest więc świadomość stron (zarówno w momencie wnoszenia pozwu do sądu arbitrażowego, jak i w chwili wdania się w spór co do istoty sprawy), że składają one oświadczenia woli w przedmiocie poddania sporu orzecznictwu sądu polubownego (*rechtsgeschäftliches Erklärungsbewusstsein*)¹⁹⁸. Zdaniem doktryny widoczna jest ona już przez sam fakt, że poddają się one celowo i z własnej woli postępowaniu arbitrażowemu, wyłączając równocześnie (w tym zakresie) kognicję sądów powszechnych (jest to tzw. domniemanie świadomości)¹⁹⁹.

Po drugie, wady o charakterze procesowym (inne niż dotyczące formy zapisu określonej w § 1031 ZPO – odnoszące się np. do jego treści) mają zazwyczaj charakter istotny i są nieusuwalne. *J. Münch* stoi jednak na stanowisku, że sytuację taką można w zasadzie zakwalifikować jako niezawarcie zapisu²⁰⁰.

Po trzecie, usunięcie materialnoprawnych wad umowy o arbitraż (takich jak np. § 134 BGB – czynność prawna sprzeczna z zakazem ustawowym, *gesetzliches Verbot*; § 138 BGB

¹⁹³ *W. Voit*, [w:] *H.-J. Musielak*, *op. cit.*, s. 2435.

¹⁹⁴ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax*, *op. cit.*, s. 1073; *W. Voit*, [w:] *H.-J. Musielak*, *op. cit.*, s. 2435.

¹⁹⁵ *K.H. Schwab, G. Walter*, *op. cit.*, s. 47; BGHZ 6, 248, 260.

¹⁹⁶ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax*, *op. cit.*, s. 1072.

¹⁹⁷ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax*, *op. cit.*, s. 1180; podobnie *I. Saenger*, *op. cit.*, s. 1753; BGHZ 88, 314, 318 = BGH NJW 1984, 1355, 1356.

¹⁹⁸ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax*, *op. cit.*, s. 1180; podobnie *I. Saenger*, *op. cit.*, s. 1753; podobnie *K.H. Schwab, G. Walter*, *op. cit.*, s. 46; *R. Geimer*, [w:] *R. Zöller*, *Zivilprozessordnung. Kommentar*, Köln 1997, s. 2360; BGHZ 88, 314, 318 = BGH NJW 1984, 1355, 1356.

¹⁹⁹ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax*, *op. cit.*, s. 1180; podobnie *I. Saenger*, *op. cit.*, s. 1753; podobnie *K.H. Schwab, G. Walter*, *op. cit.*, s. 46.

²⁰⁰ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax*, *op. cit.*, s. 1180.

– czynność prawna sprzeczna z dobrymi obyczajami, *sittenwidriges Rechtsgeschäft*) może nastąpić również w taki sam sposób jak w sytuacji zapisu nieistniejącego. Nie jest tutaj jednakże niezbędna świadomość składania oświadczenia woli w przedmiocie poddania sporu orzecznictwu sądu polubownego²⁰¹.

3. Wnioski

Różnice w interpretacji przepisów art. 1180 § 2 KPC oraz § 1040 ust. 2 ZPO i § 1031 ust. 6 ZPO implikują dość istotne konsekwencje. W Polsce niepodniesienie zarzutu braku właściwości sądu polubownego w ustawowo określonym terminie nie powoduje w żadnym wypadku konkludentnego zawarcia umowy o arbitraż przez wdanie się w spór co do istoty sprawy. Nieważność zapisu może się w takim przypadku stać podstawą uchylecia wyroku sądu polubownego zgodnie z treścią art. 1206 § 1 pkt 1 KPC. W Niemczech zachowanie takie może prowadzić do zawarcia zapisu, co w konsekwencji uniemożliwia uchYLENIE wyroku sądu arbitrażowego na podstawie § 1059 ust. 2 pkt 1a *in fine* ZPO²⁰².

