

1. Jeżeli postępowanie, w którym może mieć zastosowanie art. 1162 § 2 k.p.c. zostało wszczęte po wejściu w życie ustawy zmieniającej, to z art. 2. [ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego – wstawienie własne] wynika dopuszczalność jego stosowania, a złożony charakter zapisu na sąd polubowny, łączący właściwości umowy materialnoprawnej i procesowej, nie stanowi przeszkody w stosowaniu przepisu intertemporalnego zawartego w ustawie procesowej. Przepis art. 2, jako późniejszy i szczególny, wyłącza art. XV § 2 p.w.k.p.c. oraz zakaz wstecznego działania prawa, wywodzony z art. XXVI ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Przepisy wprowadzające kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 94 ze zm.).

2. Konstytucyjny porządek pierwszeństwa aktów prawnych (art. 91 ust. 1 Konstytucji) nakazuje dokonywać oceny wymagań co do formy przede wszystkim na podstawie Konwencji nowojorskiej, zawierającej w art. II ust. 1 i 2 wymaganie formy pisemnej rozumianej szeroko, również w postaci wymiany listów i telegramów.

3. Zapis na sąd polubowny, uzależniony od wyboru pozostawionego profesjonalście – pozwanej spółce, bez wskazania na jakich zasadach opiera orzeczenia Amerykańska Izba Arbitrażowa, narzucenie klientowi obcego prawa, odmiennego w istotny sposób od prawa europejskiego, dodatkowe trudności w dochodzeniu roszczenia związane z odmiennym systemem prawa, odległością i kosztami oraz powszechnie znanymi trudnościami w uzyskaniu amerykańskiej wizy wjazdowej, tworzy stan, który musi być uznany za klauzulę niedozwoloną w rozumieniu dyrektywy 93/13 EWG. Narzucona powodowi klauzula arbitrażowa stanowi niedozwolone postanowienie umowne prowadzi do stanu sprzecznego z art. 6 ust. 2 dyrektywy i uzasadnia odstąpienie od obowiązku odesłania sprawy do arbitrażu.

4. Wykładnia art. II ust. 1 i 2 [Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzonej w dniu 10 czerwca 1958 r. w Nowym Jorku – wstawienie własne] nie pozwala przyjąć, bez odstąpienia od sensu unormowania, że zawarcie umowy w sposób dorozumiany spełnia wymaganie

formy pisemnej zwykłej. Nie ma też racji do uznania, że akceptacja treści widocznej na stronie „www” równa jest formie pisemnej, tym bardziej że postanowienia Konwencji milczą w kwestiach szczegółowych, tj. dotyczących czasu, miejsca i sposobu przyjęcia wzorca dostępnego w sieci.

5. Według tego przepisu [art. 1162 § 2 k.p.c. – wstawienie własne], forma zapisu na sąd polubowny jest spełniona także wtedy, gdy zapis zamieszczony został w wymienionych między stronami pismach lub oświadczeniach złożonych za pomocą środków porozumienia się na odległość, które pozwalają utrwalić ich treść albo umowa pisemna inkorporuje odrębny dokument zawierający postanowienie o poddaniu sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego. Wejście na stronę znajdującą się w sieci, zawierającą wzorzec umowy skierowany do nieoznaczonego grona czytelników, i potwierdzenie on line swojej woli zawarcia umowy nie stanowi oświadczenia pozwalającego utrwalić jego treść. Zwłaszcza czynność faktyczna komputerowego „zatwierdzenia” – w odróżnieniu od podpisu elektronicznego zwykłego o podstawowej, czyli niskiej wiarygodności – nie daje podstaw do identyfikacji ani rekonstrukcji treści oświadczenia. Wymaganie to spełniałoby natomiast oświadczenie przesłane pocztą elektroniczną (*e-mail*), pozwalające identyfikować nadawcę.

Postanowienie Sądu Najwyższego

z dnia 22 lutego 2007 r.

