

Treść zapisu na sąd polubowny w świetle przepisów polskiego i niemieckiego postępowania cywilnego – wybrane zagadnienia

I. Wprowadzenie

Sądownictwo polubowne (zwane również sądownictwem arbitrażowym) jest specyficznym trybem rozstrzygania spraw cywilnych przez organ, który nie jest sądem państwowym. „Sąd polubowny jest powołany na mocy umowy, poddającej temu sądowi sprawy sporne między stronami, na tle określonego stosunku prawnego i wyłączającej tym samym orzecznictwo sądu państwowego”¹. Istnienie sądownictwa polubownego oznacza zatem przełamanie monopolu państwa w zakresie rozstrzygania spraw należących do postępowania cywilnego².

W związku z postępującą globalizacją i rozwojem gospodarczym oraz nadmiernym obciążeniem sądów powszechnych rozstrzyganie sporów w drodze arbitrażu zyskuje z dnia na dzień coraz bardziej na znaczeniu. Okoliczności te mają niewątpliwie wpływ na konieczność ujednoczenia krajowych regulacji dotyczących sądownictwa polubownego. Dostrzegając omawianą tendencję, Komisja Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ³ opracowała w 1985 r. ustawę wzorcową (tzw. ustawę modelową UNCITRAL – *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*). Stanowi ona wzór wewnętrznych uregulowań międzynarodowego arbitrażu handlowego zalecany przez Zgromadzenie Ogólne ONZ. W praktyce regulacja ta została implementowana do prawa wielu państw, w tym również do polskiego i niemieckiego postępowania cywilnego⁴. W Polsce regulacja sądownictwa polubownego została zmieniona na mocy ustawy z 28.7.2005 r., która weszła w życie 1.1.2006 r. – w miejsce dotychczasowej Księgi III Części I zatytułowanej „Sąd polubowny” (art. 695–715) wprowadzono do KPC Część V, którą nazwano „Sąd polubowny (arbitrażowy)” (art. 1154–1217). W Niemczech nowelizacja przepisów dotyczących sądownictwa polubownego miała miejsce nieco wcześniej – na podstawie ustawy

¹ H. Mądrzak, E. Marszałkowska-Krześ, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2001, s. 380.

² J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2005, s. 496.

³ UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*.

⁴ J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *op. cit.*, s. 497.

z 22.12.1997 r., która weszła w życie 1.1.1998 r. W ten sposób księga 10 Zivilprozessordnung (ZPO) (§ 1025–1066) nosząca tytuł „Postępowanie arbitrażowe” („*Schiedsrichterliches Verfahren*”) została w zasadzie całkowicie zmieniona. Należy podkreślić, że w obu krajach została przyjęta ogólna regulacja sądownictwa polubownego, bez wyodrębniania arbitrażu w sprawach „krajowych” i w sprawach „międzynarodowych”⁵.

Zapis na sąd polubowny jest centralną instytucją sądownictwa polubownego⁶. Stanowi on bowiem jedyną podstawę wyłączenia kognicji sądu powszechnego w danej sprawie i rozstrzygnięcia jej w drodze arbitrażu. Zarówno przepisy KPC, jak i ZPO przyznają stronom sporu szeroką autonomię w zakresie wyboru arbitrów oraz przebiegu i zasad postępowania. Liczne przepisy KPC dotyczące zapisu na sąd polubowny mają bowiem znaczenie jedynie subsydiarne i stosuje się je tylko w przypadku, gdy strony inaczej nie postanowiły⁷. Jednakże normy regulujące dopuszczalność zawarcia zapisu na sąd polubowny, jego treść i formę mają zwykle charakter *iuris cogentis* (z wyjątkiem norm dotyczących fakultatywnych elementów jego treści). W literaturze podkreśla się, że umowa arbitrażowa może zawierać regulacje kształtujące przebieg postępowania przed sądem polubownym, a skarga o uchylenie wyroku takiego sądu często znajduje oparcie w zarzutach dotyczących ważności lub prawidłowości zapisu na sąd polubowny⁸. Dlatego też znajomość przepisów regulujących treść i formę oraz dopuszczalność jego zawarcia ma charakter nieodzowny dla podmiotów chcących poddać spór pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego.

Niniejsze opracowanie będzie się odnosiło do problemów związanych z treścią zapisu na sąd polubowny. W toku rozważań przeprowadzone zostanie porównanie polskiej i niemieckiej regulacji w tym przedmiocie celem uzyskania odpowiedzi na pytanie, czy ostatnie nowelizacje norm dotyczących sądownictwa polubownego doprowadziły do rzeczywistego ujednoczenia przepisów prawnych w omawianym zakresie.

II. Elementy treści zapisu na sąd polubowny

„Jakkolwiek KPC *expressis verbis* tego nie podnosi, z całokształtu jego przepisów dotyczących umów procesowych (w tym również zapisu na sąd polubowny) wynika, że treść każdej takiej umowy musi być wyraźna. „Strony muszą wyraźnie oświadczyć, że dla danej sprawy chcą (...) poddać spór pod rozstrzygnięcie sądu polubownego (...), określić zasady i sposób postępowania przed sądem polubownym”⁹. Niemożliwe jest w związku z tym zawarcie zapisu na sąd polubowny w sposób dorozumiany¹⁰. Dlatego wyrażenie woli poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądowi polubownemu bywa przez niektórych przedstawicieli

⁵ *Ibidem*, s. 497–498; R. Mönnikes, Die Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts. Das neue 10. Buch der ZPO, Hamburg 2000, s. 4–5.

⁶ R. Morek, Mediacja i arbitraż. Art. 183¹–183¹⁵, 1154–1217 KPC. Komentarz, Warszawa 2006, s. 127.

⁷ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część czwarta. Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Część piąta. Sąd polubowny (arbitrażowy), t. V, Warszawa 2006, s. 368.

⁸ *Ibidem*.

⁹ R. Kulski, Umowy procesowe w postępowaniu cywilnym, Warszawa 2006, s. 214.

¹⁰ *Ibidem*.

doktryny klasyfikowane jako obligatoryjny (niewyraźny wprost w ustawie) element treści zapisu na sąd polubowny¹¹. Również w Niemczech wola zawarcia przez strony zapisu na sąd polubowny musi być wyraźna i zaliczana jest, pomimo braku regulacji prawnej, do koniecznych postanowień jego treści (*notwendige Bestandteile einer Schiedsvereinbarung*)¹².

Na podkreślenie zasługuje fakt, że w związku z tym, iż zapis na sąd polubowny musi być wyraźny, w Polsce za niedopuszczalną uznaje się interpretację rozszerzającą jego treści. Nie można stosować również wykładni, która liberalizowałaby wymagania ustawy dotyczące formy tej umowy. Obowiązujące są tylko te postanowienia zapisu na sąd polubowny, które zostały wyrażone w formie pisemnej. Należy je wyklądać ściśle zgodnie z ich treścią¹³. Niemiecka literatura i orzecznictwo wypowiadają się natomiast za stosowaniem ogólnych zasad dotyczących interpretacji umów o charakterze procesowym¹⁴. Proponują ponadto, zupełnie inaczej niż polscy autorzy, wykładnię rozszerzającą¹⁵.

W świetle art. 1161 § 1 KPC można wyróżnić obligatoryjne elementy zapisu na sąd polubowny. Pozostałe przepisy KPC o sędzie polubownym wskazują na możliwość zawarcia w nim postanowień dodatkowych. Regulację o podobnym charakterze znajdujemy również w niemieckim ZPO. Znajomość tych ram prawnych jest nieodzowna dla stron omawianej umowy. Jak podkreślili *K.H. Schwab* i *G. Walter*, starannie przemyślana treść zapisu na sąd polubowny powinna ułatwić dochodzenie roszczeń w drodze arbitrażu i jest podstawą do wydania przez sąd polubowny właściwego wyroku¹⁶.

W dalszych rozważaniach uwzględniony zostanie podział na elementy obligatoryjne i fakultatywne zapisu na sąd polubowny oraz omówione zostaną inne niezbędne warunki dotyczące jego treści.

III. Postanowienia obligatoryjne

1. Treść ustawy

W Polsce minimalną treść zapisu na sąd polubowny określa przepis art. 1161 § 1 KPC, będący odpowiednikiem art. 7 ust. 1 zd. 1 ustawy modelowej UNCITRAL¹⁷. Na tej podstawie zapis na sąd polubowny musi wskazywać przedmiot sporu lub stosunek prawny, z którego spór wyniknął lub może wyniknąć. Pomimo braku wyraźnej regulacji ustawowej na gruncie prawa polskiego dopuszczalne jest zawarcie zarówno specjalnej umowy o poddanie pod rozstrzygnięcie sądu polubownego sporu już istniejącego (tzw. kompromis – zapis na sąd polubowny w ścisłym słowa znaczeniu), jak i sporu, który dopiero może powstać w przyszłości – wtedy zapis na sąd polubowny przybiera postać klauzuli

¹¹ R. Morek, *op. cit.*, s. 133.

¹² P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, ZPO. Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 9 (§§ 916–1068, EGZPO), Tübingen 2002, s. 386–387.

¹³ R. Kulski, *op. cit.*, s. 214.

¹⁴ P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *op. cit.*, s. 394.

¹⁵ I. Saenger, Zivilprozessordnung. Handkommentar, Baden-Baden 2006, s. 1745; BGHZ 40, 320 = NJW 1964, 591.

¹⁶ R. Kulski, *op. cit.*, s. 214; K.H. Schwab, G. Walter, Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar, München 2000, s. 53.

¹⁷ J. Ciszewski, T. Erciński (red.), *op. cit.*, s. 366–367.

kontraktowej zamieszczonej w umowie materialnoprawnej albo w odrębnej umowie z nią związanej (jest to tzw. klauzula kompromisarska lub inaczej klauzula arbitrażowa)¹⁸. W polskiej doktrynie uznaje się niezmiennie, że w drodze arbitrażu można rozstrzygać nie tylko spory już powstałe (*post litem natam*), ale również spory, jakie mogą dopiero wyniknąć ze stosunku prawnego w przyszłości (spory bliżej nieokreślone – *ante litem natam*)¹⁹. W praktyce częściej spotyka się umowy dotyczące załatwienia przez sąd polubowny sporów przyszłych ze względu na to, że takie wyjście jest korzystniejsze dla stron i przyspiesza dochodzenie roszczeń. W chwili powstania między nimi sporu jest już bowiem możliwe natychmiastowe zwrócenie się do sądu polubownego²⁰.