XI. Zapis na sąd polubowny z udziałem konsumenta

1. Regulacja polska

W KPC brak jest szczególnego przepisu regulującego formę zapisu na sąd polubowny dokonywanego z udziałem konsumenta. Tożsama luka istniała również przed omawianą nowelizacją procedury cywilnej. W związku z tym rozważana kwestia stanowiła i nadal stanowi przedmiot licznych kontrowersji. Szczególnie problematyczne jest samo zagadnienie dopuszczalności zawarcia zapisu na arbitraż w obrocie konsumencym. W doktrynie pojawiło się nawet przypuszczenie, że ustawodawca prawdopodobnie po prostu zapomniał o ustanowieniu w KPC zakazu klauzuli arbitrażowej w sprawach z udziałem konsumenta²⁰³.

W związku z brakiem regulacji dotyczących omawianej kwestii w treści przepisów procedury cywilnej, zastosowanie w przedmiotowym zakresie znajdują normy prawa cywilnego materialnego – a konkretnie przepisy regulujące niedozwolone postanowienia umowne (tzw. klauzule szare lub klauzule abuzywne). Należy podkreślić, że odnoszą się one zarówno do kontraktów zawieranych w obrocie konsumenckim z użyciem wzorców umownych, jak i do umów dokonywanych z konsumentami bez stosowania takich wzorców²⁰⁴. W kontekście zakresu niniejszych rozważań szczególnie relewantne znaczenie ma treść art. 385³ pkt 23 KC. Przepis ten stanowi bowiem, że w razie wątpliwości za niedozwolone postanowienia umowne należy uznać klauzule, które „poddają sprawę pod rozstrzygnięcie sądu polubownego polskiego lub zagranicznego”.

²⁰¹ *Ibidem*, s. 1181.

²⁰² *Ibidem*, s. 1385; podobnie I. Saenger, *op. cit.*, s. 1811; BGHZ 88, 314, 318 = BGH NJW 1984, 1355, 1356.

²⁰³ B. Gneta, Czy reguły postępowania przed sądem polubownym są przydatne w dążeniu do skutecznego rozstrzygnięcia sporów konsumenckich?, ADR. Arbitraż i Mediacja 2009, Nr 1, s. 117.

²⁰⁴ *Ibidem*, s. 118.

Zdaniem *E. Samsela* skutkiem wprowadzenia takiego uregulowania przez ustawodawcę jest w zasadzie całkowite wyeliminowanie zapisów na sąd polubowny w obrocie konsumenckim²⁰⁵. *R. Morek* uważa przytoczone stanowisko za zbyt daleko idące. Podkreśla przy tym, że „sądownictwo polubowne, podobnie jak inne pozasądowe metody rozstrzygania lub rozwiązywania sporów, nie tylko nie musi utrudniać, ale może wręcz ułatwiać konsumentom dochodzenie ich roszczeń”²⁰⁶. Natomiast *E. Rutkowska* podnosi, że ze względu na treść art. 385³ pkt 23 KC niemożliwe jest szerokie zastosowanie w Polsce sądownictwa polubownego do rozstrzygania sporów konsumenckich. Jej zdaniem uregulowanie to należy bowiem interpretować w ten sposób, że zapis na sąd polubowny w umowie nienegocjowanej indywidualnie z konsumentem jest niedopuszczalny²⁰⁷.

Jednak jak słusznie zauważyli *Ł. Błaszczak* i *M. Ludwik* oraz *B. Gnela*, sam przepis art. 385³ pkt 23 KC nie wyłącza stosowania zapisów na sąd polubowny w obrocie konsumenckim²⁰⁸. Postanowienie odpowiadające jakimkolwiek przykładowi z art. 385³ KC nie jest bowiem samo w sobie niedozwolonym postanowieniem umownym. Można je za takie uznać dopiero w sytuacji, gdy spełnione są równocześnie przesłanki z art. 385¹ § 1 i 3 KC. Zgodnie z treścią tego przepisu, pod pojęciem klauzul abuzywnych należy rozumieć tylko takie regulacje, które nie zostały indywidualnie uzgodnione z konsumentem – czyli postanowienia, na których treść nie miał on rzeczywistego wpływu. Muszą one równocześnie kształtować jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że art. 385³ KC ustanawia swoiste „domniemanie”, że klauzula umowna o określonej (wskazanej w nim) treści jest „zakazany postanowieniem umownym”²⁰⁹. Przedstawiciele doktryny podnoszą jednak równocześnie, że kontrola treści konkretnej klauzuli powinna być zawsze dokonywana dwustopniowo: w pierwszej kolejności należy ustalić, czy mieści się ona na liście zamieszczonej w art. 385³ KC, następnie zaś bada się, czy jest ona „niedozwolonym postanowieniem umownym” w rozumieniu art. 385¹ KC. Na podstawie tego drugiego badania może dojść do uchylenia domniemania abuzywności²¹⁰. W związku z tym zawarcie zapisu na sąd polubowny należy uznać za dopuszczalne w obrocie konsumenckim, o ile będzie ono indywidualnie uzgodnione z konsumentem (nie zostanie mu jednostronnie narzucone) i nie będzie naruszać jego interesów oraz dobrych obyczajów²¹¹. W przeciwnym wypadku postanowienie takie obarczone będzie *ex lege* sankcją bezskuteczności – zgodnie z treścią przepisu art. 385³ KC nie będzie ono bowiem wiążące dla konsumenta. Okoliczność ta może się z kolei stać podstawą skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego na zasadzie art. 1206 § 1 pkt 1 KPC²¹².