IV CSK 200/06

Skład orzekający:

SSN Dariusz Zawistowski (przewodniczący)

SSN Teresa Bielska-Sobkowicz

SSN Zbigniew Strus (sprawozdawca)

Sąd Najwyższy w sprawie z powództwa Artura Z. przeciwko "G.F.T.D.O.G.F. & F.", LTD w A. (Michigan, USA) o zapłatę, po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej w dniu 22 lutego 2007 r. skargi kasacyjnej powoda od postanowienia Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 2 lutego 2006 r.

uchylił zaskarżone postanowienie i zmienił postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 28 września 2005 r. w ten sposób, że odmówił odrzucenia pozwu, a uchylił je w zakresie pkt 2 orzekającego o kosztach procesu oraz pozostawił Sądowi Okręgowemu w Bydgoszczy rozstrzygnięcie o kosztach procesu w postępowaniu kasacyjnym.

Uzasadnienie

W pozwie wniesionym do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy powód, niebędący przedsiębiorcą, żądał zasądzenia od pozwanej "G.F.T.D.O.G.F. & F." (dalej: "G.F.T."), będącej spółką prawa amerykańskiego mającej siedzibę w stanie Michigan kwoty 52 937 zł jako równowartości 14 000 dolarów amerykańskich wpłaconych przez powoda na rachunek pozwanej w celu zawarcia umowy mającej za przedmiot zawieranie transakcji dewizowych na rynku międzybankowym (transakcje spekulacyjne). Umowa maklerska zawarta za pośrednictwem Internetu w dniu 29 grudnia 2003 r. została przez powoda wypowiedziana ze względu na brak zezwolenia na prowadzenie tego rodzaju działalności wymaganej według twierdzeń zawartych w pozwie przez polskie prawo bankowe.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa lub o odrzucenie pozwu ze względu na zapis na sąd arbitrażowy w A. (Michigan, USA), ewentualnie ze względu na wybór sądu państwowego w Chicago (Illinois, USA). Uzasadnienie tego zarzutu ograniczone do zapisu na sąd polubowny zawierało twierdzenia wskazujące, że dnia 29 grudnia 2003 r. została zawarta umowa w formie elektronicznej przez akceptację umieszczonego na stronie internetowej tekstu umowy, podanie do wiadomości pozwanej danych osobowych powoda, zainstalowanie przez niego oprogramowania służącego do dokonywania transakcji oraz wpłacenie na rachunek pozwanej kwoty 14 000 dolarów amerykańskich jako środków na przeprowadzanie transakcji.

Powołując się na punkt 18 umowy maklerskiej pozwana oświadczyła, że strony zawarły klauzulę derogacyjną wyłączającą właściwość sądu polskiego oraz oświadczyła, że spór powinien być rozpoznany przez sąd polubowny w A. (Michigan, USA) i zgłosiła ostatecznie zarzut zapisu na ten sąd, domagając się odrzucenia pozwu, podnosząc – jako ewentualny – zarzut braku jurysdykcji krajowej (art. 1099 k.p.c.). (...)

Powód wniósł o oddalenie tego zarzutu, zaprzeczając, aby doszło do zawarcia pisemnej umowy derogacyjnej oraz zapisu na sąd polubowny, a ponadto zarzucił, że obydwie

formy wyłączenia sądu polskiego stanowiłyby klauzulę niedozwoloną, co wynika z wiążącego sądu polski art. 292 w związku z art. 234 Traktatu Wspólnot Europejskich (dalej: "TWE") i orzeczenia europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: "ETS") z dnia 27 czerwca 2000 r. w połączonych sprawach *Oceano Grupo Editorial*, C. 240/98 i n.

Sąd Okręgowy odrzucił pozew, powołując art. 1105 § 3 k.p.c., dopuszczający wyłączenie jurysdykcji sądu polskiego na rzecz sądów państwa obcego, i stwierdzając, że zawarcie w umowie klauzuli derogacyjnej nie budzi wątpliwości, a zatem u podstaw rozstrzygnięcia zawartego w sentencji wyroku legło uznanie braku jurysdykcji polskiego sądu państwowego. Sąd pierwszej instancji stwierdził także, że umowa została zawarta przez oświadczenia dorozumiane.