Niemiecki ustawodawca, podobnie jak polski, reguluje wprost w ustawie (w § 1029 ust. 1 ZPO) obligatoryjne postanowienia umowy o arbitraż. Paragraf 1029 ust. 1 ZPO odpowiada w swej treści zasadniczo art. 1161 § 1 KPC. Na tej podstawie strony mogą w zapisie na sąd polubowny poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego wszystkie lub tylko niektóre między nimi wynikłe lub mogące wyniknąć w przyszłości spory (o charakterze umownym lub pozaumownym), dotyczące określonego stosunku prawnego. Ponadto pojęcie zapisu na sąd polubowny (*Schiedsvereinbarung*) użyte w § 1029 ust. 1 ZPO ma charakter nadrzędny w stosunku do nazw zastosowanych w ust. 2 omawianego przepisu. Zgodnie z jego treścią zapis na sąd polubowny może przybrać zarówno formę samodzielnej (*Schiedsabrede*) jak i stanowić klauzulę w ramach innej umowy (*Schiedsklausel*). Jak już wspomniano, identyczne rozwiązanie stosuje się w Polsce, nie istnieje tutaj jednak na to odrębna podstawa prawna.

2. Przedmiot sporu i stosunek prawny

Zarówno ustawodawca polski, jak i niemiecki używają dla określenia treści zapisu na sąd polubowny pojęć „spór” i „stosunek prawny”. Czynią to jednakże w różnym kontekście, co prowadzi w konsekwencji do istotnych różnic w interpretacji tych wymagań przez literaturę i orzecznictwo w obu krajach.

2.1. Wymóg określoności

Jeśli chodzi o prawo polskie, to zapis na sąd polubowny powinien dokładnie określać przedmiot sporu. Wynika to jednoznacznie z treści przepisu art. 1161 § 1 KPC²¹. Już na wstępie podkreślić należy, że pomimo tego, iż omawiana kwestia jest bardzo szeroko

¹⁸ R. Morek, *op. cit.*, s. 127; podobnie E. Samsel, Sąd polubowny remedium na nowe sprawy, EP 2003, Nr 12, s. 36; T. Szurski, Arbitraż – skuteczny sposób likwidowania sporów, MoP 1998, Nr 12, s. 471; M. Tomaszewski, Umowa o arbitraż, podstawowe problemy prawne, PUG 1994, Nr 1, s. 15; W. Miszewski, Proces cywilny w zarysie. Część pierwsza, Warszawa–Łódź 1946, s. 252; K. Potrzebowski, W. Żywicki, Sądownictwo polubowne. Komentarz dla potrzeb praktyki, Warszawa 1961, s. 14–15; S. Dalka, Sądownictwo polubowne w PRL, Warszawa 1987, s. 47–48.

¹⁹ R. Kulski, *op. cit.*, s. 215; podobnie R. Morek, *op. cit.*, s. 127; E. Samsel, Sąd polubowny..., s. 36; T. Szurski, *op. cit.*, s. 471; M. Tomaszewski, Umowa..., s. 15; J.J. Litauer, Komentarz do procedury cywilnej, Warszawa 1933, s. 478–479; K. Potrzebowski, W. Żywicki, *op. cit.*, s. 14–15; S. Dalka, *op. cit.*, s. 47–48.

²⁰ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, s. 217–218.

²¹ A. Zieliński, Kodeks postępowania cywilnego, t. 2, Komentarz do artykułów 506–1217, Warszawa 2006, s. 1370.

problematyzowana zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, to nie stworzono dotąd definicji tego pojęcia. Sąd Najwyższy w okresie międzywojennym przyjął, że dokładne oznaczenie sporów poddanych orzecznictwu sądów polubownych jest warunkiem ważności zapisu²². Tę samą kwestię poruszył również w późniejszym orz. z 26.10.1948 r., w którym stwierdził, że dla spełnienia wymogu oznaczenia przedmiotu sporu wystarczające jest wskazanie, że między stronami powstał spór co do określonego majątku, nawet jeżeli nie oznaczono go co do rodzaju i treści²³. Teza ta zachowuje swoją aktualność, jeśli chodzi o kwestię przedmiotu sporu. Jednakże przepis art. 1161 § 1 KPC określa alternatywnie wymogi dotyczące treści zapisu: w umowie o arbitraż należy bowiem wskazać przedmiot sporu lub stosunek prawny, z którego spór wyniknął lub może wyniknąć. Wykładnia językowa omawianego przepisu prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż wystarczające jest określenie w umowie o arbitraż tylko jednej z omawianych kwestii. Wydaje się jednak, że pomimo sformułowania użytego przez ustawodawcę w art. 1161 § 1 KPC, należy przychylić się do stanowiska R. Kulskiego. Według niego niewystarczające jest samo określenie w zapisie na sąd polubowny przedmiotu sporu, bez bliższego sprecyzowania podstawy prawnej lub roszczenia. Oprócz ogólnikowego oznaczenia sporu niezbędne jest określenie w takiej umowie stosunku prawnego, który łączy bądź łączył strony i z którego wynika prawo lub roszczenie dla jednej ze stron. „Ten stosunek prawny musi być na tyle dokładnie określony, by dał się zidentyfikować”²⁴. Pogląd ten należy jednak traktować bardziej jako postulat *de lege ferenda*. Ten sam autor stwierdza bowiem, że może się zdarzyć, iż zapis na sąd polubowny zawiera postanowienia konkretyzujące spór i jednocześnie oznaczenie ogólne sporu, bez wskazania jego prawnego źródła²⁵. Chodzi tutaj zapewne o sytuację, gdy mamy do czynienia z kompromisem dotyczącym konfliktu już istniejącego.

Ustawodawca niemiecki również używa w § 1029 ust. 1 ZPO określeń „spór” (*Streitigkeit*) i „stosunek prawny” (*Rechtsverhältnis*). W niemieckiej literaturze znajdujemy jednak konkretną definicję pierwszego z tych terminów. Chodzi tutaj o „prywatny spór prawny” (*bürgerliche Rechtsstreitigkeit*) w znaczeniu przyjętym przez prawo procesowe (§ 13 GVG, § 3 EGZPO), czyli „każde dochodzenie roszczeń cywilnoprawnych”²⁶. Pojęcie sporu należy rozumieć przy tym bardzo szeroko. Postępowanie polubowne może się więc toczyć także wtedy, gdy roszczenie zostało uznane i w sensie faktycznym spór już nie istnieje²⁷. Zgodnie z treścią § 1029 ust. 1 ZPO, wymóg konkretyzacji odnosi się tutaj, inaczej niż w Polsce, jedynie do stosunku prawnego (*Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses*), nie dotyczy on natomiast konkretnego sporu. Według J. Müncha dokładne oznaczenie konfliktu wynika bowiem bezpośrednio z określenia stosunku prawnego. Dlatego wymóg

²² R. Kulski, *op. cit.*, s. 215; por. orz. SN Nr 200/1926 cyt. za J.M. Rosenbergiem, Kodeks sądów polubownych, system – teksty ustaw – komentarze – orzecznictwo – wzory, Warszawa 1933, s. 18.

²³ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, s. 367; podobnie R. Kulski, *op. cit.*, s. 215; R. Morek, *op. cit.*, s. 133; A. Zieliński, *op. cit.*, s. 1370; orz. SN z 26.10.1948 r., WaC 291/48, PiP 1949, z. 12, s. 141.

²⁴ R. Kulski, *op. cit.*, s. 215–216.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 25; tłumaczenie autora: „jede Rechtsverfolgung aus einem Anspruch im Zivilprozess”.

²⁷ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, München 2007, s. 2420; K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 25; OLG Dresden JW. 1926, 2113.

zachowania powyższej normy, zarówno w zakresie sporu, jak i stosunku prawnego, byłby tautologicznym powtórzeniem i jest w związku z tym zbędny²⁸. Zdaniem *K.H. Schwaba* i *G. Waltera*, aby warunek określoności został spełniony, stosunek prawny musi być oznaczony konkretnie, a nie tylko ze względu na swój rodzaj. Autorzy ci podkreślają równocześnie, że określoność stosunku prawnego należy oceniać zgodnie z czasem zawarcia umowy o arbitraż²⁹. Chodzi tutaj o rozróżnienie, czy zapis na sąd polubowny został zawarty przed rozpoczęciem, czy po rozpoczęciu sporu. W sytuacji, gdy dotyczy on sporu już istniejącego, określenie stosunku prawnego musi być „wystarczająco wyraźne”. Zapisom dotyczącym sporów przyszłych stawia się natomiast nieco większe wymagania, które mają na celu wyeliminowanie wątpliwości dotyczących ich treści. W takim wypadku stosunek prawny musi zostać oparty na określonej lub dającej się określić podstawie prawnej (np. na oznaczonej umowie lub zdarzeniu)³⁰. Definityjne wyjaśnienie pojęcia określoności nie jest jednak jasne i konkretne, dlatego literatura niemiecka posługuje się tutaj licznymi przykładami. Omawiany wymóg jest więc zasadniczo spełniony, jeżeli zapis na sąd polubowny jest częścią większej umowy (i ma w związku z tym formę klauzuli arbitrażowej). Wówczas już z samego wąskiego powiązania między nimi wynika, że odnosi się on do wszystkich sporów dotyczących tej umowy³¹. Powyższy warunek jest również zrealizowany, jeżeli klauzula arbitrażowa ograniczona jest do sporów dotyczących podziału konkretnego spadku³². Założenia tego nie spełnia natomiast powołanie się na wszystkie spory wynikające z wykonywania zawodu maklera giełdowego³³.

2.2. Kilka stosunków prawnych

W kontekście powyższych rozważań dotyczących wymogu określoności zapisu na sąd polubowny przedstawiciele polskiej doktryny dochodzą do jednoznacznego wniosku, iż niedopuszczalne jest objęcie zapisem na sąd polubowny wszystkich spraw, jakie mogłyby wyniknąć między danymi stronami w przyszłości, bez oznaczenia konkretnego stosunku prawnego³⁴. Można jednakże skutecznie zdecydować o poddaniu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego sporu (sporów) mogącego wyniknąć z kilku stosunków prawnych. Ustawodawca posługuje się w przepisie art. 1161 § 1 KPC liczbą pojedynczą w wyrażeniu „stosunek prawny”. Pomimo tego takie uregulowanie, zdaniem doktryny, nie ogranicza możliwości poddania pod rozstrzygnięcie sądu polubownego sporu (sporów) tylko z jednego stosunku prawnego³⁵. Jeśli strony zdecydują się na poddanie sądowi polubownemu w jednej umowie sporów z kilku stosunków prawnych, muszą zadbać o to, by każdy z nich

²⁸ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax*, *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, München 2001, s. 1030.