²⁰⁵ *E. Samsel*, *op. cit.*, s. 85, 86.

²⁰⁶ *R. Morek*, *op. cit.*, s. 138, 139.

²⁰⁷ *E. Rutkowska*, *Pozasądowe postępowanie rozjemcze dla klientów banku – Bankowy Arbitraż Konsumentki*, *Pr. Bank.* 2002, Nr 3, s. 42.

²⁰⁸ *Ł. Błaszczak*, *M. Ludwik*, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 109; *B. Gnela*, *op. cit.*, s. 119.

²⁰⁹ *W. Popiołek*, [w:] *K. Pietrzykowski* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449*¹¹, Warszawa 2008, s. 1105.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ *Ł. Błaszczak*, *M. Ludwik*, *op. cit.*, s. 109; *B. Gnela*, *op. cit.*, s. 119–120.

²¹² *B. Gnela*, *op. cit.*, s. 120.

2. Regulacja niemiecka

W Niemczech możliwość poddania orzecznictwu sądu polubownego sporów z udziałem konsumenta (*Verbraucher*) nie budzi w zasadzie żadnych wątpliwości. Analiza treści przepisu § 1031 ZPO prowadzi bowiem do jednoznacznego wniosku, że forma zawarcia zapisu na sąd polubowny uzależniona jest właśnie od tego, czy w sporządzeniu tej umowy bierze udział konsument. Niemiecka ustawa wprowadza bowiem nieznanne polskiemu KPC rozróżnienie pomiędzy wymogami dotyczącymi formy zapisu na sąd polubowny zawieranego przez podmioty o charakterze profesjonalnym (§ 1031 ust. 1–4 i 6 ZPO) (*gewerblicher Bereich*) a umową o arbitraż dokonywaną z udziałem konsumenta (§ 1031 ust. 5 ZPO). Przepisy § 1031 ust. 1–4 i 6 ZPO nie znajdują w związku z tym zastosowania w obrocie konsumenckim²¹³.

Zgodnie z treścią przepisu § 1031 ust. 5 ZPO **zapis na sąd polubowny, w którym bierze udział konsument, musi być zawarty w dokumencie podpisanym własnoręcznie przez strony**. Forma ta może zostać zastąpiona przez formę elektroniczną w znaczeniu przyjętym w § 126a BGB. Ze względu na ochronę konsumenta, w celu uniknięcia sytuacji, w której klauzula arbitrażowa byłaby niezauważalną częścią szczegółowego i obszernego dokumentu, **wymagania z § 126 BGB dotyczące zwykłej formy pisemnej zostały jednak zastrzeżone przez przepis § 1031 ust. 5 ZPO**. Zapis na sąd polubowny musi być bowiem zawarty w dokumencie podpisanym przez obie strony i (inaczej niż zgodnie z treścią § 126 ust. 2 zd. 2 BGB) nie jest możliwe w takim przypadku zawarcie umowy przez wymianę listów lub dokumentów o identycznej treści podpisanych tylko przez jedną ze stron²¹⁴. Ponadto zgodnie z treścią § 1031 ust. 5 ZPO pismo zawierające zapis na sąd polubowny nie może obejmować żadnych dodatkowych regulacji poza samym kompromisem i postanowieniami dotyczącymi postępowania arbitrażowego. Pojęcie „samodzielności” należy jednak w tym wypadku interpretować bardzo liberalnie. Zdaniem doktryny i orzecznictwa „niezależność” (*Eigenständigkeit*) jest zachowana także wtedy, gdy zapis wraz z innymi postanowieniami znajduje się wprawdzie na tej samej kartce papieru, jest jednak wyraźnie oddzielony przestrzennie i został osobno podpisany²¹⁵. Zgodnie z treścią § 1031 ust. 5 zd. 3 *in fine* ZPO powyższy wymóg nie odnosi się do sytuacji, gdy kompromis został zawarty w formie aktu notarialnego.