Sąd Apelacyjny oddalił zażalenie powoda i – zwracając uwagę na sformułowania punktu 18 umowy – potwierdził, że umowa została zawarta w sposób dorozumiany. Dostrzegając okoliczność, że w umowie przyznano pozwanej wybór sądu polubownego, skupił również uwagę na formie zapisu na sąd polubowny, nie dokonał jednak wyraźnego rozróżnienia między prawem właściwym dla zapisu i prawem właściwym dla czynności zleconych pozwanej (spekulacyjny handel walutą). Odrzucił natomiast możliwość ochrony powoda (konsumenta w rozumieniu art. 22¹ k.c.) na podstawie przepisów chroniących przed niedozwolonymi klauzulami.

Rozważając formę czynności, Sąd Apelacyjny stwierdził, że konkludentny sposób zawarcia umowy nie odpowiadał wymaganiu art. 698 § 1 k.p.c., ale przepis ten został uchylony ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 168, poz. 1478) w związku z wejściem w życie nowej regulacji postępowania polubownego (art. 1154-1217 k.p.c.). Artykuł 1162 k.p.c. łagodzi wymagania formy zapisu na arbitraż, a art. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. nakazuje stosować nowe przepisy również do formy zapisu. Usprawiedliwia to – w ocenie Sądu Apelacyjnego – nieuwzględnienie zarzutów powoda dotyczących nieodpowiedniej formy zapisu.

W związku z art. 1096 k.p.c. Sąd odwoławczy dokonał oceny ważności zapisu pod kątem zgodności z przepisami Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzonej w dniu 10 czerwca 1958 r. w Nowym Jorku (Dz.U. z 1962 r. Nr 9, poz. 41 – dalej: "Konwencja nowojorska"). Ocena w tym zakresie również nie pozwoliła uwzględnić zarzutów dotyczących formy, gdyż art. II ust. 1 i 2 Konwencji uprawnia do zrównania skutków oświadczenia składanego telegraficznie lub listownie z oświadczeniem

elektronicznym. W takim razie odmowa uwzględnienia wniosku o odrzucenie pozwu, w świetle art. II ust. 3 Konwencji jest dopuszczalna tylko na skutek stwierdzenia jej nieważności, niewykonalności lub niezdatności do realizacji, takich zaś wad Sąd drugiej instancji nie stwierdził. W szczególności wybór prawa stanu Illinois w zakresie obrotu dewizami (pkt 18) jest dopuszczalny zgodnie z art. 25 § 1 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. Nr 46, poz. 290 ze zm. – dalej: "p.p.m."), a art. 27 § 1 pkt 2 p.p.m. wskazuje na prawo amerykańskie jako właściwe w razie niedokonania wyboru przez strony, gdyż umowa maklerska zalicza się do umowy o świadczenie usług.

Sąd Apelacyjny odrzucił możliwość badania umowy w świetle przepisów chroniących konsumenta w krajach Unii Europejskiej, gdyż Stany Zjednoczone Ameryki Północnej nie są stroną Traktatu Wspólnot Europejskich.

Skarga kasacyjna powoda została oparta na obydwu podstawach. (...)

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zarzucając nieskuteczność umowy zapisu na arbitraż, skarżący domagał się ustalenia skutków czasowych zmiany dokonanej w ustawie z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 178, poz. 1478), tj. skutków wprowadzenia złagodzonej w art. 1162 § 2 k.p.c. formy zapisu, wyłącznie na przyszłość od chwili wejścia tego przepisu w życie. Za takim żądaniem przemawia ogólna reguła międzyczasowa dotycząca stosowania przepisów postępowania, wynikająca z art. XV § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. przepisy wprowadzające kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43 poz. 297 – dalej "p.w.k.p.c."). Skarżący nie uwzględnił jednak art. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. stanowiącego m.in., że według przepisów dotychczasowych toczą się postępowania przed sądami co do stwierdzenia skuteczności wyroku sądu polubownego, wszczęte przed wejściem w życie ustawy zmieniającej. Przepis ten zawiera więc własną regulację intertemporalną obejmującą przepisy wprowadzane w życie, w tym art. 1162 § 2 k.p.c. dotyczący formy zapisu na sąd polubowny. **Jeżeli postępowanie, w którym może mieć zastosowanie art. 1162 § 2 k.p.c. zostało wszczęte po wejściu w życie ustawy zmieniającej, to z art. 2. wynika dopuszczalność jego stosowania, a złożony charakter zapisu na sąd polubowny, łączący właściwości umowy materialnoprawnej i procesowej, nie stanowi przeszkody w stosowaniu przepisu intertemporalnego zawartego w ustawie procesowej. Przepis art. 2, jako późniejszy i szczególny, wyłącza art. XV § 2 p.w.k.p.c. oraz zakaz wstecznego działania prawa, wywodzony z art. XXVI**

ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Przepisy wprowadzające kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 94 ze zm.).

