

Ochrona konsumenta jako strony zapisu na zagraniczny sąd polubowny

Uwagi wstępne

Zalety arbitrażu nie wykluczają trafności uwagi, że *in casu* nie zapewnia równorzędnej ochrony prawnej w wypadku rzeczywistej przewagi jednej ze stron postępowania¹. Z oczywistych względów w relacji z przedsiębiorcą konsument *ex definitione* jest stroną słabszą.

Doktryna i orzecznictwo podejmują wysiłki w celu eliminacji patologii w relacji *business-to-consumer* (B2C), a niedawne postanowienie SN z 22.2.2007 r. (IV CKN 200/06) jest tego wymownym przykładem². W sprawie osoba fizyczna zamieszkała w Polsce zawarła umowę brokerską rynku *over-the-counter* (OTC) ze spółką z siedzibą w USA. W myśl klauzuli arbitrażowej spór między stronami umowy miał rozpoznać amerykański sąd arbitrażowy³. Zdaniem SN zapis na sąd polubowny z siedzibą w USA oraz kolizyjnoprawny wybór prawa dla umowy jest nieskuteczny, jako że wbrew art. 385³ pkt 23 w zw. z art. 385¹ § 1 KC nadmiernie faworyzował przedsiębiorcę. Sąd Najwyższy problem kolizyjnoprawny zastosowania tych przepisów rozwiązał poprzez uwzględnienie art. 6 ust. 2 dyrektywy 93/13⁴.

Szczególnie problematyczna wydaje się ochrona konsumenta w przypadku, gdy zapis na sąd polubowny objęty jest zakresem zastosowania Konwencji nowojorskiej z 1958 r.⁵, która nie zawiera szczególnych norm chroniących stroną słabszą, jak również wyczerpującej regulacji rozpoznania zarzutu zapisu na sąd polubowny na etapie przedarbitrażowym. Sąd przyjmujący w ramach postępowania delibacyjnego oraz o nadanie *exequatur* ocenia przesłanki skuteczności orzeczenia arbitrażowego z punktu widzenia zdatności arbitrażowej oraz *ordre public* (art. V ust. 2)⁶. Sąd państwa konwencyjnego, rozpoznając zarzut

¹ H. Stumpf, Vor- und Nachteile des Verfahrens vor Schiedsgerichten gegenüber dem Verfahren vor Ordentlichen Gerichten [w:] Festschrift für Arthur Bülow zum 80. Geburtstag, red. K.-H. Böckstiegel, O. Glosner, Köln-Berlin-Bonn-München 1981, s. 222.

² OSNC 2008, Nr 2, poz. 25, s. 62.

³ Stan faktyczny został omówiony w publikacji A. Torbus, Wybrane zagadnienia stosowania Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, ADR. Arbitraż i Mediacja 2008, Nr 4, s. 78-79.

⁴ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z 5.4.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumentskich; dalej jako: dyrektywa 93/13.

⁵ Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku 10.6.1958 r., Dz.U. z 1962 r. Nr 9, poz. 41; dalej jako: konwencja lub Konwencja nowojorska.

⁶ A. Ahrendt, Der Zuständigkeitsstreit im Schiedsverfahren, Tübingen 1996, s. 120.

zapisu na sąd polubowny, podniesiony co do zasady na etapie przedarbitrażowym, stosuje odpowiednio przepisy Konwencji o uznawaniu i wykonaniu orzeczenia arbitrażowego⁷.

W swoich rozważaniach pomijam kwestię wykluczenia stosowania konwencji ze względu na ewentualną skuteczność zastrzeżenia Polski w przedmiocie stosowania norm konwencyjnych tylko w sprawach wynikających ze stosunków handlowych (art. 1 ust. 3 *in fine* konwencji)⁸ oraz problem przyznania stronie umowy OTC przymiotu konsumenta.