Należy podkreślić, że zapis na sąd polubowny zawarty z udziałem konsumenta nie musi być nazwany „umową o arbitraż” – wystarczy tylko, że zgodnie z jego treścią strony wyrażają wolę powołania sądu polubownego zamiast powszechnego²¹⁶. Chęć ta musi wynikać bezpośrednio z oświadczeń zawartych w umowie, a nie z odesłań. Dlatego (inaczej niż w przypadku umów o charakterze profesjonalnym, do których można zastosować formę z § 1031 ust. 3 ZPO) wymagania określone w przepisie § 1031 ust. 5 ZPO nie są spełnione, jeżeli klauzula arbitrażowa zawarta jest w ogólnych wa-

²¹³ I. Saenger, *op. cit.*, s. 1750.

²¹⁴ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2434; podobnie J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1070; inaczej (jeśli chodzi o wymianę dokumentów) P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *op. cit.*, s. 428.

²¹⁵ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2435; podobnie I. Saenger, *op. cit.*, s. 1752–1753; BGHZ 38, 155, 165.

²¹⁶ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2434.

runkach handlowych (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*, AGB), nawet jeśli zostały one prawidłowo włączone do umowy. Wystarczy jednak, że z samego odwołania wynikać będzie, iż w danej sprawie ma orzekać sąd polubowny²¹⁷. Dokument zawierający zapis na sąd polubowny nie musi bowiem regulować wszystkich szczegółów postępowania arbitrażowego, lecz może odwoływać się w tym zakresie do wzorcowego regulaminu sądu polubownego, ogólnych warunków handlowych (AGB) lub nawet do innej umowy o arbitraż²¹⁸.

W związku z powyższym niezbędne jest wyjaśnienie różnicy pomiędzy warunkami formalnymi określonymi przez § 1031 ust. 3 ZPO i przez § 1031 ust. 5 ZPO w przypadku powołania się na ogólne warunki handlowe (AGB). Jak już wcześniej wspomniano, w obrocie profesjonalnym zgodnie z treścią § 1031 ust. 3 ZPO istnieje możliwość związania stron umowy zapisem na sąd polubowny, nawet jeśli klauzula arbitrażowa (*Schiedsklausel*) nie znajduje się w samym porozumieniu, lecz w ogólnych warunkach handlowych (AGB), do których kontrakt ten się odwołuje. Przepis § 1031 ust. 5 ZPO należy natomiast rozumieć w ten sposób, że jeżeli kompromis ma dotyczyć osoby konsumenta, to trzeba zawrzeć samodzielną (niezależną) umowę o arbitraż (*Schiedsabrede*), która może się jednak odwoływać do ogólnych warunków handlowych (AGB), regulujących zasady postępowania przed sądem polubownym.

W kontekście prowadzonych rozważań szczególnie istotna jest również kwestia zastosowania § 1031 ust. 5 ZPO do zapisu na sąd polubowny zawartego w umowie (statucie) spółki. Jeśli chodzi o spółki kapitałowe, to z uwagi na formę prawną nie są one nigdy konsumentami. Ponadto ze względu na wymóg zachowania formy aktu notarialnego w stosunku zarówno do ich umowy, jak i statutu (§ 2 GmbHG, § 23 AktG), § 1031 ust. 5 ZPO nie znajduje tutaj zasadniczo zastosowania²¹⁹. Problematyczna jest natomiast klauzula arbitrażowa zawarta w umowie spółki osobowej. W takim wypadku zakwalifikowanie jej założycieli jako konsumentów zależy od tego, czy zawarcie tej umowy można przyporządkować sferze ich działalności prywatnej, czy zawodowej (lub wykonywaniu wolnego zawodu). Z jednej strony nie podejmują oni w tym momencie *de facto* ani czynności zawodowych, ani działań w ramach wykonywania wolnego zawodu²²⁰. Jednak z drugiej strony zarówno doktryna, jak i orzecznictwo prezentują stanowisko, że uznanie ich w takim przypadku za konsumentów nie wydaje się być merytorycznie poprawne²²¹. W zasadzie należy więc opowiedzieć się za przypisaniem takiej czynności charakteru profesjonalnego i niestosowaniem w odniesieniu do niej przepisu § 1031 ust. 5 ZPO²²². Należy również podkreślić, że powyższa interpretacja nie odnosi się do czynności wspólników spółki publicznej (*Publikumsgesellschaft*), ponieważ występują oni dużo częściej w roli konsumentów niż przedsiębiorców²²³.