Nieuzasadnione było również odwoływanie się do przepisów wymagających pisemnej formy zapisu (art. 698 § 2 i art. 1105 § 2 w związku z art. 697 § 1 k.p.c.). **Konstytucyjny porządek pierwszeństwa aktów prawnych (art. 91 ust. 1 Konstytucji) nakazuje dokonywać oceny wymagań co do formy przede wszystkim na podstawie Konwencji nowojorskiej, zawierającej w art. II ust. 1 i 2 wymaganie formy pisemnej rozumianej szeroko, również w postaci wymiany listów i telegramów.** Do tego zmierzał Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia, stwierdzając – przez powołanie art. 1096 k.p.c. – konieczność uwzględnienia Konwencji nowojorskiej. (...)

Oceniając skuteczność umowy, a ściślej – omawiany zapis, należy zwrócić uwagę na kwestie wymagające pogłębionej oceny.

Pierwsza dotyczy prawa właściwego dla umowy o zapis na sąd polubowny. W umowie maklerskiej, w punkcie 18 zatytułowanym „sąd właściwy”, znajdują się oświadczenia przyznające "G.F.T." wybór sądu państwowego w Chicago (stan Illinois) lub drogi arbitrażowej, określające zobowiązanie klienta (odnoszące się do powoda) pokrycia kosztów przegranej sprawy, prekluzję roszczeń po upływie dwóch lat od zgłoszenia oraz wybór – jako obowiązującego – prawa stanu Illinois i poddanie się jurysdykcji sądów tego stanu. Sformułowanie te nakazują uznać, że wybór prawa materialnego dla stosunku podstawowego (handlu walutami) i umowy dodatkowej (zapisu na sąd polubowny) stanowią całość poddaną temu samemu prawu, w związku z czym status prawny całej umowy określa prawo amerykańskie (stanu Illinois). Wyodrębnienie redakcyjne właściwego prawa i sądów pozwala na przyjęcie, że wybrane prawo determinuje również statut umowy zapisu na sąd polubowny (arbitrażowy).

Trzeba się także zgodzić ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego, że stosunek prawny między stronami powinien być oceniany również w świetle postanowień Konwencji nowojorskiej wiążącej zarówno Stany Zjednoczone Ameryki Północnej jak i Rzeczpospolitą Polską. (...)

Artykuł II ust. 3 Konwencji nowojorskiej dopuszcza odstępianie od obowiązku odesłania sprawy do arbitrażu przez sąd, w którym wszczęto spór w sprawie objętej umową, jeżeli stwierdzi, że umowa jest nieważna, niewykonalna lub nie nadaje się do realizacji.

Rzeczpospolita Polska w Układzie Europejskim (Dz.U. z 1994 r. Nr 11, poz. 38 ze zm.) zobowiązała się jednak do zapewnienia zgodności jej przyszłego ustawodawstwa z ustawodawstwem Wspólnoty, m.in. w dziedzinie ochrony konsumenta (rozdział III, art. 68-69).

Zasadniczym aktem Rady Wspólnot Europejskich w tej dziedzinie była dyrektywa 93/13 EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, postanawiająca w art. 3, ust. 1, że warunki umowy, które nie były indywidualnie negocjowane, mogą być uznane za nieuczciwe, jeśli stoją w sprzeczności z wymogami dobrej wiary oraz powodują znaczącą nierównowagę wynikających z umowy, praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta. W art. 6 ust. 2 zobowiązano państwa członkowskie do podjęcia niezbędnych kroków dla zapewnienia, że konsument nie utraci ochrony przyznanej mu na podstawie tej dyrektywy przez wybór prawa państwa trzeciego jako prawa obowiązującego w stosunku do danej umowy, jeśli ta umowa pozostaje w ścisłym związku z terytorium państw członkowskich.