²⁹ *K.H. Schwab, G. Walter*, *op. cit.*, s. 28.

³⁰ *J. Münch*, [w:] *G. Lüke, P. Wax*, *op. cit.*, s. 1030; podobnie *I. Saenger*, *op. cit.*, s. 1744.

³¹ *Ibidem*; OLG Hamburg, ZIP 95, 1903.

³² RGZ 100, 76, 79.

³³ OLG Celle OLGrspr. 33, 138.

³⁴ *J. Ciszewski, T. Erciński* (red.), *op. cit.*, s. 367; podobnie *S. Dalka*, *op. cit.*, s. 66; *R. Morek*, *op. cit.*, s. 133; *A. Zieliński*, *op. cit.*, s. 1370; orz. SA w Białymstoku z 9.6.1992 r., I Acz 115/92, PS 1994, Nr 1, s. 20.

³⁵ *R. Kulski*, *op. cit.*, s. 217; podobnie *J. Jodłowski, K. Piasecki*, *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem*, Warszawa 1989, s. 110.

był dokładnie oznaczony. W sformułowaniu użytym w treści omawianego przepisu „nie chodzi bowiem o liczbę, lecz o ściśle oznaczenie tych stosunków”³⁶.

Również w niemieckiej literaturze uznaje się konsekwentnie, że nieważny jest zapis na sąd polubowny, w którym strony poddają orzecznictwu sądu polubownego wszystkie między nimi wynikłe lub mogące wyniknąć spory. Uzgodnienie takie nie spełnia bowiem wymogu wystarczająco dokładnego oznaczenia stosunku prawnego. W doktrynie podkreśla się natomiast, że warunek ten jest niezbędny ze względu na fakt, iż zapis na sąd polubowny wyłącza kognicję sądu w sprawie, której dotyczy³⁷. Należy jednak podkreślić, że w praktyce skutecznie stosowane są często klauzule arbitrażowe, odnoszące się do jednego kompleksu gospodarczego (a nie tylko do konkretnej umowy), w który zaangażowane są strony³⁸. Przedstawiciele niemieckiej doktryny nie ustosunkowali się natomiast jak dotąd do problemu, czy w jednym zapisie na sąd polubowny można poddać orzecznictwu sądu polubownego spory z kilku stosunków prawnych. Analizując przedmiotową kwestię, należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że zarówno w Polsce, jak i w Niemczech niezbędne jest spełnienie wymogu dokładnego określenia stosunku prawnego, którego dotyczy dana umowa arbitrażowa. Dlatego wydaje się, że w takim wypadku można by do § 1029 ust. 1 ZPO w omawianym zakresie zastosować przedstawioną powyżej interpretację art. 1161 § 1 KPC zaproponowaną przez polskich autorów.

2.3. Częściowy (ograniczony) zapis na sąd polubowny

Kontrowersje w polskiej literaturze i orzecznictwie budzi dopuszczalność tzw. częściowych lub ograniczonych zapisów na sąd polubowny. Dominujący jest obecnie pogląd, że przedmiotem sporu określonego w zapisie na sąd polubowny może być zarówno cały stosunek prawny (np. z tytułu najmu, dzierżawy, spółki, sprzedaży), jak i tylko niektóre wynikające z niego kwestie (np. co do wysokości roszczenia)³⁹. Skoro bowiem wolno stronom zawrzeć umowę procesową dla wszystkich sporów mogących wyniknąć z określonego stosunku prawnego, *argumentum a maiori ad minus* nie można im tego prawa odmawiać co do niektórych tylko sporów, choćby one jeszcze nie wynikły⁴⁰. W pozostałym zakresie może w takiej sytuacji orzekać sąd powszechny.

W Niemczech natomiast, inaczej niż w Polsce, już sama ustawa reguluje *expressis verbis* możliwość poddania orzecznictwu sądu polubownego nie tylko wszystkich, ale także niektórych sporów wynikających z określonego stosunku prawnego. Może tutaj chodzić np. o rozstrzygnięcie dotyczące wysokości odszkodowania⁴¹. W razie wątpliwości należy w takim przypadku ocenić, stosując wykładnię rozszerzającą, czy konkretna kwestia powinna być zgodnie z wolą stron rozstrzygnięta w drodze arbitrażu⁴².

³⁶ R. Kulski, *op. cit.*, s. 217.

³⁷ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2420.

³⁸ P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *op. cit.*, s. 391.

³⁹ *Ibidem*; podobnie R. Morek, *op. cit.*, s. 133; E. Samsel, Treść umowy arbitrażowej, R. Pr. 2004, Nr 5, s. 105.

⁴⁰ R. Kulski, *op. cit.*, s. 219.

⁴¹ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2423.

⁴² K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 30; OLG München NJW-RR 1991, 602.

2.4. Charakter stosunku prawnego

W Niemczech, zgodnie z treścią § 1029 ust. 1 ZPO, stosunek prawny, w odniesieniu do którego zawarty został zapis na sąd polubowny, może mieć nie tylko charakter umowny, ale też pozaumowny. Chodzi tutaj o każdy stosunek pozaumowny, który ma swoje źródło w ustawie (np. § 823 i n., § 812 i n. BGB) i spełnia warunki zdatności arbitrażowej (§ 1030 ust. 1 ZPO)⁴³. W razie wątpliwości można w związku z tym na podstawie § 1029 ust. 1 ZPO uznać, stosując wykładnię rozszerzającą, że klauzula arbitrażowa zawarta w umowie, poddająca orzecznictwu sądu polubownego „wszystkie roszczenia z tej umowy”, obejmuje również roszczenia z tytułu czynów niedozwolonych, jeśli pokrywają się w całości z roszczeniami z tytułu naruszenia umowy⁴⁴. Jeżeli jednak choćby część zachowania wypełniającego znamiona deliktu nie stanowi równocześnie naruszenia warunków umowy, to taka wykładnia jest niedopuszczalna⁴⁵.

Natomiast KPC nie zawiera takiego uregulowania. Omawiana kwestia nie stanowi więc przedmiotu analizy ani w literaturze, ani w orzecznictwie. Treść przepisu art. 1157 i art. 1161 § 1 KPC oraz innych przepisów Części V KPC nie wprowadza jednak ograniczenia dotyczącego poddania pod rozstrzygnięcie sądu polubownego sporów wynikających ze stosunków pozaumownych (z wyjątkiem spraw o alimenty). Dlatego też brak jest podstawy prawnej do generalnego wyłączenia kognicji sądów polubownych w tym zakresie. Wydaje się jednak, że w związku z ogólną zasadą stosowania w Polsce wykładni zawężającej odnośnie do treści zapisu na sąd polubowny nie jest możliwe zinterpretowanie jego postanowień w taki sposób, jak to proponują literatura i orzecznictwo niemieckie.

3. Rozstrzygnięcie zagadnienia spornego

Niezależnie od możliwości podziału jurysdykcji pomiędzy sąd powszechny a sąd arbitrażowy, zdaniem polskiej doktryny do sądu polubownego w każdym przypadku musi należeć rozstrzygnięcie spornego zagadnienia, a nie tylko prowadzenie postępowania ugodowego lub dokonanie pewnych ustaleń faktycznych, które miałyby służyć rozstrzygnięciu sporu dopiero przez sąd powszechny⁴⁶. Zgodnie z poglądem SN, „jeżeli zapis umowy nie przewiduje dla sądu polubownego funkcji rozstrzygania sporu, to tego rodzaju zapis nie stanowi zapisu na sąd polubowny”⁴⁷. Nie jest w związku z tym zapisem na sąd polubowny umowa przewidująca skorzystanie z usług osoby trzeciej w celu doprowadzenia do ugody między stronami (czyli tzw. umowa o mediację – art. 183¹ § 2 KPC)⁴⁸.

Taki sam pogląd reprezentuje literatura niemiecka. Umowa arbitrażowa musi więc przenosić na sąd polubowny kompetencję do rozstrzygnięcia sporu (*Entscheidungskompetenz*)⁴⁹.

⁴³ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1033.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 395; BGH NJW 1965, 300.

⁴⁵ P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *op. cit.*, s. 395; BGHZ 102, 199 = NJW 1988, 1215.

⁴⁶ A. Zieliński, *op. cit.*, s. 1370; podobnie T. Szurski, *op. cit.*, s. 6.

⁴⁷ Wyr. SN z 11.7.2001 r., V CKN 379/00, OSN 2002, Nr 3, poz. 37; również post. SN z 11.10.2001 r., IV CKN 139/01, Pal. 2002, Nr 3–4, s. 225.

⁴⁸ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, s. 366.

⁴⁹ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1035; podobnie K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 26.

Podkreśla się, że postępowanie arbitrażowe w granicach powierzonych sądowi polubownemu zastępuje postępowanie przed sądem powszechnym⁵⁰. Jednakże klauzula arbitrażowa mówiąca, że „droga sądowa nie jest niedopuszczalna”, nie powinna być w związku z tym traktowana jako nieważna. Zdaniem *P. Schlossera*, można bowiem uznać w drodze wykładni, że pozostawia ona prawo wyboru dla każdej ze stron, czy chce ona podjąć postępowanie przed sądem polubownym, czy powszechnym. Natomiast według *W. Voita*, uzgodnienie takie nie stanowi zapisu na sąd polubowny i należy je traktować jako chęć rozwiązania konfliktu w drodze alternatywnych metod rozstrzygania sporów (np. w drodze mediacji)⁵¹.

4. Spór o prawo a spór o fakty

W polskiej doktrynie uznaje się również, że przedmiotem zapisu (zgodnie z treścią art. 1157 KPC) nie może być jedynie spór o same fakty, lecz spór o prawo (spór prawny)⁵². Tego warunku nie spełnia umowa, na mocy której strony upoważniają osobę trzecią jedynie do ustalenia pewnych prawnie doniosłych faktów (np. zgodności dostarczonego surowca lub towaru z określonym standardem czy minimalnej wartości towaru – tzw. arbitraż jakościowy) albo do uzupełnienia w pewnym zakresie ich woli (np. określenia ceny towaru). Tego rodzaju rozwiązania bywają jednak (głównie pod wpływem doktryny francuskiej) określane mianem „arbitrażu *sensu largo*” lub „arbitrażu kontraktowego” w odróżnieniu od „arbitrażu jurysdykcyjnego”⁵³. Posiada on doniosłe znaczenie gospodarcze. Praktyką przyjętą w handlu międzynarodowym jest bowiem badanie towaru po odbyciu transportu (tzn. w porcie odbiorcy), ponieważ tylko takie postępowanie może zagwarantować bezzwłoczne wykrycie jego wad i ich szybką reklamację⁵⁴.