Znaczenie dyrektywy 93/13 dla zapisu na sąd polubowny

Sąd Najwyższy w ślad za doktryną polską i zagraniczną zarzucił polskiemu ustawodawcy nieimplementowanie art. 6 ust. 2 dyrektywy 93/13⁹. W oparciu o argument pro wspólnotowej wykładni uznał, że sądy polskie powinny zawsze oceniać skuteczność zapisu na sąd polubowny i wybór prawa dla zapisu z punktu widzenia art. 385¹ § 1, art. 385³ pkt 23 KC w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 6 ust. 2 dyrektywy 93/13¹⁰. Argumentacja SN spotkała się ze zdecydowaną krytyką *W. Kocota*, który stwierdził, że polska strona umowy OTC działała niczym profesjonalista, a zatem odpada przesłanka ochrony konsumenta¹¹. Ponadto twierdzi, że uwzględnienie art. 6 ust. 2 dyrektywy jest niezasadne wobec braku ścisłego związku umowy z państwem miejsca zamieszkania konsumenta¹².

Niezależnie od słuszności uwagi *W. Kocota* uniwersalność tez Sądu Najwyższego pozwala na zapewnienie ochrony interesów strony słabszej, niestety jako swoiste *provisorium* do czasu wejścia w życie odpowiednich przepisów kolizyjnych prawa prywatnego (art. 37

⁷ *A. Torbus, op. cit.*, s. 78.

⁸ Zob. *T. Ereciński, K. Weitz, Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 30; *A. Torbus, op. cit.*, s. 79 i n.

⁹ W doktrynie dokonania ustawodawcy ocenia się nader krytycznie, patrz: *J. Hoffmann, V. Primaczenko*, Die kollisionsrechtliche Absicherung des Verbraucherschutzes in Europa, IPRax 2007, z. 3, s. 175–176; *M. Lijowska*, O kolizyjnoprawnych problemach dostosowania prawa polskiego do europejskiego prawa ochrony konsumentów, KPP 2004, z. 1, s. 140, 143, 168; *M. Pazdan, M. Szpunar*, Conflict of laws rules in polish consumer protection laws [w:] Conference Proceedings: The Evaluation Of The New Polish Legislation In The Matter Of Consumer Protection From The European Perspective, red. *M. Kępiński*, Poznań 2002, s. 116.

Podkreślenia wymaga, że brak jednolitej metody implementacji art. 6 ust. 2 dyrektywy 93/13 w Państwach Członkowskich. W doktrynie wymienia się pięć wariantów zastosowanych w systemach prawnych Państw Członkowskich. Patrz: *K. Bitterlich*, Die kollisionsrechtliche Absicherung der AGB-Richtlinie (Art. 6 Abs. 2): Rechtszersplitterung statt Kollisionsrechtseinheit in Europa, ZfRV 2002, z. 3, s. 124 i n. Na konieczność wprowadzenia specjalnych, kolizyjnoprawnych instrumentów ochrony zwracali uwagę m.in.: *P. Mostowik*, Kolizyjnoprawne problemy dostosowania prawa polskiego do dyrektywy Unii Europejskiej (cz. I), Rej. 2002, Nr 7, s. 113–114; *M. Pazdan*, O potrzebie reformy polskiego prawa prywatnego międzynarodowego i niektórych proponowanych rozwiązań, KPP 2000, z. 3, s. 504; *F. Zoll*, Niedozwolone klauzule w umowach konsumenckich, KPP 1993, z. 2, s. 195. W projekcie ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe zgodnie z art. 37 gwarantowana jest ochrona konsumenta, jaką zapewniają mu normy prawa państwa jego zwykłego pobytu.

¹⁰ Patrz *J. Maliszewska-Nienartowicz*, Ewolucja ochrony konsumenta w europejskim prawie wspólnotowym, Toruń 2004, s. 260.

¹¹ *W. Kocot*, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2007 r., IV CKN 200/06, OSP 2008, Nr 10, s. 742 i n.

¹² *Ibidem*, s. 751.

projektu ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe¹³). Właśnie na ten problem wskazują *M. Pazdan* i *J. Poczobut*, których zdaniem wobec braku oddzielnego uregulowania kolizyjnoprawnej normy merytorycznej KC chroniącej konsumenta mogą być stosowane za pośrednictwem normy kolizyjnej operującej łącznikiem obiektywnym¹⁴. Jak się wydaje, Sąd Najwyższy podjął heroiczny wysiłek przezwyciężenia luki *extra legem*.