²¹⁷ *Ibidem*; podobnie P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *op. cit.*, s. 427.

²¹⁸ I. Saenger, *op. cit.*, s. 1753; podobnie P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *op. cit.*, s. 427.

²¹⁹ I. Saenger, *op. cit.*, s. 1750.

²²⁰ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2434.

²²¹ *Ibidem*; BGH NJW 2005, 1273, 1274.

²²² I. Saenger, *op. cit.*, s. 1750.

²²³ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2434; podobnie I. Saenger, *op. cit.*, s. 1750.

XII. Rozporządzenie testamentowe

W Polsce zapis na sąd polubowny musi mieć zawsze charakter umowny, nie jest możliwe powołanie sądu arbitrażowego w wyniku jednostronnego oświadczenia woli²²⁴. Natomiast w Niemczech zgodnie z treścią przepisu § 1066 ZPO podstawą do prowadzenia postępowania polubownego może być rozporządzenie testamentowe.

Chodzi tutaj o zawarcie zapisu na sąd polubowny w treści testamentu (§ 1937 BGB)²²⁵. W literaturze i orzecznictwie podnosi się zgodnie, że spadkodawca ma prawo jednostronnie ustanowić, że wszystkie lub tylko niektóre (określone) spory pomiędzy spadkobiercami, spadkobiercami a zapisobiercami lub spadkobiercami a wierzycielami spadkowymi rozstrzygane będą w drodze arbitrażu²²⁶.

Testator może również określić granice kompetencji decyzyjnej (*Entscheidungskompetenz*) sądu polubownego²²⁷ – w takim zakresie, w jakim dopuszczalne jest powierzenie osobie trzeciej rozstrzygnięć w zakresie kwestii dotyczących dziedziczenia. W związku z tym spadkodawca ma prawo upoważnić sąd arbitrażowy do:

- 1) wydania zarządzeń co do podziału spadku (*Teilungsanordnung*, § 2048 BGB),
 - 2) podjęcia decyzji w zakresie przyznania zapisu (*Vermächtnis*, § 2155 i n. BGB),
 - 3) zobowiązania do wykonania poleceń testamentowych (*Auflage*, § 2193 BGB),
 - 4) powołania wykonawcy testamentu (*Testamentsvollstrecker*, § 2198–2200 BGB),
- jeżeli tylko w danej kwestii spełnione są równocześnie warunki zdadności arbitrażowej (§ 1030 ZPO)²²⁸. Testator jest jednak zawsze związany ograniczeniami wynikającymi z § 2065 BGB. Zgodnie z jego treścią nie można powierzyć osobie trzeciej uprawnień do:
- rozstrzygania o tym, czy rozporządzenie testamentowe powinno obowiązywać,
 - wyznaczenia przedmiotu przysporzenia testamentowego (*Zuwendungsgegenstand*) lub osoby, na rzecz której miałyby ono nastąpić (*Person des Zuwendungsempfängers*)²²⁹.

W związku z powyższym sądowi polubownemu nie można powierzyć decyzji w zakresie wyznaczenia spadkobierców²³⁰, chyba że spadkodawca dokładnie określi kryteria ich wyboru²³¹. Testator może natomiast przyznać sądowi arbitrażowemu prawo do dokonywania interpretacji treści rozporządzenia testamentowego – niedopuszczalne jest jednak stosowanie w tym zakresie tzw. wykładni uzupełniającej (*ergänzende Auslegung*)²³². Ponadto zgodnie z panującym w doktrynie zdaniem w drodze arbitrażu mogą być rozstrzygane kwestie związane z ważnością testamentu²³³. Przeważająca część przedstawicieli

²²⁴ R. Morek, *op. cit.*, s. 144; E. Samsel, *op. cit.*, s. 86.