Również w Niemczech istnieje zróżnicowanie pomiędzy zapisem na sąd polubowny (*Schiedsvereinbarung*) a umową o powołanie biegłego arbitra (tzw. *Schiedsgutachtenvertrag*). Pojęcie to stosowane jest do określenia różnorodnych przypadków. Biegłemu arbitrażowemu (*Schiedsgutachter*) można zlecić ustalenie faktów lub określenie ich znaczenia prawnego⁵⁵ albo oznaczenie (sprecyzowanie) treści świadczenia na podstawie § 317 BGB⁵⁶. Zakres powierzonych mu działań różni się więc od kompetencji arbitra. Sąd polubowny rozstrzyga bowiem spór prawny w sposób ostateczny (podobnie jak sąd powszechny), czyli przez autorytatywne określenie skutków prawnych, podczas gdy działania biegłego arbitrażowego ograniczają się do ustalenia stanów faktycznych (ewentualnie do określenia ich znaczenia prawnego) i nie nakładają na strony żadnych obowiązków prawnych.

Należy podkreślić, że pomimo wyraźnego rozróżnienia pomiędzy zapisem na sąd polubowny a umową o powołanie biegłego arbitra, w Niemczech szeroko problematyzowana

⁵⁰ *P. Schlosser*, [w:] *F. Stein, M. Jonas*, *op. cit.*, s. 392.

⁵¹ *W. Voit*, [w:] *H.-J. Musielak*, *op. cit.*, s. 2423.

⁵² *J. Ciszewski, T. Ereciński* (red.), *op. cit.*, s. 366.

⁵³ *Ibidem*, s. 366; podobnie *R. Morek*, *op. cit.*, s. 134; *A. Monkiewicz*, *Zapis na sąd polubowny*, R. Pr. 2001, Nr 5, s. 43; *M. Tomaszewski*, *Umowa...*, s. 13.

⁵⁴ *B. Pankowska-Lier, D. Pfaff*, *Arbitraż gospodarczy. Praktyka, uznanie i wykonanie wyroków, dokumenty*, Warszawa 2000, s. 23.

⁵⁵ BGH NJW 1975, 1556.

⁵⁶ *I. Saenger*, *op. cit.*, s. 1743.

i sporna jest kwestia, czy do drugiej z nich nie można by zastosować (choćby częściowo) przepisów § 1025 i n. ZPO. Zgodnie ze stanowiskiem panującym dotąd w literaturze i orzecznictwie, umowa o powołanie arbitra jest umową o charakterze prywatnoprawnym i w związku z tym nie odnoszą się do niej przepisy dotyczące zapisu na sąd polubowny⁵⁷. Obecnie różnicuje się pomiędzy:

- 1) umową o powołanie biegłego arbitra, na podstawie której zostanie dokładnie określona (sprecyzowana) treść świadczenia (§ 317 BGB – *Bestimmung der Leistung durch einen Dritten*),
- 2) a umową o powołanie biegłego arbitra, której celem jest ustalenie faktów lub innych elementów mających znaczenie dla późniejszego rozstrzygnięcia przez sąd powszechny. Pierwsza z nich uznawana jest za umowę o charakterze materialnoprawnym. Druga stanowi natomiast twór procesowy, ponieważ przenosi na osobę trzecią – biegłego arbitrażowego – część funkcji arbitra i można w związku z tym zastosować do niej przepisy § 1025 i n. ZPO⁵⁸.

IV. Zapis na stały sąd polubowny a sąd polubowny *ad hoc*

Przepis art. 1161 § 1 KPC nie wymienia wprawdzie oznaczenia sądu wśród obligatoryjnych składników zapisu na sąd polubowny. Wydaje się ono być jednak oczywiste i konieczne. Wybrany sąd polubowny musi być przy tym określony jednoznacznie i precyzyjnie – nie można go oznaczyć w sposób, na podstawie którego można się tylko domyślać, o który sąd stronom chodzi⁵⁹.

Również literatura niemiecka opowiada się za jasnym i konkretnym określeniem powołanego sądu polubownego. Zapis musi go jednoznacznie określać lub (co najmniej) umożliwiać jego jednoznaczne określenie⁶⁰.

Zarówno w Polsce, jak i w Niemczech ustawodawca pozostawia stronom możliwość wyboru pomiędzy stałym sądem polubownym a sądem polubownym *ad hoc* (powoływanym do rozstrzygnięcia konkretnego sporu).

1. Regulacja polska

W Polsce w związku z postulatami środowisk związanych ze stałymi sądami polubownymi w trakcie prac legislacyjnych do omówionego powyżej art. 1161 § 1 KPC, dodany został § 3. Stanowi on, że strony mogą w zapisie wskazać stały sąd polubowny, który będzie właściwy do rozstrzygnięcia sporu objętego tym zapisem. Zaznaczyć należy, że § 3 został dodany do art. 1161 KPC w trakcie prac legislacyjnych. Jak podaje P. Bielarczyk, chciano w ten sposób podkreślić znaczenie stałych sądów polubownych i usankcjonować prawnie rolę ich regulaminów jako źródeł regulacji postępowań arbitrażowych⁶¹.

⁵⁷ BGH NJW 1991, 2761.

⁵⁸ I. Saenger, *op. cit.*, s. 1743; P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *op. cit.*, s. 368 i n.

⁵⁹ R. Kulski, *op. cit.*, s. 220, 222.

⁶⁰ K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 23.

⁶¹ P. Bielarczyk, Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie sądownictwa polubownego, MoP 2005, Nr 22 – dodatek, s. 6.

Wbrew pozorom, pomimo wprowadzenia do ustawy omawianej normy prawnej, przepisy Kodeksu postępowania cywilnego nie różnicują zasadniczo stałych sądów polubownych od sądów polubownych *ad hoc*. Niezależnie bowiem od tego, który z nich wskazany został w zapisie na sąd polubowny jako właściwy do rozstrzygnięcia sporu, postępowanie toczy się według zasad i sposobu uzgodnionych przez strony (art. 1184 § 1 KPC). Jediną różnicę w tym względzie ustanawia art. 1161 § 3 KPC. Zdanie drugie tego przepisu zawiera regułę interpretacyjną dotyczącą związania stron regulaminem stałego sądu polubownego, a w konsekwencji również jego obowiązywania w postępowaniu przed tym sądem. Zgodnie z treścią art. 1161 § 3 zd. 2 KPC, jeżeli strony wybrały stały sąd polubowny jako właściwy do rozstrzygnięcia istniejącego między nimi konfliktu i równocześnie nie uzgodniły zasad oraz sposobu postępowania przed nim, wiąże je regulamin wskazanego stałego sądu polubownego. Uznaje się, że staje się on tym samym elementem zapisu⁶². Związanie omawianym regulaminem występuje jednak tylko wtedy, gdy strony nie postanowiły inaczej w zapisie. *J. Ciszewski* i *T. Ereciński* wyrażają jednak pogląd, że strony mogą takie uzgodnienie zawrzeć także w umowie dodatkowej, podpisanej już po sporządzeniu zapisu na sąd polubowny. Może ona bowiem zostać uznana w razie wątpliwości za zmianę zapisu⁶³. Jeśli więc strony wybierają stały sąd polubowny i chcą uniknąć zastosowania jego regulaminu, muszą w tym zakresie zawrzeć w zapisie lub w umowie dodatkowej wyraźne postanowienie. Z przepisu art. 1161 § 3 zd. 2 KPC wynika ponadto, że jeśli związanie regulaminem wybranego sądu polubownego nie zostało wyłączone, to w zasadzie regulamin obowiązujący w dacie zawarcia zapisu na sąd polubowny jest wiążący. Według *J. Ciszewskiego* i *T. Erecińskiego*, nie jest to norma bezwzględnie obowiązująca, i dlatego wydaje się, że także w tym zakresie można podjąć inne postanowienia. Zdaniem *A. Zielińskiego*, należy natomiast przyjąć, że w wypadku zmiany regulaminu stałego sądu polubownego po dacie zawarcia zapisu na sąd polubowny strony mogą również wyrazić zgodę na stosowanie w postępowaniu regulaminu aktualnego⁶⁴.

Brak jest podobnego przepisu dotyczącego sądów polubownych *ad hoc*. Zastosowanie takiej normy w omawianym przypadku byłoby jednak bezcelowe, ponieważ utworzenie sądu polubownego *ad hoc* uwarunkowane jest zawsze zawarciem przez strony zapisu na sąd polubowny⁶⁵. Sąd taki nie posiada więc swojego regulaminu przed podpisaniem przez strony umowy o arbitraż, dopiero bowiem w jej wyniku może się ukonstytuować. Jeśli jednak strony zdecydują w zapisie o powołaniu sądu *ad hoc* i nie określą pomimo tego zasad oraz sposobu postępowania przed nim, to zgodnie z treścią art. 1184 § 2 zd. 1 KPC, sąd polubowny może prowadzić postępowanie w taki sposób, jaki uzna za właściwy. Przytoczony przepis nie jest wprawdzie ograniczony w swym zastosowaniu jedynie do sądów polubownych *ad hoc*, w praktyce jednak będzie go można zastosować do stałego sądu polubownego tylko w przypadku, gdy nie będzie on posiadał własnego regulaminu w dacie podpisania przez strony zapisu. W przeciwnym razie znajdzie bowiem tutaj zastosowanie omówiony wcześniej art. 1161 § 3 zd. 1 KPC.

⁶² *Ibidem*; podobnie *R. Morek*, *op. cit.*, s. 139.

⁶³ *J. Ciszewski*, *T. Ereciński* (red.), *op. cit.*, s. 370.

⁶⁴ *A. Zieliński*, *op. cit.*, s. 1374.

⁶⁵ *J. Ciszewski*, *T. Ereciński* (red.), *op. cit.*, s. 348.

W Polsce istnieje wiele stałych sądów polubownych. Jak już wspomniano, nazywa się je niekiedy instytucjonalnymi sądami arbitrażowymi⁶⁶, ponieważ zasadniczo dopiero w ramach organizacyjnych instytucji arbitrażowej (np. izby handlowej, przemysłowej, handlowo-przemysłowej, banku, stowarzyszenia branżowego) nazwanej „(stałym) sądem polubownym” powoływane są rzeczywiste sądy rozstrzygające konkretne spory⁶⁷. Do najbardziej znanych stałych (instytucjonalnych) sądów polubownych w Polsce należą m.in.:

- 1) Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie (działający na podstawie art. 5 ust. 2 pkt 4 ustawy z 30.5.1983 r. o izbach gospodarczych (t. jedn.: Dz.U. z 2009 r. Nr 84, poz. 710) w zw. z § 5 pkt 8 Statutu Krajowej Izby Gospodarczej);
- 2) Sąd Polubowny przy Związku Banków Polskich w Warszawie (działający na podstawie art. 27 pkt 1 Statutu Związku Banków Polskich);
- 3) Sąd Polubowny przy Fundacji Adwokatury Polskiej⁶⁸.