Przepis art. 3 ust. 1 dyrektywy wyklucza narzucenie określonych postanowień konsumentowi, gdy ten jako strona słabsza nie ma rzeczywistego wpływu na treść umowy (a nawet, gdy nie jest w stanie jako nieprofesjonalista ocenić wszelkich implikacji prawnych umowy), nastąpiło naruszenie wzajemnego zaufania, umowa prowadzi do istotnej i nieusprawiedliwionej dysproporcji praw i obowiązków na niekorzyść konsumenta¹⁵.

Poza sporem pozostaje, że dyrektywa nie wyklucza zawierania przez konsumenta umowy arbitrażowej (pkt „q” załącznika do dyrektywy)¹⁶. Zgodnie z pkt „q” załącznika do dyrektywy niedopuszczalny jest tylko taki zapis na sąd polubowny, który przewiduje wyłącznie drogę arbitrażową dla sporu z konsumentem, lub w sytuacji, gdy sąd arbitrażowy nie rozstrzyga sporu na podstawie przepisów prawa¹⁷. Od ustawodawcy krajowego zależy, które przykładowe klauzule abuzywne wymienione w załączniku do dyrektywy zostaną włączone do prawa krajowego i zakwalifikowane jako tzw. czarne, czyli niewiążące strony *ex lege*, a które jako tzw. szare, które podlegają ocenie *in casu*¹⁸. Polski ustawodawca nie wprowadził tego rodzaju rozróżnienia, każda zatem klauzula umowna, nawet sprzeczna z art. 385¹ i n. KC, nie jest nieważna (względnie nieskuteczna) z mocy prawa. Wydaje się, że wykładnia art. 385³ pkt 23 KC w zw. z pkt „q” załącznika do dyrektywy 93/13 nie wyklucza wyłączenia kompetencji sądów polskich, a jedynie umożliwia ustanowienie fakultatywnej drogi arbitrażowej. **W razie wątpliwości dokonanie zapisu na sąd polubowny wymaga interpretacji najbardziej korzystnej dla konsumenta**¹⁹.

Przepis art. 6 ust. 2 dyrektywy 93/13 określa miarę kontroli materialnoprawnej i procesowej umowy konsumenckiej²⁰. Z art. 6 ust. 2 dyrektywy 93/13 wynika obowiązek sądu Państwa Członkowskiego do działania z urzędu dla dokonania oceny skuteczności umowy

¹³ Tekst projektu opubl. w: *M. Pazdan*, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2007, s. 349 i n.

¹⁴ *Ibidem*, s. 150; *J. Poczobut*, Właściwość prawa dla umowy leasingu, *Rej.* 2001, Nr 7–8, s. 231.

¹⁵ *K. Kańska*, Ochrona ekonomicznych interesów konsumentów w prawie Unii Europejskiej na przykładzie dyrektywy 93/13/EWG [w:] *Szkice z prawa Unii Europejskiej. Prawo materialne*, t. II, red. *E. Piontek*, *A. Zawidzka*, Kraków 2003, s. 58; *E. Łętowska*, *A. Świstak* [w:] *Nieuczciwe klauzule w prawie umów konsumenckich*, red. *E. Łętowska*, *K. Osajda*, Warszawa 2004, s. 8; *P. Mostowik*, Kolizyjnoprawne problemy dostosowania prawa polskiego do dyrektywy Unii Europejskiej (cz. II), *Rej.* 2002, Nr 9, s. 73.

¹⁶ *M. Pecyna*, Prorogacja sądu w obrocie konsumenckim, *KPP* 2003, z. 4, s. 846.

¹⁷ *R. Szostak*, O konieczności dostosowania polskich przepisów o ochronie konsumenta do europejskich rozwiązań prawnych, *PS* 1995, Nr 2, s. 48.

¹⁸ *K. Kańska*, *op. cit.*, s. 61.

¹⁹ *M. Jagielska*, Polskie prawo konsumenckie na tle wspólnotowym, *Rej.* 2004, Nr 3–4, s. 158.