²²⁵ I. Saenger, *op. cit.*, s. 1838.

²²⁶ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1452; podobnie I. Saenger, *op. cit.*, s. 1838; RGZ 100, 76, 77; RGZ 133, 128, 131 i n., RGZ 170, 380, 383.

²²⁷ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1452; podobnie I. Saenger, *op. cit.*, s. 1838;

²²⁸ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1453.

²²⁹ I. Saenger, *op. cit.*, s. 1838.

²³⁰ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1452.

²³¹ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2564.

²³² I. Saenger, *op. cit.*, s. 1838.

²³³ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2564; podobnie I. Saenger, *op. cit.*, s. 1838.

literatury opowiada się jednak za niedopuszczalnością wydawania przez sąd polubowny decyzji dotyczących roszczeń z tytułu zachowku²³⁴.

Zgodnie z § 1066 ZPO do zapisu na sąd polubowny ustanowionego w postaci rozporządzenia testamentowego stosuje się **odpowiednio** przepisy Księgi 10 ZPO. W konsekwencji ważność klauzuli arbitrażowej należy oceniać nie na podstawie § 1031 ZPO, lecz jedynie zgodnie z przepisami prawa materialnego – spadkowego (§ 2231 i n. BGB)²³⁵. Jeśli jednak zapis na sąd polubowny zawarty został w umowie spadkowej (*Erbvertrag*), to do stron umowy należy zastosować wprost (*direkt*) § 1025 i n. ZPO (w szczególności przepis § 1031 ZPO), a do osób trzecich § 1066 ZPO²³⁶.

XIII. Skutki niezachowania przepisów dotyczących formy zapisu na sąd polubowny

1. W Polsce

W polskiej doktrynie i orzecznictwie od dawna dominuje stanowisko, zgodnie z którym zapis na sąd polubowny sporządzony bez zachowania wymagań formalnych nie wywołuje żadnych skutków prawnych, tzn. jest dotknięty **nieważnością**²³⁷. Pomimo braku wyraźnego przepisu przewidującego taki rygor, uznaje się, że forma przewidziana dla zapisu na sąd polubowny jest zastrzeżona *ad solemnitatem*²³⁸. Zdaniem S. Dalki wykluczone jest w związku z tym odpowiednie stosowanie art. 73 i 74 KC²³⁹. Podobne stanowisko wyraził również Sąd Najwyższy w sprawie dotyczącej umowy prorogacyjnej, wywołującej podobne skutki do zapisu na sąd polubowny. Zdaniem sądu: „jedynym z wymagań ważności takiej umowy jest zawarcie jej na piśmie. Wobec braku odmiennego oznaczenia w ustawie skutków niezachowania tego wymagania, niezachowanie go powoduje nieważność umowy o właściwość umowną”²⁴⁰. Odmienne stanowisko w tym przedmiocie prezentuje jedynie Ł. Błaszczak, według którego chodzi tutaj o zastrzeżenie formy pisemnej wyłącznie dla celów dowodowych (*ad probationem*)²⁴¹.

2. W Niemczech

Zgodnie z poglądem panującym w doktrynie niemieckiej niezachowanie wymogów dotyczących formy zapisu na sąd polubowny określonych w § 1031 ust. 1–5 ZPO powoduje

²³⁴ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2563; podobnie I. Saenger, *op. cit.*, s. 1838.

²³⁵ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1452; podobnie W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2563.

²³⁶ A. Baumach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *op. cit.*, s. 2639; podobnie J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1452; W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2564; I. Saenger, *op. cit.*, s. 1838.

²³⁷ Post. SN z 9.1.1969 r., I CZ 3/68, OSNC 1970, Nr 5, poz. 79; post. SA w Gdańsku z 11.12.1996 r., I Acz 1007/96, OSP 1997, Nr 7–8, poz. 146; E. Samsel, *op. cit.*, s. 89; podobnie J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, s. 375; R. Morek, *op. cit.*, s. 144–145; M. Uliasz, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do nowelizacji, Warszawa 2006, s. 576.

²³⁸ Post. SN z 9.1.1969 r., I CZ 92/67, OSPiKA 1970, Nr 5, poz. 95; podobnie A. Zieliński, *op. cit.*, s. 1374.

²³⁹ S. Dalka, *op. cit.*, s. 58; podobnie R. Morek, *op. cit.*, s. 145; A. Zieliński, *op. cit.*, s. 1375.