Rzeczpospolita Polska w zasadzie wywiązała się z obowiązku implementacji dyrektywy 93/13, przede wszystkim w ustawie z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. Nr 22, poz. 271 ze zm.). Ustawą tą zmieniony został również kodeks cywilny, dodano bowiem przepisy odnoszące się bezpośrednio do stosunków między przedsiębiorcą a konsumentem. W szczególności dodano art. 385¹ § 1 stanowiący, że postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nieuzgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (niedozwolone postanowienia umowne). W myśl art. 385³ pkt 23 k.c., za niedozwolone postanowienia umowne należy w razie wątpliwości uważać te, które poddają sprawę pod rozstrzygnięcie sądu polubownego i zagranicznego, a także narzucają rozpoznanie sprawy przez sąd, który według ustawy nie jest miejscowo właściwy.

Implementacja nie objęła jednak art. 6 ust. 2 dyrektywy, istotnego dla rozpoznawanej sprawy. (...) Stan taki nie rodzi dla konsumenta roszczeń opartych na przepisie dyrektywy, gdyż art. 6 ust. 2 adresowany jest do państw członkowskich, ale powinien on być traktowany jako kryterium do osiągnięcia skuteczności prawa wspólnotowego przez zgodną z nim interpretację prawa krajowego, traktującego prawo wspólnotowe jako wzorzec (ETS, Van Colson and Kamann, 14/83, z dnia 10 kwietnia 1984 r., Zb. Orz. 1891 oraz ETS, Marleasing, C- 106/89, z dnia 13 listopada 1991 r., Zb. Orz. s. I-4135).

Umowa maklerska wraz z umową zapisu na sąd polubowny wkomponowaną w jej treść uzasadnia zastosowanie art. 6 ust. 2 dyrektywy, ponieważ – wbrew zasadzie wzajemnego zaufania – powoduje istotną dysproporcję praw i obowiązków na niekorzyść powoda oraz wykazuje ścisły związek z terytorium państwa członkowskiego. Powód ma miejsce zamieszkania w Polsce, skąd wydawał polecenia dokonania czynności obrotu walutą oraz na wskazany w Polsce rachunek bankowy dokonywał wpłat. **Zapis na sąd polubowny, uzależniony od wyboru pozostawionego profesjonalistcie – pozwanej spółce, bez wskazania na jakich zasadach opiera orzeczenia Amerykańska Izba Arbitrażowa, narzucenie klientowi obcego prawa, odmiennego w istotny sposób od prawa europejskiego, dodatkowe trudności w dochodzeniu roszczenia związane z odmiennym systemem prawa, odległością i kosztami oraz powszechnie znanymi trudnościami w uzyskaniu amerykańskiej wizy wjazdowej, tworzy stan, który musi być uznany za klauzulę niedozwoloną w rozumieniu dyrektywy 93/13 EWG. Narzucona powodowi klauzula arbitrażowa stanowi niedozwolone postanowienie umowne prowadzi do stanu sprzecznego z art. 6 ust. 2 dyrektywy i uzasadnia odstąpienie od obowiązku odesłania sprawy do arbitrażu.**

Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyrokach wydanych dnia 27 czerwca 2000 r. w połączonych sprawach C. 240/98-244/98 z powództwa Oceano Grupo Editorial S.A. przeciw Rocio Murciano Quintero i innym konsumentom, rozstrzygając pytanie prawne dotyczące wykładni dyrektywy potwierdził konieczność badania z urzędu niedozwolonego charakteru nienegocjowanych klauzul wymuszających właściwość sądu na niekorzyść konsumenta i to niezależnie od prawidłowej implementacji dyrektywy. Nie można jednak przyjąć, że sąd krajowy miałby obowiązek udzielić ochrony konsumentowi wbrew jego uświadomionej woli wyrażonej jednoznacznie w umowie albo orzekać *contra legem*. W rozpoznawanej sprawie wypadek taki nie zachodzi ze względu na podniesioną niejednoznaczność postanowień umownych, a wypełnienie istniejącej luki w prawie w drodze analogii oznacza wykładnię *secundum legem*. Należy też przychylić się do poglądów wypowiedzianych w literaturze, że w przypadku niepełnej implementacji dyrektywy, bezpośrednio jej zastosowanie nie narusza art. 189 TWE.