W obrocie międzynarodowym działają ponadto specjalistyczne stałe sądy polubowne, np.: Sąd Polubowny przy Izbie Bawełny w Gdyni, Sąd Polubowny przy Izbie Wełny w Gdyni czy Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarki Morskiej⁶⁹.

Podkreślić należy, że postępowanie przed wieloma sądami polubownymi może dotyczyć się nie tylko według ich własnych regulaminów, ale również według regulaminów opracowanych przez inne instytucje (np. Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL) albo indywidualnie uzgodnionych zasad⁷⁰. W przypadkach takich najczęściej znajdzie jednak zastosowanie omówiona wcześniej dyspozycja zawarta w art. 1161 § 3 zd. 2 KPC⁷¹.

Zapisy na stałe sądy polubowne spotyka się w praktyce zdecydowanie częściej od zapisów na sądy *ad hoc*. Niestety pomimo tego często oznaczenie stałego sądu polubownego w zapisie jest nieprecyzyjne i uniemożliwia w związku z tym jego identyfikację. Postuluje się dlatego, aby strony korzystały z wzorców przygotowywanych przez instytucje arbitrażowe⁷².

2. Regulacja niemiecka

Jak już wspomniano, podział sądów polubownych na stałe (*ständige Schiedsgerichte*) i *ad hoc* istnieje również w Niemczech. Także tutaj funkcjonuje pojęcie tzw. instytucjonalnych sądów polubownych (*institutionelle Schiedsgerichte*), które działają pod patronatem organizacji zajmujących się sędownictwem polubownym, takich jak np. *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit* (DIS) lub *International Chamber of Commerce* (ICC) z siedzibą w Paryżu⁷³. Określenie to używane jest jednak w Niemczech, odwrotnie niż w Polsce, dużo częściej niż termin „stały sąd polubowny”.

⁶⁶ A. Tynel, Postępowanie arbitrażowe, PUG 1994, Nr 1, s. 19.

⁶⁷ T. Szurski, *op. cit.*, s. 472.

⁶⁸ A. Zieliński, *op. cit.*, s. 1372–1373.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 1373.

⁷⁰ R. Morek, *op. cit.*, s. 140; K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 494 i n.

⁷¹ R. Morek, *op. cit.*, s. 140.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ I. Saenger, *op. cit.*, s. 1745; podobnie K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 487 i n.

Tak samo jak w Polsce, stałe (instytucjonalne) sądy polubowne odgrywają w Niemczech coraz większą rolę. Regulację ich dotyczącą znajdujemy w § 1042 ust. 3 ZPO – przepisie określającym przebieg postępowania przed sądem polubownym, a nie tak jak w KPC – w normie odnoszącej się do treści umowy o arbitraż.

Zgodnie z treścią § 1042 ust. 3 ZPO strony mogą:

- 1) same uregulować przebieg postępowania (*Selbstregelung des Verfahrens*) przed sądem polubownym – i wtedy będzie to postępowanie przed sądem *ad hoc*, lub
- 2) odwołać się w tym zakresie na regulamin stałego (instytucjonalnego) sądu polubownego (*Schiedsrichterliche Verfahrensordnung*)⁷⁴ – i równocześnie poddać spór pod rozstrzygnięcie takiego sądu⁷⁵ (lub ewentualnie sądu *ad hoc*)⁷⁶.

Należy zauważyć, że ustawodawca niemiecki odnosi się do szczególnej roli stałych (instytucjonalnych) sądów polubownych w nieco innym ujęciu niż polski. Przepis art. 1161 § 3 KPC mówi bowiem o powierzeniu rozstrzygnięcia sporu temu sądowi i związaniu jego regulaminem, a § 1042 ust. 3 ZPO jedynie o możliwości powołania się na taki regulamin. Wydaje się jednak, że pomimo zaistniałych różnic, wymowa omawianych przepisów jest podobna: sankcjonują one znaczenie prawne regulaminów stałych sądów polubownych. Poza tym skutki zastosowania art. 1161 § 3 zd. 2 KPC i § 1042 ust. 3 ZPO są zbliżone:

- 1) w Niemczech powołanie się na regulamin stałego (instytucjonalnego) sądu polubownego powoduje zwykle poddanie sporu pod rozstrzygnięcie tego sądu;
- 2) w Polsce natomiast wybór stałego sądu polubownego powoduje zasadniczo związanie jego regulaminem.

Jak już wspomniano, w Polsce strony, decydując się na poddanie sporu pod rozstrzygnięcie stałego sądu arbitrażowego, mogą zażądać zastosowania innego regulaminu. W Niemczech nie istnieje podobna regulacja. Wydaje się jednak, że w związku z brakiem wyraźnego ustawowego zakazu przyjęcie takiego rozwiązania zależeć będzie każdorazowo od wewnętrznych regulacji instytucji zajmującej się sądownictwem polubownym.

W literaturze niemieckiej podkreśla się wprawdzie, że zgodnie z treścią § 1042 ust. 3 ZPO, nawet jeżeli strony zdecydują się na poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego *ad hoc*, to postępowanie takie może toczyć się zgodnie z regulaminem stałego (instytucjonalnego) sądu polubownego⁷⁷. Polska doktryna i orzecznictwo nie wypowiedziały się w tym zakresie, jednak należy zauważyć, że KPC nie wyklucza *expressis verbis* takiej możliwości.

Tak samo jak w Polsce, również w Niemczech istnieje wiele stałych sądów polubownych. Do najbardziej znanych należą adwokackie stałe sądy polubowne⁷⁸.

Poza § 1042 ust. 3 ZPO brak jest w niemieckiej ustawie innych przepisów różnicujących stałe (instytucjonalne) sądy polubowne od sądów *ad hoc*. W związku z tym normy księgi 10 ZPO stosuje się zawsze w taki sam sposób, niezależnie do tego, z jakim rodzajem sądu arbitrażowego mamy do czynienia.

⁷⁴ I. Saenger, *op. cit.*, s. 1778.

⁷⁵ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1224.

⁷⁶ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, s. 2486.

⁷⁷ I. Saenger, *op. cit.*, s. 1745.

⁷⁸ K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 7.

V. Postanowienia fakultatywne

Oprócz części obligatoryjnej, strony mogą w zapisie na sąd polubowny, zarówno w Polsce, jak i w Niemczech, zamieścić dodatkowe postanowienia, które mają charakter fakultatywny. Nie stanowią one wprawdzie *essentialia negotii* umowy o arbitraż, ale uzupełniają w sposób komplementarny obligatoryjne elementy jej treści.

Polska doktryna przyjmuje, że w omawianym zakresie zastosowanie znajduje zasada swobody umów, pozwalająca na elastyczne kształtowanie treści zapisu na sąd polubowny (oczywiście z pewnymi ograniczeniami)⁷⁹. Postanowienia szczegółowe, które mogą znaleźć się w umowie o arbitraż, mogą dotyczyć m.in.:

- 1) wskazania miejsca postępowania (art. 1155 § 1 KPC) i posiedzeń sądu polubownego (art. 1185 KPC)⁸⁰;
- 2) liczby arbitrów i sposobu ich powoływania (art. 1169 § 1, art. 1171 § 1 KPC)⁸¹;
- 3) trybu postępowania o wyłączenie arbitra (art. 1176 § 1 i 3 KPC)⁸²;
- 4) zasad i trybu postępowania przed sądem polubownym (art. 1184 § 1 i 2 KPC)⁸³;
- 5) języka lub języków, w których będzie prowadzone postępowanie (art. 1187 § 1 KPC)⁸⁴;
- 6) postanowienia o dopuszczalności interwencji ubocznej⁸⁵;
- 7) zastrzeżenia warunku lub terminu⁸⁶.

Przedstawiony katalog szczegółowych postanowień dodatkowych nie jest zamknięty. Jednak wyliczenie w tym miejscu wszystkich możliwości jest nie tyle zbędne, co niemożliwe. Ustawodawca bowiem bardzo szeroko określił granice autonomii woli stron w tym zakresie. Liczne przepisy Kodeksu postępowania cywilnego dotyczące zapisu na sąd polubowny mają znaczenie jedynie subsydiarne i stosuje się je tylko w przypadku, gdy strony inaczej nie postanowiły⁸⁷. Mogą więc one narzucać sądowi polubownemu najrozmaitsze reguły i ograniczenia w postępowaniu⁸⁸.

Podkreślić należy, że postanowienia szczegółowe nie mogą w żadnym wypadku naruszać norm bezwzględnie obowiązujących, czyli tych przepisów kodeksu, od których stosowania strony nie mogą odstąpić⁸⁹. Problem pojawia się jednak, gdy chcemy ustalić, które przepisy mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a które dyspozytywne. „O kwalifikacji przepisów KPC jako bezwzględnie obowiązujących lub dyspozytywnych decydować powinna treść i funkcja danej normy”⁹⁰. W takim przypadku należy więc

⁷⁹ S. Dalka, *op. cit.*, s. 67; podobnie R. Morek, *op. cit.*, s. 134.

⁸⁰ R. Morek, *op. cit.*, s. 134.

⁸¹ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, s. 368–369.

⁸² R. Kulski, *op. cit.*, s. 227.

⁸³ R. Morek, *op. cit.*, s. 134.

⁸⁴ A. Zieliński, *op. cit.*, s. 1371.

⁸⁵ R. Kulski, *op. cit.*, s. 228; M. Ludwik, Dopuszczalność interwencji ubocznej i współuczestnictwo procesowe w postępowaniu arbitrażowym, PUG 2001, Nr 9, s. 3.

⁸⁶ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, s. 368; podobnie S. Dalka, *op. cit.*, s. 66–67; R. Morek, *op. cit.*, s. 134–135; M. Tomaszewski, *Umowa...*, s. 18.

⁸⁷ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, s. 368.

⁸⁸ R. Kulski, *op. cit.*, s. 229.

⁸⁹ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *op. cit.*, s. 369; podobnie E. Samsel, *Treść...*, s. 105.

⁹⁰ E. Samsel, *Treść...*, s. 113.

posłużyć się wykładnią gramatyczną (językową) i teleologiczną (celowościową). Za przepisy bezwzględnie obowiązujące w ramach postępowania przed sądami polubownymi uznać należy normy dotyczące:

- 1) składu sądu polubownego (d. art. 699, 701, art. 702 § 2 KPC, obecnie art. 1170, art. 1171 § 2, 1172, 1173 KPC);
- 2) głosowania (d. art. 707 § 1 KPC, obecnie art. 1195 § 1 KPC);
- 3) wyroku sądu polubownego (d. art. 708, 709, 711 KPC, obecnie art. 1197, 1212 KPC);
- 4) złożenia akt sądu polubownego (d. art. 710 KPC, obecnie art. 1204 KPC);
- 5) skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego (d. art. 712–715 KPC, obecnie art. 1205–1211 KPC).

Stanowisko takie potwierdził SN w orz. z 3.6.1987 r., które pomimo zmiany przepisów wciąż pozostaje aktualne⁹¹. Zgodnie z omawianym orzeczeniem norma wskazana w d. art. 705 § 2 zd. drugie KPC (obecnie w art. 1184 § 2 zd. drugie KPC) stanowiąca, że sąd polubowny nie jest związany przepisami postępowania cywilnego, nie odnosi się do przepisów bezwzględnie obowiązujących. Sąd Najwyższy uznał ponadto, że d. art. 712–715 KPC (obecnie art. 1205–1211 KPC) posiadają bezsprzecznie taki charakter i obowiązują w każdym postępowaniu polubownym.

Również w Niemczech strony mogą zawrzeć w zapisie na sąd polubowny postanowienia fakultatywne. Podobnie jak w Polsce, mogą one regulować m.in.:

- 1) miejsce postępowania przed sądem polubownym (§ 1043 ZPO);
- 2) obsadzenie sądu polubownego (§ 1034 ust. 1 ZPO) i sposób powołania arbitrów (§ 1035 ZPO);
- 3) tryb wyłączenia arbitra (§ 1037 ZPO);
- 4) zasady i tryb postępowania przed sądem polubownym (§ 1042 ust. 3 ZPO);
- 5) język, w którym będzie prowadzone postępowanie (§ 1045 ZPO)⁹²;
- 6) dopuszczalność interwencji ubocznej⁹³;
- 7) zastrzeżenie warunku lub terminu⁹⁴.

Zgodnie z treścią przepisów księgi 10 ZPO w Niemczech, tak samo jak w Polsce, panuje zasada dyspozycyjności odnośnie do treści postanowień fakultatywnych zapisu na sąd polubowny. Niemiecki ustawodawca również dał stronom bardzo szeroką autonomię w ramach omawianej kwestii, co wyraża się w samej treści licznych przepisów ustawy („jeżeli strony nie postanowiły inaczej”)⁹⁵.

Podobnie jednak jak w Polsce, zasada dyspozycyjności jest ograniczona przez normy bezwzględnie obowiązujące dotyczące postępowania arbitrażowego⁹⁶. Według niemieckiej literatury i orzecznictwa, normy bezwzględnie obowiązujące są to takie normy, które albo w sposób wyraźny, albo ze względu na swój cel, nie zezwalają na podjęcie przez strony

⁹¹ *Ibidem*, s. 114; orz. SN z 3.6.1987 r., I CR 120/87, OSN 1988, Nr 12, poz. 174.

⁹² *I. Saenger, op. cit.*, s. 1745.

⁹³ *K. Massuros, Dogmatische Strukturen der Mehrparteientscheidungsgerichtsbarkeit*, Frankfurt am Main–Berlin–New York–Paris–Wien 1998, s. 415.

⁹⁴ *K.H. Schwab, G. Walter, op. cit.*, s. 55.

⁹⁵ *Ibidem*, s. 52.

⁹⁶ *J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, op. cit.*, s. 1036–1037.

innych regulacji niż ustawowe⁹⁷. Doktryna i orzecznictwo niemieckie, tak samo jak polskie, preferują więc zastosowanie w takim przypadku wykładni językowej i celowościowej. Do norm bezwzględnie obowiązujących w ZPO należą m.in.:

- 1) § 1042 ust. 1 i 2 ZPO, regulujące zasadę równości stron, prawo do wysłuchania i uprawnienie adwokatów do reprezentowania strony w postępowaniu przed sądem polubownym;
- 2) § 1025 ust. 1 ZPO, zgodnie z którym do postępowania arbitrażowego w Niemczech stosuje się przepisy księgi 10 ZPO;
- 3) § 1029–1031 ZPO, określające materialne i formalne przesłanki postępowania przed sądem polubownym;
- 4) § 1047 ust. 2 i 3 ZPO, dotyczący obowiązku przedstawiania sądowi arbitrażowemu przez stronę dowodów, na które chce się ona powołać, przed rozprawą lub posiedzeniem oraz zobowiązujący do udostępnienia ich również stronie przeciwnej;
- 5) § 1048 ust. 4 zd. 1 ZPO, łagodzący skutki opóźnienia;
- 6) § 1066 ZPO, umożliwiający zawarcie zapisu na sąd polubowny również w formie jednostronnego oświadczenia woli⁹⁸.

VI. Zasada równości stron

1. Regulacja polska

Zasada równości stron należy do naczelných zasad zarówno polskiego, jak i niemieckiego postępowania cywilnego.

W Polsce jej źródłem jest art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, według którego wszyscy są równi wobec prawa oraz mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Reguła ta jest więc wpisana w zakres podstawowych zasad porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (klauzula porządku publicznego). Została ona również wprost wyrażona w art. 1161 § 2 KPC. Inny przykład zastosowania tej normy to – zgodnie z treścią art. 1169 § 3 KPC – zakaz przyznania jednej ze stron większej liczby uprawnień przy powoływaniu sądu polubownego. Zasada równości stron jest zagwarantowana nie tylko w ramach samego zapisu na sąd polubowny, ale również w toku całego postępowania arbitrażowego. Zgodnie bowiem z art. 1183 KPC, strony powinny być traktowane równoprawnie w postępowaniu przed sądem polubownym, a każda z nich ma prawo do wysłuchania i przedstawienia swoich twierdzeń oraz dowodów na ich poparcie.

Przykładem naruszenia zasady równości stron wskazanym przez ustawodawcę w art. 1161 § 2 KPC jest postanowienie umowy o arbitraż przyznające tylko jednej ze stron uprawnienie do wytoczenia powództwa przed sąd polubowny przewidziany w zapisie lub przed sąd państwowy. „Chodzi tu przede wszystkim o zapis na sąd polubowny korzystny w zakresie wyboru między możliwością wszczęcia sprawy przed sądem polubownym albo przed sądem państwowym tylko dla jednej ze stron. Tak więc bezskuteczny

⁹⁷ I. Saenger, *op. cit.*, s. 1778; Bundestags-Drucksache 13/5274, s. 46.

⁹⁸ J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *op. cit.*, s. 1036; podobnie I. Saenger, *op. cit.*, s. 1778.

jest zapis, z którego wynika, że jedna ze stron może – według swojego wyboru – skorzystać z sądu polubownego albo z sądu państwowego, a druga ze stron zawsze musi wytoczyć powództwo przed sąd państwowy i nie może skorzystać z sądu polubownego bądź też zawsze musi wytoczyć powództwo przed sąd polubowny i nie może skorzystać z sądu państwowego⁹⁹.

Jednakże wątpliwości pojawiają się w przypadku zapisu, z którego treści wynika, że jedna ze stron zawsze musi wytoczyć powództwo przed sąd polubowny, a druga zawsze przed sąd państwowy. Przedstawiciele doktryny opowiadają się w takich przypadkach również za złamaniem zasady równości stron¹⁰⁰.

Z punktu widzenia tego samego przepisu skuteczne jest natomiast takie postanowienie zapisu na sąd polubowny, z którego wynika, że każdej ze stron przysługuje prawo wyboru drogi postępowania przed sądem polubownym albo przed sądem państwowym. Klauzula taka nie narusza bowiem zasady równości stron¹⁰¹.

Podkreślić należy, że omawiana reguła nie była dotąd wprost wyrażona w ustawie. Wielokrotnie jednak potwierdzano ją w doktrynie i judykaturze¹⁰². Pomimo tego, rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę w art. 1161 § 2 KPC wywołało krytyczne uwagi jeszcze w toku prac legislacyjnych ze względu na niezasadne ograniczenie zasady swobody umów i autonomii woli stron arbitrażu¹⁰³. Zdaniem *M. Tomaszewskiego*, należy, co prawda, pozytywnie ocenić samo wprowadzenie zasady równouprawnienia stron do Części V KPC, ale zamieszczona w omawianym przepisie egzemplifikacja jest niepotrzebna i nietrafna¹⁰⁴.

Tak zwane alternatywne klauzule arbitrażowe są bowiem bardzo często wykorzystywane przez międzynarodowe instytucje finansowe, szczególnie gdy nawiązują one stosunki z podmiotami w państwach, których wymiar sprawiedliwości nie budzi ich pełnego zaufania. W takim wypadku możliwość zdecydowania o dochodzeniu roszczeń przed sądem powszechnym lub polubownym zostaje przyznana (co najmniej) jednej ze stron. Rozstrzygnięcie w tym zakresie jest podejmowane nie w chwili dokonywania zapisu na sąd polubowny (najczęściej przy podpisywaniu umowy podstawowej), lecz dopiero po powstaniu sporu¹⁰⁵. Według *W. Jurcewicza* i *A. Korzeniewskiego*, sytuacja, w której wybór sądu jest zastrzeżony dla tylko jednej ze stron, nie jest nieznaną ani w polskim, ani tym bardziej w obcym prawie. Regulacje takie mogą być bowiem zawarte m.in. w umowie prorogacyjnej (art. 46 KPC, art. 17 ust. 4 Konwencji z Lugano). Spotykamy je również w wielu postanowieniach zawartych przez Polskę umów bilateralnych

⁹⁹ *J. Ciszewski, T. Ereciński* (red.), *op. cit.*, s. 369.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibidem*, s. 370.

¹⁰² *R. Morek, op. cit.*, s. 137; por. orz. SN z 2–16.3.1948 r., C.I. 1260/47, PiP 1949, z. 6–7, s. 139; podobnie *S. Dalka, op. cit.*, s. 78; *K. Potrzebowski, W. Żywicki, op. cit.*, s. 25.

¹⁰³ *R. Morek, op. cit.*, s. 137; *J. Okolski*, Arbitraż: wątpliwości i zastrzeżenia, Rzeczpospolita z 15.4.2005 r.

¹⁰⁴ *R. Morek, op. cit.*, s. 137; *M. Tomaszewski*, Skuteczność ochrony prawnej przed sądami polubownymi. Doświadczenia polskie, PS 2006, Nr 1, s. 38.

¹⁰⁵ *R. Morek, op. cit.*, s. 137.

o wzajemnej ochronie inwestycji¹⁰⁶. Uznaje się więc, że tego typu ustalenia nie naruszają zasady równości stron.

Ponadto w praktyce arbitrażowej bardzo często pojawiają się zapisy stawiające jedną ze stron arbitrażu w nieco dogodniejszej sytuacji. Dotyczy to przede wszystkim międzynarodowego arbitrażu handlowego: w zakresie wyboru języka (w stosunkach między przedsiębiorcami z Polski i krajów anglosaskich dominuje język angielski) czy miejsca postępowania (rzadko wybiera się państwo trzecie niezwiązane ani z powodem, ani z pozwanym). Takie postanowienia zawsze faworyzują jedną ze stron¹⁰⁷.

Zdaniem *P. Bielarczyka* zasada równości stron funkcjonuje wprawdzie już od dawna w odniesieniu do polskiego postępowania cywilnego, nie oznacza ona jednak, że wszystkie podmioty mają takie same prawa i obowiązki. Przepis art. 32 Konstytucji RP, na który ustawodawca powoływał się w toku prac sejmowych, uzasadniając wprowadzenie art. 1161 § 2 KPC, stanowi, że „wszyscy są równi wobec prawa”. Stwierdzenie to odnosi się jednak tylko do relacji, w których jedną ze stron jest władza publiczna, nie zaś do relacji gospodarczych między przedsiębiorcami, kształtowanych zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ KC¹⁰⁸.

Argumenty te prowadzą więc do wniosku, że zasada równości nie może być traktowana w sposób przesadnie rygorystyczny i należy ją interpretować zawężająco. „W szczególności w stosunkach gospodarczych nie powinna prowadzić do wyłączenia zasad swobody umów oraz dyspozycyjności, a także przyjętych praktyk i zwyczajów handlowych”¹⁰⁹.

Istnieją jednak takie płaszczyzny zastosowania arbitrażu, w których, zgodnie z wolą ustawodawcy, należy bezwzględnie zachować zasadę równości stron. Najbardziej rygorystyczne reguły dotyczą obrotu konsumenckiego. Odnosi się to nawet do samej dopuszczalności poddania sporu z udziałem konsumenta pod rozstrzygnięcie sądu polubownego. W razie wątpliwości za niedozwolone postanowienia umowne należy uznać klauzule, które „poddają sprawę pod rozstrzygnięcie sądu polubownego polskiego lub zagranicznego” (art. 385³ pkt 23 KC, tzw. klauzule abuzywne). Zgodnie z treścią art. 385¹ § 1 KC postanowienia takie nie wiążą konsumenta¹¹⁰. Zdaniem *E. Rutkowskiej*, oznacza to, że „zapis na sąd polubowny w umowie nienegocjowanej indywidualnie z konsumentem jest bezskuteczny z mocy prawa (*ex lege*)”¹¹¹. Jeszcze dalej posuwa się w swoich rozważaniach na ten temat *E. Samsel*. Jego zdaniem ustawodawca tym samym „wyeliminował zapisy na sąd polubowny z obrotu konsumenckiego”¹¹². *R. Morek* uznaje ten pogląd jednak za zbyt daleko idący. Podkreśla przy tym, że sądownictwo polubowne niekoniecznie musi utrudniać, może również ułatwiać konsumentom dochodzenie ich roszczeń – podobnie jak inne pozasądowe metody rozwiązywania sporów¹¹³.

¹⁰⁶ *Ibidem*, s. 137–138.

¹⁰⁷ *Ibidem*, s. 138.

¹⁰⁸ *P. Bielarczyk, op. cit.*, s. 6.

¹⁰⁹ *R. Morek, op. cit.*, s. 138.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *E. Rutkowska*, Pozasądowe postępowanie rozjemcze dla klientów banku – Bankowy Arbitraż Konsumentki, *Pr. Bank.* 2002, Nr 3, s. 42.

¹¹² *E. Samsel*, Forma umowy arbitrażowej, *R. Pr.* 2005, Nr 1, s. 85.

¹¹³ *R. Morek, op. cit.*, s. 138–139.

2. Regulacja niemiecka

Również w Niemczech zasada równości jest uregulowana w art. 3 ust. 1 Grundgesetz (GG), zgodnie z którym „wszyscy są równi wobec prawa”. Reguła ta, podobnie jak w Polsce, należy do naczelných zasad konstytucyjnych (*Verfassungsgrundsätze*)¹¹⁴.

Paragraf 1042 ust. 1 ZPO gwarantuje jej zastosowanie w ramach postępowania arbitrażowego. Zgodnie z jego treścią, strony należy traktować równo, a każda z nich ma prawo do wysłuchania. Przepis ten odpowiada więc w swej treści art. 1183 KPC i odnosi się do przebiegu postępowania przed sądem polubownym.

Kolejną normą dotyczącą stosowania zasady równości w postępowaniu arbitrażowym jest § 1034 ust. 2 ZPO. Zawarta w nim regulacja jest podobna do art. 1169 § 3 KPC. Zgodnie z jej treścią, jeżeli zapis na sąd polubowny przyznaje jednej ze stron więcej uprawnień w zakresie wyboru arbitrów, to druga strona ma prawo złożyć do sądu arbitrażowego wnioszek o powołanie dodatkowego sędziego lub dodatkowych sędziów.

W ZPO nie znajdziemy jednak normy odpowiadającej art. 1161 § 2 KPC, która regulowałaby obowiązek zachowania zasady równości w ramach postanowień zawartych w treści umowy o arbitraż. Ponadto ustawodawca niemiecki, zupełnie inaczej niż polski, dopuścił również wyraźnie możliwość zawarcia zapisu na sąd polubowny z udziałem konsumenta (§ 1031 ust. 5 ZPO).

Stanowisko literatury i orzecznictwa odnośnie do treści zapisu na sąd polubowny na tle zastosowania zasady równości jest również dużo bardziej liberalne niż przyjęte w Polsce. W Niemczech uważa się bowiem, że dopuszczalne jest powierzenie w umowie o arbitraż wyboru pomiędzy wytoczeniem powództwa przed sąd polubowny lub sąd powszechny, zarówno obu stronom sporu, jak też tylko jednej z nich¹¹⁵.

Przedmiotem licznych kontrowersji jest tutaj natomiast kwestia treści postanowień klauzuli arbitrażowej zawartej w ogólnych warunkach handlowych (AGB – *Allgemeine Geschäftsbedingungen*), ponieważ podlegają one szczególnej kontroli zgodnie z przepisami § 305 i n. BGB. Problem ten może odnosić się zarówno do obrotu konsumenckiego, jak i profesjonalnego.

Szczególnie problematyczny jest przypadek, w którym zapis na sąd polubowny zawarty w ogólnych warunkach handlowych (AGB) przyznaje prawo wyboru pomiędzy wytoczeniem powództwa przed sąd arbitrażowy lub sąd powszechny tylko jednej ze stron. Zgodnie z ustawową definicją sformułowaną w § 305 ust. 1 BGB, przez ogólne warunki handlowe należy rozumieć ogólne warunki sformułowane dla znacznej liczby umów (*für eine Vielzahl von Verträgen*), które stosujący (*Verwender*) przedstawia drugiej stronie przy zawarciu umowy. Są one częścią porozumienia, pomimo że nie są wyraźnie zawarte w jego treści. Zdaniem BGH, nawet postanowienie, zgodnie z którym jedynie sam stosujący (*Verwender*) ma prawo powołania sądu polubownego, nie jest zasadniczo niedopuszczalne¹¹⁶. Jednakże jeśli klauzula zawarta w ogólnych warunkach handlowych daje

¹¹⁴ H.D. Jaras, B. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, München 2006, s. 94.

¹¹⁵ K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 32; BGH NJW 1976, 852, 853.

¹¹⁶ BGH NJW 1992, 575, 576; K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 33.

mu powyższe uprawnienie niezależnie od roli, jaką spełnia w sporze przed sądem, a więc także gdy występuje jako pozwany, to dyskryminuje ona w sposób niewspółmierny drugą stronę umowy (§ 307 BGB) i jest w związku z tym nieważna (*unwirksam*). W przypadku bowiem złożenia przez nią pozwu do sądu powszechnego, a więc gdy pozwanym byłby stosujący ogólne warunki handlowe, mógłby on, powołując się na zarzut zapisu na sąd polubowny, bez żadnego problemu przerwać toczące się postępowanie. Zawarcie takiego uzgodnienia jest więc niedopuszczalne¹¹⁷. Zaistnienie powyższej sytuacji można jednak łatwo ominąć. Wystarczy, że stosujący zobowiąże się wyraźnie, że na żądanie strony przeciwnej, niemającej – zgodnie z klauzulą arbitrażową – prawa do wyboru pomiędzy sądem polubownym a powszechnym, w określonym przez nią terminie, jeszcze przed rozpoczęciem procesu, podejmie decyzję, czy chce skorzystać z przysługującego mu przywileju (odpowiednio § 264 ust. 2 BGB)¹¹⁸. Zdaniem *K.H. Schwaba* i *G. Waltera*, prawo wyboru przejdzie wtedy na stronę przeciwną¹¹⁹. *W. Voit* uważa jednak powyższe twierdzenie za wątpliwe, ponieważ strona przeciwna ma niezmiennie możliwość wytoczenia powództwa przed sąd powszechny i nie istnieje żaden argument ku temu, by przyznać jej prawo wyboru pomiędzy sądem powszechnym a polubownym. Po upływie wyznaczonego przez nią terminu wykluczone jest jedynie powołanie się przez stosującego ogólne warunki umów na zarzut właściwości sądu arbitrażowego¹²⁰.

Zdaniem doktryny i orzecznictwa niemieckiego, niedopuszczalne jest jednak zastrzeżenie jedynie dla jednej ze stron zarówno wyboru pomiędzy właściwością sądu polubownego i powszechnego, jak i powołania arbitra. Postanowienie takie ma zgodnie z § 138 ust. 1 BGB charakter sprzeczny z dobrymi obyczajami (*sittenwidrig*) i jest w związku z tym nieważne (*nichtig*)¹²¹. Jednak samo przyznanie w zapisie na sąd polubowny tylko jednej ze stron prawa do wyboru sądu powszechnego lub polubownego nie jest przesłanką nieważności takiej umowy¹²².

VII. Skutki niezachowania norm prawnych dotyczących treści zapisu na sąd polubowny

1. W Polsce

W polskim systemie prawnym skutki niezachowania norm prawnych dotyczących treści zapisu na sąd polubowny uzależnione są każdorazowo od rodzaju naruszenia.

Niezachowanie przepisów bezwzględnie obowiązujących przez fakultatywne postanowienie zapisu na sąd polubowny prowadzi do jego nieważności¹²³. Zaznaczyć należy jednak, że nawet jeżeli pewne postanowienie umowy arbitrażowej jest bezskuteczne,

¹¹⁷ BGH NJW 1999, 282, 283; *K.H. Schwab, G. Walter, op. cit.*, s. 33.

¹¹⁸ *W. Voit*, [w:] *H.-J. Musielak, op. cit.*, s. 2423; podobnie *K.H. Schwab, G. Walter, op. cit.*, s. 33.

¹¹⁹ *K.H. Schwab, G. Walter, op. cit.*, s. 33.

¹²⁰ *W. Voit*, [w:] *H.-J. Musielak, op. cit.*, s. 2423.

¹²¹ ZIP 1989, 535, 537 = JZ 1989, 588, 589; *K.H. Schwab, G. Walter, op. cit.*, s. 34.

¹²² *K.H. Schwab, G. Walter, op. cit.*, s. 34.

¹²³ *E. Samsel, Treść...*, s. 114.

to nie traci ona swej mocy w całości. Zdaniem S. Gołąb i Z. Wusatowskiego, zapis na sąd polubowny może być utrzymany, mimo że pewne jego części nie mają znaczenia¹²⁴. Podobny pogląd przedstawił SN w cytowanym już orz. z 26.10.1948 r. Przyjął on, że mimo nieważności jednego z postanowień zapisu pozostaje on w mocy w dalszej części, jeśli nie ma podstaw do stwierdzenia, że bez postanowienia dotkniętego nieważnością umowa o poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego w ogóle nie doszłaby do skutku (art. 58 § 3 KC)¹²⁵. Takie samo zdanie prezentuje również współczesna doktryna¹²⁶.

Złamanie zasady równości stron w ramach zapisu na sąd polubowny prowadzi natomiast, zgodnie z treścią art. 1161 § 2 KPC, do bezskuteczności takiego postanowienia. Przepis ten w swoim pierwotnym kształcie, proponowanym przez Komisję Kodyfikacyjną, zawierał dużo dalej idącą sankcję nieważności. W toku prac legislacyjnych zdecydowano się jednak na zastosowanie jedynie sankcji bezskuteczności. Dotyczy ona tylko i wyłącznie tych postanowień zapisu, które tę zasadę naruszają. W konsekwencji oznacza to więc, że ograniczenie uprawniające tylko jedną stronę do wytoczenia powództwa przed sądem polubownym lub sądem powszechnym nie wywołuje skutków prawnych¹²⁷. Klauzula taka nie ma jednak żadnego wpływu na ważność całego zapisu na sąd polubowny – inaczej niż pierwotnie zakładano.

Przepis art. 1161 § 1 KPC reguluje niezbędne warunki dotyczące treści zapisu na sąd polubowny, nie odnosi się jednak do skutków ich niezachowania. W takim przypadku należy zastosować (odpowiednio) ogólne przepisy prawa materialnego o czynnościach prawnych¹²⁸. Warunki określone w art. 1161 § 1 KPC stanowią *essentialia negotii* umowy o arbitraż. W związku z tym wydaje się, że należałoby tutaj zastosować art. 58 § 1 KC, co co pociągałoby za sobą sankcję nieważności. Wniosek taki wydaje się być jak najbardziej zasadny, szczególnie jeśli weźmie się pod uwagę, że w uzasadnieniu wyr. z 2.4.2000 r.

¹²⁴ S. Gołąb, Z. Wusatowski, Kodeks sądów polubownych, Kraków 1933, s. 74.

¹²⁵ Orz. SN z 26.10.1948 r., WaC 291/48, PiP 1949, z. 12, s. 141.

¹²⁶ R. Kulski, *op. cit.*, s. 216; podobnie R. Morek, *op. cit.*, s. 135.

¹²⁷ R. Morek, *op. cit.*, s. 139.

¹²⁸ 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*. Wieleletni 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, OSN 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, *op. cit.*, 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.

SN wyraził pogląd, iż czynność prawna sprzeczna z ustawą dopiero wtedy jest dotknięta sankcją nieważności z art. 58 § 1 KC, gdy sprzeczność dotyczy istotnego postanowienia (*essentialia negotii*) czynności prawnej, natomiast sprzeczność innych postanowień (*naturalia negotii*) umowy z ustawą nie powoduje skutku określonego w tym przepisie¹²⁹. Przepis art. 58 KC odnosi się jednak do sytuacji, gdy postanowienie umowne istnieje i ma charakter sprzeczny z ustawą. Jeżeli jednak strony po prostu nie zawrą w zapisie na sąd polubowny elementów obligatoryjnych określonych w art. 1161 § 1 KPC (a więc brak będzie *essentialia negotii* powyższej umowy), to należałoby przyjąć, zgodnie z ogólnymi zasadami, że umowa o arbitraż w ogóle nie doszła do skutku¹³⁰.

2. W Niemczech

Podobnie jak w Polsce, doktryna i orzecznictwo niemieckie różnicują skutki niezachowania norm dotyczących treści zapisu na sąd polubowny.

Przepisy ZPO nie odnoszą się niestety do sankcji niezachowania tych wymogów. W związku z tym, podobnie jak w Polsce, niezależnie od przyjętej koncepcji charakteru prawnego zapisu na sąd polubowny, w przypadku braku regulacji prawnych w przepisach postępowania przyjmuje się, że normy BGB dotyczące ważności czynności prawnych (§ 104 i n., 116 i n., 134, 138, 145 i n.) należy stosować odpowiednio do umowy o arbitraż.

Zdaniem BGH, podobnie jak zdaniem SN, w przypadku gdy postanowienia fakultatywne zapisu na sąd polubowny są niezgodne z prawem, to należy zamiast nich zastosować przepisy ustawy, jeżeli można przyjąć, że umowa została zawarta również bez tych uzgodnień (§ 139 BGB)¹³¹. Jeśli twierdzenie takie jest wątpliwe, to powinna je udowodnić strona, która utrzymuje, że zapis jest ważny¹³². W przeciwnym wypadku skutkuje to nieważnością całej umowy o arbitraż¹³³.

Naruszenie przez klauzulę arbitrażową zasady równości stron (oczywiście w ujęciu liberalnym przyjętym przez doktrynę i orzecznictwo niemieckie) skutkuje również, jak już wcześniej wspomniano, sankcją nieważności takiego uzgodnienia.

Problem pojawia się jednak, gdy złamane zostały przepisy dotyczące obligatoryjnych postanowień umowy o arbitraż. Wydaje się, że w takim wypadku można by zastosować § 155 BGB. Jednak zdaniem doktryny odnosi się on tylko do umownych postanowień fakultatywnych (*accidentalia negotii*)¹³⁴. W związku z tym należy przyjąć, zgodnie z ogólnymi zasadami, że jeżeli strony nie uzgodniły obligatoryjnych warunków umownych (*essentialia negotii*), to umowa taka po prostu nie doszła do skutku¹³⁵.

¹²⁹ Wyr. SN z 3.4.2000 r., I CKN 618/98, niepubl., cyt. za S. Dmowskim, S. Rudnickim, Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna, Warszawa 2006, s. 239.

¹³⁰ A. Bieranowski, P. Bogdalski, M. Goettel, Prawo cywilne. Zarys wykładu, Kraków 2006, s. 92; podobnie M. Safjan, [w:] K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny, t. 1, Komentarz, Warszawa 2004, s. 225.

¹³¹ ZIP 1989, 535, 537 = JZ 1989, 588, 589.

¹³² RGZ 61, 285; K.H. Schwab, G. Walter, *op. cit.*, s. 55–56.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Ch. Berger, O. Jauerling, H.-P. Mansel, A. Stadler, R. Stürner, A. Teichmann, Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, München 2004, s. 112; podobnie J. Kropholler, BGB Studienkommentar, München 2006, s. 79.

¹³⁵ J. Kropholler, *op. cit.*, s. 73.

VIII. Podsumowanie

Zapoznając się jedynie z normami KPC i ZPO, regulującymi niezbędne warunki dotyczące treści zapisu na sąd polubowny, można stwierdzić, że różnice mają charakter czysto redakcyjny. Jednak interpretacja treści tych przepisów prowadzi do zgoła przeciwnych wniosków.

Istnieją wprawdzie liczne podobieństwa, takie jak np. podział na stałe sądy polubowne i sądy *ad hoc* czy szerokie zakreślenie autonomii woli stron w odniesieniu do elementów fakultatywnych zapisu. Pomimo tego znajdujemy wiele różnic w zakresie wykładni norm prawnych regulujących treść zapisu na sąd polubowny. Przede wszystkim zgodnie z ustawą polską umowa o arbitraż musi dokładnie określać spór lub stosunek prawny. Ustawodawca niemiecki stawia natomiast powyższy wymóg jedynie odnośnie do stosunku prawnego. Ma to bardzo istotne znaczenie przy zawieraniu zapisu na sąd polubowny dotyczącego konfliktu już istniejącego. W Polsce wystarczające będzie bowiem w takim przypadku samo określenie sporu, w Niemczech natomiast będzie się trzeba zawsze odnieść do stosunku prawnego. Podkreślić należy, że zgodnie z panującym w polskiej doktrynie stwierdzeniem: „arbitraż *sensu largo*” należy odróżnić od „arbitrażu jurysdykcyjnego”, w Niemczech natomiast do umowy o powołanie biegłego arbitra stosuje się niekiedy przepisy księgi 10 ZPO. Na uwagę zasługuje również fakt, że wychodząc naprzeciw praktyce arbitrażowej, ustawodawca niemiecki jest dużo bardziej liberalny niż polski, szczególnie jeśli chodzi o zachowanie zasady równości w ramach treści postanowień zapisu. Doktryna i orzecznictwo dopuszczają tam zawarcie klauzuli arbitrażowej nawet w treści ogólnych warunków handlowych, co wydaje się być niemożliwe na gruncie polskim. Poza tym normy ZPO dotyczące zapisu na sąd polubowny są często dużo bardziej szczegółowe niż regulacje KPC.

Reasumując, należy stwierdzić, że wykazane różnice w zakresie polskiej i niemieckiej regulacji dotyczącej treści zapisu na sąd polubowny nie stanowią rozbieżności o charakterze czysto redakcyjnym, lecz mają charakter relewantny w zakresie ich stosowania i wykładni. W związku z tym nie można uznać, że doszło do całkowitego ujednoczenia norm prawnych w przedmiotowym zakresie. Omawiane przepisy zostały jednak z całą pewnością zharmonizowane.