²⁴⁰ Post. SN z 17.12.1971 r., I CZ 166/71, niepubl.

²⁴¹ Ł. Błaszczak, Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego, Pr. Spół. 2005, Nr 2, s. 30.

jego nieważność (*Ungültigkeit/Nichtigkeit*)²⁴². Zdaniem *W. Voita* wynika to bezpośrednio z treści § 125 zd. 1 BGB²⁴³. Natomiast według *J. Müncha* skutek jest wprawdzie identyczny, jak przy zastosowaniu § 125 zd. 1 BGB, ale nie ma w tym wypadku potrzeby powoływać się na ten przepis. „§ 1031 ZPO określa samodzielnie warunki skutecznego przyznania kompetencji sądowi polubownemu – w razie ich braku, nic się nie dzieje, tzn. właściwość sądu powszechnego pozostaje niezmieniona”. Wniosek taki wynika jego zdaniem również bezpośrednio z treści § 1059 ust. 2 pkt 1a ZPO, który umożliwia uchylenie wyroku sądu polubownego, w przypadku gdy umowa arbitrażowa nie spełniała warunków formalnych określonych w § 1031 ZPO²⁴⁴.

XIV. Podsumowanie

Pomimo tego, że zarówno ustawodawca polski, jak i niemiecki, regulując formę zapisu na sąd polubowny, wzorowali się na prawie modelowym UNCITRAL, to przepisy prawne w tym zakresie różnią się od siebie zasadniczo.

Najistotniejszy jest fakt, że § 1031 ZPO wprowadza zróżnicowanie pomiędzy wymogami niezbędnymi dla obrotu profesjonalnego, a zasadami dotyczącymi zawierania umowy o arbitraż z udziałem konsumenta. Przepisy Kodeksu postępowania cywilnego nie przewidują takiego podziału, co powoduje w konsekwencji liczne wątpliwości w zakresie dopuszczalności stosowania zapisu na sąd polubowny w obrocie konsumenckim.

Chociaż standardem w obu krajach jest zachowanie formy pisemnej umowy o arbitraż, to w Polsce można do interpretacji art. 1162 § 1 KPC w zasadzie zastosować w pełni wykładnię art. 78 KC, w Niemczech natomiast w § 1031 ust. 1 alt. 1 ZPO mamy do czynienia ze „zmodyfikowaną (ułatwioną) formą pisemną z § 126 BGB”, a § 1031 ust. 5 ZPO wprowadza liczne obostrzenia odnośnie do stosowania wykładni dotyczącej przepisu § 126 BGB.

W obu krajach dopuszczalne jest zawarcie zapisu na sąd polubowny za pomocą środków porozumiewania się na odległość oraz przez odesłanie. Ustawodawca niemiecki zdecydował się na wprowadzenie bardzo istotnej dla obrotu profesjonalnego możliwości zawarcia umowy arbitrażowej w tzw. połowicznej formie pisemnej, nieznannej polskiemu Kodeksowi postępowania cywilnego. Poza tym w Polsce brak jest regulacji dotyczącej konosamentu, którą znajdujemy w § 1031 ust. 2 ZPO. W Niemczech nie ma natomiast wyraźnego przepisu, który odpowiadałby polskiemu art. 1163 KPC i ustalałby zasady wprowadzenia klauzuli kompromisarskiej do umowy (statutu) spółki, spółdzielni lub stowarzyszenia. Pomimo tego, że w obu krajach uregulowana jest możliwość zawarcia zapisu na sąd polubowny w zakresie stosunków pracy, to przepisy różnią się od siebie zasadniczo – zarówno jeśli chodzi o zakres podmiotowy, jak i przedmiotowy. Ponadto w Polsce, inaczej niż w Niemczech, nie jest możliwe zastosowanie do umowy o arbitraż formy konkludentnej ani konwalidacja zapisu przez wdanie się w spór co do istoty sprawy.

²⁴² *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax, op. cit.*, s. 1059; podobnie *W. Voit*, [w:] *H.-J. Musielak, op. cit.*, s. 2436; *P. Schlosser*, [w:] *F. Stein, M. Jonas, op. cit.*, s. 429.

²⁴³ *W. Voit*, [w:] *H.-J. Musielak, op. cit.*, s. 2436.

²⁴⁴ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax, op. cit.*, s. 1059.