²⁰ *M. Lijowska*, *op. cit.*, s. 140; *A. Mezger*, *Europäischer Verbraucherschutz, Effektivitätsgrundsatz und nationale Ausschlussfristen*, *ZeuP* 2004, z. 1, s. 156. Wyłączenie stosowania prawa krajowego sprzecznego z prawem wspólnotowym jest kwalifikowane jako tzw. negatywne zastosowanie dyrektywy (*invocabilité d'exclusion*). *Patrz M. Szpunar*, Bezpośredni skutek dyrektywy w postępowaniu przed sądem krajowym, *PiP* 2004, z. 9, s. 65–66.

arbitrażowej²¹. Przepis prawa krajowego, na mocy którego sąd bierze pod uwagę przepisy konsumenckie tylko na zarzut strony pod rygorem pominięcia, należałoby ocenić jako sprzeczny z treścią dyrektywy.

W doktrynie podkreśla się, że dla zapewnienia jednolitej wykładni art. 6 ust. 2 dyrektywy 93/13, art. 4 i 5 ust. 2 i 3 Konwencji rzymskiej (Konwencja o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwarta do podpisu w Rzymie 19.6.1980 r., Dz.Urz. C Nr 169 z 8.7.2005 r.) stanowi podstawę dla ustalenia „ścisłego związku”²². Zdaniem *W. Kocota* taki związek nie zachodził, ale do odmiennych wniosków może prowadzić wykładnia art. 6 ust. 1 lit. b rozporządzenia Rzym I (rozp. PE i Rady (WE) Nr 593/2008 z 17.6.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych, zacznie obowiązywać w całości 17.6.2009 r.), wzorowanego na przepisach konsumenckich rozporządzenia 44/2001. W sporach między polskim konsumentem jako powodem a przedsiębiorcą z USA, który nie posiada filii, agencji lub innego oddziału w Państwie Członkowskim, jurysdykcja sądu polskiego wynika z art. 15 ust. 1 lit. c w zw. z art. 16 ust. 1 rozporządzenia 44/2001, o ile uzna się, że możliwość wejścia na stronę internetową zawierającą opcję zawarcia umowy jest równoznaczne z aktywnym „kierowaniem działalności na terytorium państwa członkowskiego”²³.

Według *R. Hausmanna* wystarczy, że na stronie WWW istnieje opcja zawarcia umowy²⁴, natomiast *A. Staudinger* uważa, iż przedsiębiorca powinien chronić swoje interesy poprzez wprowadzenie opcji niezawierania umów z konsumentami zamieszkałymi w Państwach Członkowskich²⁵. Komisja w uzasadnieniu projektu rozporządzenia Rzym I podkreśla, że występuje wystarczający związek, jeżeli *website* umożliwia zawarcie umowy z konsumentem, chyba że jedynie zawiera treści informacyjno-reklamowe, albo gdy przedsiębiorca przy zachowaniu należytej staranności nie mógł wiedzieć, że konsument ma zwyczajne miejsce pobytu w Państwie Członkowskim²⁶.

W literaturze proponuje się, aby krajowe przepisy chroniące konsumenta stosować z uwzględnieniem brzmienia art. 6 ust. 2 dyrektywy 13/93, nawet jeżeli nie został implementowany do prawa krajowego. Według zwolenników koncepcji „ukrytego aneksu

²¹ Wyr. ETS z 21.11.2002 r. w sprawie *Cofidis SA* przeciwko *Jean-Louis Fredout*, Nr C-473/00, Nb 29; *M. Pecyna*, *op. cit.*, s. 854. *De lege lata* zakaz wyboru prawa jest możliwy poprzez konstrukcje norm wymuszających swoją właściwość. Zob. *J. Poczobut*, *op. cit.*, s. 231. Wprost zakaz wyboru prawa dla stosunków konsumenckich unormowany jest w art. 17 ustawy z 2.3.2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. Nr 22, poz. 271). Zob. *W. Dubis*, *Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej*, red. *J. Gólaczyński*, Warszawa 2003, s. 251.

²² *T. Rusche*, *Die „enge Zusammenhang” im Sinne des Art. 29 a EGBGB*, IPRax 2001, z. 5, s. 422.