Stosownie do art. II ust. 3 Konwencji, sąd państwa, w którym wszczęto spór w sprawie objętej umową w rozumieniu tego artykułu, na żądanie jednej ze stron dopuszcza odmowę odesłania do arbitrażu, jeżeli stwierdzi, że umowa jest nieważna, niewykonalna lub

nie nadaje się do realizacji. Odmienne stanowisko Sądu drugiej instancji nie uwzględnia zmian stanu prawnego w zakresie wiążących Polskę traktatów, który nastąpił po ratyfikacji Konwencji nowojorskiej.

Traktat podpisany w dniu 16 kwietnia 2003 r. w sprawie przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej i innych państw do Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864) nakłada w art. 54 na nowe państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia w życie środków niezbędnych do przestrzegania od dnia przystąpienia przepisów dyrektyw i decyzji w rozumieniu artykułu 249 TWE. Zmiany te, w zakresie będącym przedmiotem rozważań, utrwała znajdująca się w fazie podpisania przez Prezydenta RP ustawa o przystąpieniu Rzeczypospolitej Polskiej do Konwencji o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwartej do podpisu w Rzymie w dniu 19 czerwca 1980 r., oraz do Pierwszego i Drugiego Protokołu w sprawie jej wykładni przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, sporządzonej w Luksemburgu dnia 14 kwietnia 2005 r. (por. ustawa z dnia 22 września 2006 r. o ratyfikacji Konwencji o przystąpieniu Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej do Konwencji o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwartej do podpisu w Rzymie w dniu 19 czerwca 1980 r., oraz do Pierwszego i Drugiego Protokołu w sprawie jej wykładni przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, sporządzonej w Luksemburgu dnia 14 kwietnia 2005 r., Dz.U. Nr 208, poz. 1533).

Dla udzielenia powodowi jako konsumentowi przedstawionej ochrony, istotną przesłankę stanowi uznanie, że strony dokonały wyboru prawa dla zapisu na sąd polubowny, ponieważ tylko w takiej sytuacji mogą mieć zastosowanie kolizyjne mechanizmy zapewnienia skuteczności dyrektywy 93/13 (art. 6 ust. 2). Sąd Apelacyjny dostrzegł szczególną właściwość umowy polegającą na uzależnieniu zapisu, o którym mowa w punkcie 18, od uznania strony pozwanej, na rzecz której zastrzeżono prawa wyboru, czy sprawa zostanie skierowana do sądu państwowego, czy do arbitrażu. Brzmienie umowy oznacza, że przed dokonaniem wyboru każde wystąpienie przez powoda z roszczeniem mogłoby zostać w myśl § 18 umowy zablokowane przez drugą stronę ze skutkiem odrzucenia (odesłania). Przyznanie wyboru tylko jednej stronie prowadzi do rażącego naruszenia równowagi w kontrakcie z pokrzywdzeniem strony słabszej (konsumenta). Wykładnia umowy prowadząca do przywrócenia względnej równowagi stron prowadzi natomiast do wniosku, że prawo dokonania wyboru dotyczy tylko jednej strony, tj. "G.F.T.", w razie wystąpienia przez nią z

roszczeniem przeciw klientowi, natomiast dopóki pozwana nie dokonała wyboru, dopóty powód był uprawniony do wytoczenia powództwa jakby umowa jurysdykcyjna go nie wiązała.

Zrównanie w hierarchii aktów normatywnych Konwencji nowojorskiej, jako umowy ratyfikowanej, z ustawami krajowymi nie budzi wątpliwości (art. 91 ust. 1 Konstytucji). **Wykładnia art. II ust. 1 i 2 nie pozwala przyjąć, bez odstąpienia od sensu unormowania, że zawarcie umowy w sposób dorozumiany spełnia wymaganie formy pisemnej zwykłej. Nie ma też racji do uznania, że akceptacja treści widocznej na stronie „www” równa jest formie pisemnej, tym bardziej że postanowienia Konwencji milczą w kwestiach szczegółowych, tj. dotyczących czasu, miejsca i sposobu przyjęcia wzorca dostępnego w sieci.**