²³ Za takim rozwiązaniem *D. Kot*, *Dyrektywa Unii Europejskiej o handlu elektronicznym i jej implikacje dla prawa cywilnego*, KPP 2001, z. 1, s. 60–61; *K. Kowalik*, *Umowy w handlu elektronicznym – jurysdykcja i prawo stosowane w Unii Europejskiej*, PiP 2002, z. 10, s. 96; *J. von Hein*, *Kapitalanlegerschutz im Verbraucherschutz zwischen Fernabsatz und konventionellem Vertrieb: Zur Konkretisierung der „Ausrichtung” in Art. 15 Abs. 1 lit. C EuGVO*, IPRax 2006, z. 1, s. 19.

²⁴ *R. Hausmann*, *Die Revision des Brüsseler Übereinkommen von 1968*, EuLF 2000/01, z. 1, s. 45. Zbliżone stanowisko *J. Kropholler*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt am Main 2005, s. 231.

²⁵ *A. Staudinger*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, t. I, red. *T. Rauscher*, München 2006, s. 288.

²⁶ KOM(2005) 650 wersja ostateczna z 15.12.2005 r., s. 7.

kolizyjnoprawnego (*versteckte Annekskollisionsnormen*)” przepisy krajowe są stosowane, jeśli zachodzi ścisły związek wyznaczany przez art. 6 ust. 2 dyrektywy 93/13. Koncepcja „aneksu kolizyjnoprawnego” opiera się na wyroku ETS w sprawie *Ingmar*. Ze stanowiska ETS wynika, że stosowanie krajowych norm musi uwzględniać kolizyjnoprawny kontekst implementowanych przepisów dyrektyw. Innymi słowy, wraz z implementacją takiej normy do porządku krajowego powstaje podstawa do jej zastosowania, niezależnie od kolizyjnoprawnego wyboru prawa. To rozwiązanie jest polecane szczególnie dla ochrony konsumenta, w przeciwnym razie normy polskiego prawa będą zastosowane tylko w sytuacji, gdy wskaże je norma kolizyjna operująca łącznikiem obiektywnym albo w ramach *renvoi* norma kolizyjna innego państwa²⁷.

Trafnie zauważa jednak *M. Szpunar*, że stanowisko ETS w sprawie *Ingmar* ma zapewnić stosowanie norm merytorycznych najbardziej korzystnych dla konsumenta niezależnie od statutu umowy i jest kongruentne z kolizyjnoprawną konstrukcją „przepisów wymuszających swoje zastosowanie”²⁸. Jak się wydaje, właśnie takie kolizyjnoprawne znaczenie ma stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z 22.2.2007 r.

Kwestią wymagającą odrębnego i pogłębionego omówienia jest podporządkowanie norm Kodeksu cywilnego chroniących konsumenta do statutu procesowego w wypadku procesowej klasyfikacji zapisu na sąd arbitrażowy. Przy założeniu prawidłowości procesowej klasyfikacji zapisu na sąd polubowny arbitrażowe normy Kodeksu postępowania cywilnego regulujące zapis stosuje się nie za pośrednictwem normy kolizyjnej *lex fori processualis*, ale gdy miejsce postępowania oraz subsydiarnie miejsce wydania wyroku znajduje się na terytorium RP (art. 1154, art. 1156 § 2 w zw. z art. 1165 § 1 i 2 KPC). Tym samym nie zawsze normy polskie będą decydować o skuteczności derogacji kompetencji orzeczniczej polskich sądów powszechnych.

Ponadto nawet procesowa klasyfikacja nie chroni konsumenta wobec braku podwyższonych wymogów formalnych dojścia do skutku umowy arbitrażowej, tak jak ma to miejsce w prawie innych państw. Na przykład § 1031 ust. 5 niem. ZPO wymaga w wypadku zawarcia umowy arbitrażowej przez konsumenta *via* internet kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W myśl § 617 ust. 1 i 2 austr. ZPO zapis na sąd polubowny musi być sporządzony w formie pisemnej z własnoręcznym podpisem konsumenta i jest dopuszczalny tylko odnośnie do sporów już istniejących. Ponadto zgodnie z § 617 ust. 3 austr. ZPO konsument przed zawarciem umowy musi być pisemnie poinstruowany o różnicach między postępowaniem arbitrażowym a postępowaniem przed sądem powszechnym²⁹.

²⁷ Patrz *W.G. Paefgen*, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im Internationalen Vertragsrecht und europäisches Gemeinshaftrecht, *ZeUP* 2003, z. 2, s. 291 i n. Paradoksalnie konsumenckie przepisy państwa trzeciego mogą wówczas zapewnić stosowanie polskiego prawa. W wypadku, gdy polskie normy kolizyjne wskażą prawo rosyjskie, to na mocy art. 1212 ros. KC nastąpi odesłanie do polskich norm konsumenckich, *J. Hoffmann, V. Primaczenko, op. cit.*, s. 176, 179.

²⁸ *M. Szpunar, op. cit.*, s. 67.

²⁹ Patrz *C. Koller*, Das neue österreichische Schiedsrecht, *JAP* 2005/2006, z. 4, s. 248.

Regulacja jurysdykcji krajowej a ochrona konsumenta w sprawach arbitrażowych

Umowa arbitrażowa albo jurysdykcyjna, która prowadzi do istotnej i nieusprawiedliwionej dysproporcji praw i obowiązków, względnie ciężarów i uprawnień procesowych między przedsiębiorcą a konsumentem, w pierwszym rzędzie eliminuje efektywność sądowej ochrony prawnej.

Kontrola uruchamiana na zarzut zapisu na sąd polubowny ma znaczenie prewencyjne, natomiast najistotniejsza z punktu widzenia interesów państwa jest kontrola represyjna, której celem jest odmowa przyznania skuteczności zagranicznego orzeczenia arbitrażowego na obszarze państwa przyjmującego³⁰. Kontrola prewencyjna nie powinna być nadmierne rozbudowana, niemniej ochrona strony słabszej z punktu widzenia jej procesowych interesów może zostać niejednokrotnie osiągnięta tylko na etapie przedarbitrażowym.

W orzecznictwie ETS kwestia ochrony konsumenta jest analizowana również z punktu widzenia efektywnej ochrony prawnej³¹. Wyroki ETS w sprawie *Océano*³² oraz *Claro*³³ przesądzają, że art. 3 ust. 1 w zw. art. 6 dyrektywy nie odnosi się wyłącznie do skutków materialnoprawnych umowy arbitrażowej, ale również procesowych³⁴. Jasno i dobitnie ocenił rzecznik generalny A. Tizziano klauzulę arbitrażową przewidującą wyłączną właściwość sądu siedziby przedsiębiorcy jako „(...) klauzulę dodaną dla wyłącznej korzyści podmiotu profesjonalnego i niedającą w zamian żadnych korzyści konsumentowi, to znaczy klauzulę, której nieuczciwy charakter jest oczywisty”. Wyłącznie z tego powodu Trybunał mógł stwierdzić, że warunkiem był nieuczciwy, nie badając wszystkich okoliczności związanych z zawarciem umowy³⁵.

Trybunał konsekwentnie promuje ochronę konsumenta w sprawach arbitrażowych, aczkolwiek wobec odmienności krajowych uregulowań kolizyjnoprawnych ETS w wyrokach w sprawie *Eco Swiss* oraz w sprawie *Claro* przyjął założenie, że dla ochrony konsumenta konieczne jest odwołanie się do zasady porządku publicznego gwarantującej konsumentowi prawo do efektywnej ochrony prawnej przed sądem powszechnym³⁶. Stanowisko ETS niezależnie od krytyki sięgania po klauzulę porządku publicznego jest

³⁰ O. Glossner, Das Übereinkommen von New York über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958 – ein Fazit, Recht über See. Festschrift für Rolf Stödter zum 70. Geburtstag am 22. April 1979, red. H.P. Ipsen, K.-H. Necker, Hamburg 1979, s. 52; H. Stumpf, op. cit., s. 224.

³¹ Patrz K. Gajda, Alternatywne metody rozwiązywania sporów konsumenckich (cz. I), ADR. Arbitraż i Mediacja 2008, Nr 2, s. 26 i n.

³² Wyr. z 27.6.2000 r. w połączonych sprawach: *Océano Grupo Editorial SA* przeciwko *Roció Murciano Quintero* (C-240/98) i *Salvat Editores SA* przeciwko *José M. Sánchez Alcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohammed Berroane* (C-243/98) i *Emilio Viñas Feliú*, Nb 26.

³³ Wyr. z 26.10.2006 r. w sprawie *Elisa María Mostaza Claro* przeciwko *Centro Móvil Milenium SL* (C-168/05), Nb 30.

³⁴ S. Leible, Gerichtssdandsklauseln und EG – Klausurelinie, RIW 2001, z. 6, s. 427.

³⁵ Opinia rzecznika generalnego A. Tizziano przedstawiona 27.4.2006 r. w sprawie *Elisa María Mostaza Claro* przeciwko *Centro Móvil Milenium SL* (C-168/05), Nb 31.

³⁶ Wyr. z 1.6.1999 r. w sprawie *Eco Swiss China Time Ltd.* przeciwko *Benetton International NV* (C-126/97), Nb 37. Wyr. z 26.10.2006 r. w sprawie *Elisa María Mostaza Claro*..., Nb 35.

zdecydowaną odpowiedzią na odmienności krajowe implementacji dyrektywy 93/13 w zakresie prawa kolizyjnego³⁷.

Problem ochrony strony umowy jurysdykcyjnej, w której derogowano jurysdykcję krajową wynikającą z norm operujących łącznikiem obiektywnym, został dostrzeżony podczas opracowywania Konwencji haskich. Zgodnie z art. 4 ust. 4 Konwencji haskiej o umownym wyborze jurysdykcji (*convention sur les accords d'élection de for*) z 25.11.1965 r. umowa jest nieskuteczna w wypadku nadużycia przewagi gospodarczej lub stosowania środków nieuczciwych (*abus de puissance économique ou autres moyens déloyaux*)³⁸. W nowej Konwencji haskiej o umownym wyborze jurysdykcji z 30.6.2005 r. znacznie ograniczono kontrolę umowy jurysdykcyjnej z punktu widzenia ochrony przed nieuczciwymi praktykami. Zgodnie z art. 6 lit. c) konwencji sąd nie jest związany umową jurysdykcyjną, jeżeli jest ona w oczywisty sposób niesprawiedliwa albo oczywiście byłaby sprzeczna z porządkiem publicznym (*injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public*)³⁹.

Dopuszczalność oceny skuteczności umowy arbitrażowej na podstawie klauzuli porządku publicznego zarówno w postępowaniu uruchamianym na zarzut strony, jak i w postępowaniu o uznanie albo wykonanie zagranicznego orzeczenia może się wydawać sprzeczna z koncepcją wykładni *in favorem arbitrandi*, ale chroni słabszą stronę umowy przed utratą prawa do sądu⁴⁰. Nawet jeżeli wykorzystanie klauzuli porządku publicznego jest traktowane jako *ultima ratio*, to może się okazać jedynym instrumentem ochrony interesów prawnych konsumenta⁴¹.

Wykorzystanie klauzuli porządku publicznego umożliwia również kontrolę umów arbitrażowych objętych zakresem norm Konwencji nowojorskiej, aczkolwiek nie jest

³⁷ Stanowisko ETS budzi kontrowersje w zakresie stosowania dyrektywy, względnie implementowanych norm krajowych w razie zawarcia umowy jurysdykcyjnej. Niektórzy autorzy twierdzą, że rozp. 44/2001 całościowo reguluje dojście do skutku umowy, inni natomiast opowiadają się za stosowaniem norm chroniących konsumenta. Patrz A. Staudinger, *Missbräuchliche Gerichtsstandsklausel in Verbraucherschutzvertrag: Befugnis des Gerichts für Prüfung der Rechtswidrigkeit von Amts wegen*, DB 2000, z. 41, s. 2059 i n.; T. Pfeiffer, *Die Unwirksamkeit von Gerichtsstandsklauseln nach der Klausurrichtlinie*, ZueP 2003, z. 1, s. 152–153; H. Rösler, *Auslegungsgrundsätze des Europäischen Verbraucherprivatrechts in Theorie und Praxis*, RabelsZ 2007, z. 3, s. 514–515.

³⁸ L.T. Welamson, *Rapport explicatif [w:] Conférence de la Haye de Droit International Privé. Actes et documents de la dixième session 7, au 28 octobre 1964, t. IV. For contractuel*, Haye 1965, s. 211 i n.

³⁹ *Convention sur les accords d'élection de for*, http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=98.

⁴⁰ Zasady państwa prawa nie mogą prowadzić do wykluczenia właściwości sądu państwowego, który co do zasady w najwyższym stopniu zapewni osiągnięcie gwarancji składających się na sprawiedliwość proceduralną i materialną. M. Gómez Jene, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Binnenmarkt*, IPRax 2005, z. 2, s. 86, przyp. 18.

⁴¹ E. Gottschalck, S. Bressler, *Missbaruchkontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht*, ZeuP 2007, z. 1, s. 62. Na marginesie warto wspomnieć, że Konwencja europejska o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 21.4.1961 r. (Dz.U. z 1964 r. Nr 40, poz. 270) nie przewiduje odmowy uznania i wykonania orzeczenia arbitrażowego z powodu naruszenia zasady porządku publicznego, co jednak wynika ze szczególnego kontekstu politycznego. Podczas prac nad konwencją ze względu na naganną praktykę wzajemnego blokowania orzeczeń sądów arbitrażowych w oparciu o zasadę porządku publicznego w relacjach między państwami „kapitalistycznymi” i „socjalistycznymi” uznano, że swobodny przepływ orzeczeń arbitrażowych zapewni wykluczenie *ordre public*. Patrz A. Burgstaller, *Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Österreich*, ZfRV 2000, z. 2, s. 86–87.

to teza powszechnie akceptowana⁴². W doktrynie brak jednomyślności, czy wykorzystanie klauzuli porządku publicznego następuje na podstawie norm *fori* w zw. z art. II ust. 3 konwencji⁴³, czy poprzez odpowiednie stosowanie art. V ust. 2 lit. b konwencji⁴⁴. Niezależnie od trafności jednej z powyższych koncepcji sąd, rozstrzygając zarzut zapisu na sąd polubowny, powinien ze względu na procesową gwarancję prawa do sądu odmówić skuteczności umowy arbitrażowej, która objęta jest stosowaniem konwencji i wprowadza nadmierne uprzywilejowanie przedsiębiorcy kosztem konsumenta.

Uwagi końcowe

Ochrona konsumenta wydaje się oczywista, niemniej do czasu wejścia w życie odpowiednich przepisów kolizyjnych konieczne wydaje się sięganie do wysoce dyskusyjnych rozwiązań prowizorycznych. Za takie należy uznać stanowisko Sądu Najwyższego, który zakwalifikował polskie normy ograniczające zapis na sąd polubowny jako „wymuszające swoją właściwość”. Jeszcze bardziej radykalny i sporny wydaje się pogląd ETS pozwalający wykluczyć skuteczność zapisu na sąd polubowny w oparciu o klauzulę porządku publicznego.

⁴² Patrz K. Horn, Termingeschäfte an Auslandsbörsen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, IPRax 1997, z. 2, s. 102; R. Bork, E. Stöve, Schiedsgerichtsbarkeit bei Börsentermingeschäften, Köln–Berlin–Bonn–München 1992, s. 64–66. Podczas opracowywania projektu konwencji, mimo podniesienia tej kwestii przez delegację niemiecką, z braku czasu nie dokonano żadnych ustaleń; A. Bülow, Konwencja ONZ o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, *Studia et Documenta* 1960, s. 26.

⁴³ P. Schlosser, Anmerkung. BGH, Urteil vom 14.9.2000, III ZR 33/00, JZ 2001, z. 5, s. 257.

⁴⁴ Patrz S. Kröll, Antragsvoraussetzungen und Präklusion im Verfahren zur Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche, IPRax 2002, z. 5, s. 384.