Sądy obydwu instancji zgodnie przyjęły domniemaną postać zawarcia umowy maklerskiej, nie konfrontując tego ustalenia z wymaganiem zachowania formy pisemnej. W świetle art. 78 § 2 k.c. w brzmieniu obowiązującym w chwili nawiązania kontaktu między stronami w środowisku Internetu, oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym, weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu, jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Jest bezsporne, że powód nie składał oświadczenia woli opatrzonego bezpiecznym podpisem elektronicznym. Dla uniknięcia wątpliwości należy zastrzec, że oświadczenia elektroniczne prowadzące do skutecznego zawarcia umowy nie wymagają stosowania bezpiecznego podpisu w każdym wypadku. Takie stanowisko przeczyłoby rozszerzającej się praktyce handlu za pośrednictwem Internetu, postulowanej m.in. przez Komisję Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL), która w prawie modelowym z 1996 r. uchwaliła przepisy wzorcowe dla podpisu elektronicznego, oparte na regule neutralności technologicznej, a więc zróżnicowane co do wiarygodności, lecz skuteczne również na poziomie podstawowym. W rozpoznawanej sprawie chodzi jednak o zawarcie umowy w formie pisemnej zastrzeżonej *ad solemnitatem*, czyli wymagającej podwyższonego poziomu wiarygodności.

Umowa maklerska stron różnicuje sposoby pobrania jej jako dokumentu – elektronicznie lub w inny sposób – oraz instruuje, że należy wypełnić wymagane dokumenty, a następnie podpisać i przesłać do "G.F.T." załączoną umowę. W punkcie 27 zawarto opis zatwierdzenia umowy, polegającego na podpisaniu jej przez pracownika "G.F.T." w miejscu siedziby spółki lub przez pobranie dokumentacji przez klienta, wyrażenie zgody na jej

warunki oraz podpisanie i przesłanie dokumentów, bądź też w drodze przekazania *on line* informacji wymaganych przez "G.F.T.", i po wpłynięciu na rachunek klienta środków i dokonaniu lub próbie dokonania pierwszej transakcji.

Ustalone przez Sąd *meriti* fakty, świadczą o niezachowaniu formy pisemnej przewidywanej w umowie, zgodnej z art. II ust 1 lub 2 Konwencji, ani złączonymi wymogom art. 1162 § 2 k.p.c. **Według tego przepisu, forma zapisu na sąd polubowny jest spełniona także wtedy, gdy zapis zamieszczony został w wymienionych między stronami pismach lub oświadczeniach złożonych za pomocą środków porozumienia się na odległość, które pozwalają utrwalić ich treść albo umowa pisemna inkorporuje odrębny dokument zawierający postanowienie o poddaniu sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego.**

Wejście na stronę znajdującą się w sieci, zawierającą wzorzec umowy skierowany do nieoznaczonego grona czytelników, i potwierdzenie on line swojej woli zawarcia umowy nie stanowi oświadczenia pozwalającego utrwalić jego treść. Zwłaszcza czynność faktyczna komputerowego „zatwierdzenia” – w odróżnieniu od podpisu elektronicznego zwykłego o podstawowej, czyli niskiej wiarygodności – nie daje podstaw do identyfikacji ani rekonstrukcji treści oświadczenia. Wymaganie to spełniałoby natomiast oświadczenie przesłane pocztą elektroniczną (*e-mail*), pozwalające identyfikować nadawcę.

Niezachowanie formy pisemnej nie pozwala uwzględnić umowy zapisu na sąd polubowny, wokół którego koncentrował się spór, ani klauzuli derogacyjnej wyłączającej jurysdykcję sądu polskiego. Każda z wymienionych przyczyn, tj. zastrzeżenie opcji na rzecz pozwanego, brak formy pisemnej umowy i posłużenie się przez oferenta klauzulą niedozwoloną, usprawiedliwia zatem uznanie zarzutu zapisu na sąd polubowny za bezzasadny i oddalenie zarzutu.

Z tych względów Sąd Najwyższy zmienił zaskarżone postanowienie zgodnie z art. 398¹⁶ k.p.c., oddalając zarzut odrzucenia pozwu.

Źródło: Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego