

Andrzej Szumański*

Konkludentne przystąpienie do zapisu na sąd polubowny

Abstract: Determining the subjective and personal scope of an arbitration agreement is a substantial issue considering the disputed case, and one of fundamental importance with respect to the enforcement of the future arbitral award. The provisions of the Polish Code of Civil Procedure (PCCP) delineate situations in which, because the arbitral award considers issues not covered by the arbitration agreement, or because it exceeds the agreement, set-aside proceedings may be instituted, or the enforcement of the award may be denied. This article considers whether, *de lege lata*, in light of the PCCP, there are solutions to the frequent situations where the non-signatories of an arbitration agreement can be bound by it or, regardless of the subjective scope of the arbitration agreement, the application of an arbitration agreement could be accepted by conduct. The author also studies the issue *de lege ferenda*, whether, in light of the Polish arbitration law, given recent developments in international arbitration law concerning the formal requirement of arbitration agreements, the acceptance of an arbitration agreement by conduct could be possible.

Keywords: arbitration clause, arbitration agreement, formal requirements, conducts of the parties, acceptance, recognition and of enforcement of arbitral award, subjective scope of the arbitration agreement, personal scope of the arbitration agreement

1. Uwagi wprowadzające

1. Określenie **zakresu podmiotowego** oraz **zakresu przedmiotowego** zapisu na sąd polubowny (umowy o arbitraż) ma fundamentalne znaczenie dla możliwości realizacji w praktyce — wydanego w następstwie tego zapisu oraz po rozpoznaniu sporu — wyroku sądu polubownego (sądu arbitrażowego).

* Prof. dr hab., Uniwersytet Jagielloński, adwokat.

Przepisy art. 1206 § 1 pkt 3 oraz art. 1215 § 3 pkt 3 k.p.c. określają bowiem przypadek wydania wyroku przez sąd polubowny, dotyczącego sporu **nieobjętego** tym zapisem albo **wykraczającego** poza jego zakres, jako podstawę odpowiednio uchylenia wyroku sądu polubownego bądź odmowy jego uznania albo stwierdzenia wykonalności. Nie należy też zapominać o przepisach art. 1206 § 1 pkt 1 i art. 1215 § 2 pkt 1 k.p.c., które powyższe sankcje odnoszą także do przypadków braku zapisu na sąd polubowny albo nieważności czy bezskuteczności tego zapisu bądź też utraty jego mocy.

Jednakże należy mieć na względzie powszechnie przyjmowany w doktrynie prawa arbitrażowego pogląd, że **zapewnienie wydania wyroku** sądu polubownego, który nie zostanie następnie skutecznie zakwestionowany w ramach stadiów postarbitrażowych, stanowi jeden z obowiązków arbitrów wobec stron sporu w ramach *recepti arbitrii*¹.

2. Wątpliwości w zakresie objęcia zapisem na sąd polubowny określonych stron sporu bądź przedmiotu samego sporu zdarzają się w praktyce arbitrażowej.

Przykładem pierwszej sytuacji są spory, w ramach których po jednej stronie w procesie arbitrażowym mamy do czynienia z **grupą spółek**. Typowa sytuacja polega na tym, że pozwana zostaje także spółka dominująca, która formalnie nie jest stroną umowy o arbitraż, gdyż nie podpisała zapisu na sąd polubowny, bo ten został dokonany przez jej spółkę zależną. Ta ostatnia spółka z reguły nie posiada istotnego własnego majątku, a w wykonywaniu umowy, na tle której doszło do sporu z powodem (umowy głównej), podlegała ona wiążącym poleceniom swojej spółki dominującej, dysponującej zazwyczaj dużym majątkiem, umożliwiającym zaspokojenie się wierzyciela (tutaj: powoda). Kierując się względami słuszności, należałoby powiedzieć, że mimo iż spółka dominująca formalnie nie dokonała zapisu na sąd polubowny, podobnie jak nie jest ona stroną umowy głównej, to jednak materialnie (mając na uwadze cały stan faktyczny) należałoby tę spółkę uznać za stronę tego zapisu. W doktrynie międzynarodowego arbitrażu handlowego takie osoby (strony sporu) określa się zbiorczo pojęciem *non-signatories*², a więc jako osoby, które nie podpisały umowy o arbitraż, a ze względu na zasadę słuszności powinny być uznane za jej stronę.

¹ P.A. Karrer: *Must an Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable?* In: *International Law Commerce and Dispute Resolution*. Eds. G. Asken, K.-H. Boeckstiegel, M.J. Mustil, P.M. Patocchi, A.M. Whitesell. Paris 2005, s. 429—437; J.D.M. Lew, L.A. Mistelis, S.M. Kroell: *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague—London, New York 2003, s. 279.

² B. Hanotiau: *Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*. The Hague 2005, s. 7—48.

Przykładem sytuacji drugiej są natomiast spory z tzw. **ciągów umów**, a więc z szeregu funkcjonalnie powiązanych z sobą umów, następujących po sobie i służących realizacji jednego, głównego celu gospodarczego. W sytuacji tej mamy wprawdzie do czynienia z tymi samymi stronami umów, które są zarazem stronami umowy o arbitraż, ale zapis na sąd polubowny (klauzula arbitrażowa) nie został zamieszczony we wszystkich umowach tego ciągu, a tylko w jednej bądź jedynie w niektórych z nich. Z racji funkcjonalnego powiązania wspomnianych umów nie można rozstrzygnąć sporu przed sądem polubownym na podstawie tylko jednej wybranej umowy z tego ciągu, w której dokonano zapisu na sąd polubowny, z jednoczesnym pominięciem pozostałej bądź pozostałych umów, w których takiego zapisu nie zamieszczono.

Można też sobie wyobrazić **kombinację** wskazanych wcześniej sytuacji, tj. pierwszej (podmiotowej) i drugiej (przedmiotowej), gdy występuje szereg powiązanych z sobą funkcjonalnie umów, a poszczególne z nich są wykonywane nie zawsze przez ten sam podmiot (np. przez różnych wykonawców), we wszystkich tych umowach zaś występuje ten sam zamawiający, natomiast zapis na sąd polubowny nie został dokonany w każdej ze wspomnianych umów.

3. Przytoczone wątpliwości, a tym samym i **ryzyko prawne** zastosowania wskazanych na wstępie sankcji prawnych w ramach stadiów postarbitrażowych rozwiałaby koncepcja konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny, pod warunkiem, że można byłoby przyjąć dopuszczalność prawną takiej koncepcji, najlepiej *de lege lata*, a w razie niemożliwości takiego przyjęcia należałoby ją formułować w ramach uwag *de lege ferenda*.

Koncepcja konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny może być trudna do obrony wobec faktu, że w doktrynie polskiego prawa arbitrażowego powszechnie reprezentowany jest pogląd, że **nie jest możliwe konkludentne zawarcie** umowy o arbitraż³. Pogląd ten znajduje wyraz w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1960 r. IV CR 874/59⁴, którego rozstrzygnięcie tej kwestii prawnej jak dotychczas nie zostało w judykaturze zakwestionowane.

³ M. Tomaszewski, w: *Arbitraż handlowy*. „System Prawa Handlowego”. T. 8. Red. A. Szumański. Warszawa 2010, s. 316, nb. 102; T. Ereciński, K. Weitz: *Sąd arbitrażowy*. Warszawa 2008, s. 135—136; Ł. Błaszczak, M. Ludwik: *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*. Warszawa 2007, s. 117, nb. 22; R. Morek: *Mediacja i arbitraż (art. 183(1) — 183(13), 1154—1217 k.p.c.)*. Komentarz. Warszawa 2006, s. 144, nb. 8.

⁴ „Państwo i Prawo” 1961, z. 10, s. 649—650.

4. Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że od strony metodologicznej konkludentnego **przystąpienia do zapisu** na sąd polubowny nie można utożsamiać z **dokonaniem tego zapisu** (zawarciem) w sposób konkludentny. Są to bowiem dwie **różne instytucje prawne**. W przypadku pierwszym — w przeciwieństwie do drugiego — nie ma wątpliwości, że zapis na sąd polubowny istnieje i jest ważny. Problem tkwi tylko **w jego skuteczności**, a ściślej — w okoliczności, czy wywołuje on skutek prawny w stosunku do strony, która go formalnie nie podpisała (*non-signatory*), bądź w odniesieniu do tego elementu stosunku zobowiązaniowego stron, który ma postać odrębnej umowy, funkcjonalnie wprowadzicie powiązanej z innymi umowami tworzącymi ten stosunek prawny, ale również formalnie nie zawiera w swej treści klauzuli arbitrażowej.

Można uznać, że metodologicznie bardziej poprawnym określeniem niż konkludentne przystąpienie do zapisu na sąd polubowny jest sformułowanie „**rozciągnięcie zapisu na sąd polubowny**”, tj. na osoby trzecie (strona podmiotowa) albo na inne czynności prawne (strona przedmiotowa), które nie zostały *expressis verbis* objęte zakresem tego zapisu sporządzonego na piśmie (art. 1162 § 1 k.p.c.). Wydaje się jednak, że „konkludentne przystąpienie do zapisu na sąd polubowny” **lepiej oddaje istotę analizowanego zjawiska**, w którym — jak wspomniano wcześniej — nie mamy do czynienia z dokonaniem dopiero zapisu na sąd polubowny. Zapis ten już bowiem istnieje, a jedynie nie został dokonany na piśmie w odniesieniu do niektórych innych jego stron (np. przez spółkę dominującą, gdyż dokonała go tylko z osobą trzecią spółka zależna) albo wynika z czynności prawnej nieobjętej pisemnym zapisem na sąd polubowny, gdyż ten zapis w formie pisemnej znajduje się w innej, lecz powiązanej funkcjonalnie umowie (w przypadku ciągu umów). Z kolei zachowanie tej strony podczas wykonywania umowy, na tle której powstał spór, świadczy, że powinna ona zdawać sobie sprawę, że jej także dotyczy ten zapis, a więc stała się ona jego stroną w sposób dorozumiany, zgodnie z wyrażaną swą wolą przez podejmowane czynności faktyczne, a więc konkludentnie. To samo dotyczy woli stron sporu przy czynnościach prawnych nieobjętych pisemnym zapisem na sąd polubowny. Podsumowując, określenie „konkludentne przystąpienie do zapisu na sąd polubowny” lepiej odzwierciedla zachowanie strony (wolę strony) bądź stron w kwestii przedmiotu świadczenia, które powinno decydować o objęciu tej osoby czy danej czynności prawnej przedmiotem wspomnianego zapisu.

5. Wobec powyższego, **gdyby uznać** koncepcję konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny za niedopuszczalną *de lege lata*, to sankcję w postaci uchylenia wyroku sądu polubownego bądź odmowy

jego uznania albo stwierdzenia wykonalności należałoby wyprowadzić z art. 1206 § 1 pkt 3 i art. 1215 § 2 pkt 3 k.p.c., a nie z art. 1206 § 1 pkt 1 i art. 1215 § 2 pkt 1 k.p.c. (zob. tezę 1).

To **rozdzielenie podstaw** uchylenia wyroku sądu polubownego czy odmowy jego uznania albo stwierdzenia wykonalności w kodeksie postępowania cywilnego — przejęte do prawa polskiego z treści Ustawy Modelowej UNCITRAL z 1985 r. o międzynarodowym arbitrażu handlowym⁵ — potwierdza sformułowaną wcześniej tezę, że konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny **nie można sprowadzić do braku zapisu** na sąd polubowny bądź jego **nieważności** (braku zawarcia umowy o arbitraż). Taki wniosek w pełni pozostaje w zgodzie z naturą czynności prawnej podjętej nie w sposób wyraźny, ale w sposób dorozumiany, czyli konkludentny. Ponadto nie sposób uznać, że rozdzielenie wspomnianych podstaw uchylenia bądź braku uznania albo stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego w Ustawie Modelowej UNCITRAL, a w konsekwencji — w polskim kodeksie postępowania cywilnego, jest przypadkowe, a nie zamierzone.

Kwestia natomiast utraty mocy wiążącej zapisu na sąd polubowny, o której jest mowa w art. 1206 § 1 pkt 1 i art. 1215 § 2 pkt 1 k.p.c., **nie ma zastosowania** do dalszej analizy dopuszczalności prawnej koncepcji konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny. Przypadek ten od strony negatywnej reguluje w polskim prawie arbitrażowym art. 1168 k.p.c. (tj. odmowa przyjęcia funkcji arbitra, niemożliwość pełnienia tej funkcji przez osobę wyznaczoną w zapisie oraz niemożliwość rozpoznania sporu przez sąd arbitrażowy wyznaczony w zapisie). Nie pozostaje więc on w żadnym związku merytorycznym z analizowaną materią.

6. Podstawową „przeszkodą prawną” w przyjęciu *de lege lata* koncepcji konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny — w sposób niebudzący wątpliwości, a także nieniosący z sobą żadnego ryzyka prawnego — jest przepis art. 1162 § 1 k.p.c., który brzmi: „Zapis na sąd polubowny powinien być sporządzony na piśmie”. Należy bowiem zgodzić się z poglądem, że im surowsze są wymagania co do formy umowy o arbitraż, tym trudniej rozciągnąć zakres *ratione personae* takiej umowy na podstawie dorozumianej czy też wyrażonej ustnie woli stron⁶.

⁵ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments adopted in 2006, United Nations, Vienna 2008, Sales Np. E.08.V.4. Tekst polski najnowszej wersji Ustawy Modelowej został opublikowany w: P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska: *Regulamin arbitrażowy UNCITRAL. Komentarz*. Warszawa 2011, s. 625—642,

⁶ M. Tomaszewski, w: *Arbitraż handlowy...*, s. 324, nb. 151.

7. W związku z tym przedmiotem niniejszego opracowania jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy *de lege lata*, w świetle treści przepisu art. 1162 § 1 k.p.c., jest dopuszczalne przyjęcie koncepcji konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny. Pozytywna odpowiedź na to pytanie oznaczałaby, że przepis art. 1162 § 1 k.p.c. poddany określonej interpretacji nie stanowi wspomnianej przeszkody. Innym zagadnieniem jest zaś kwestia ponoszonego ryzyka prawnego i oceny tego ryzyka wobec potencjalnych poważnych sankcji z art. 1206 § 1 pkt 3 i art. 1215 § 2 pkt 3 k.p.c.

W sytuacji odpowiedzi negatywnej na wymienione wcześniej pytanie bądź przyjęcie tezy, że ryzyko prawne wskazanej interpretacji jest zbyt duże należałoby *de lege ferenda* rozważyć wprowadzenie zmian w polskim prawie arbitrażowym, mając na uwadze ostatnie tendencje w ewolucji międzynarodowego arbitrażu handlowego w kwestii formy umowy o arbitraż. Powstaje też od razu pytanie, czy cel tych zmian, a więc dopuszczenie koncepcji konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny, jest w ogóle możliwy do zaakceptowania z przyczyn systemowych, a więc czy to dopuszczanie nie deformuje polskiego prawa arbitrażowego albo wręcz przeciwnie, czy należy je uznać za skutek naturalnej ewolucji tego prawa, wywołanej koniecznością uwzględniania nowych światowych tendencji w rozwoju prawa arbitrażowego, które znajdują wyraz w zmianie przepisów o formie zapisu na sąd polubowny w polskim kodeksie postępowania cywilnego.

8. Nie bez znaczenia, jeśli chodzi o udzielenie odpowiedzi na to pytanie, pozostaje okoliczność, że polskie prawo arbitrażowe pochodzące z 2005 r., a zawarte w przepisach art. 1154—1217 k.p.c., w których zostało dostosowane do wspomnianej wcześniej Ustawy Modelowej UNCITRAL, wyraża **stan rozwoju** tego prawa **na rok 1985**. Nie uwzględnia ono natomiast **zmian Ustawy Modelowej**, które zostały wprowadzone dopiero w 2006 r.⁷, a więc po wejściu w życie przepisów nowego polskiego prawa arbitrażowego, ale jednak od strony merytorycznej były znane w związku z toczącymi się pracami UNCITRAL, między innymi nad zmianą regulacji formy umowy o arbitraż (zapisu na sąd polubowny).

⁷ Na temat zakresu zmian Ustawy Modelowej w 2006 r. zob. A. Szumański: *Kierunki zmian ustawodawstwa UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym*. „Przegląd Prawa Handlowego” [dalej: PPH] 2007, nr 1, s. 4—9.

2. Regulacja formy zapisu na sąd polubowny w polskim prawie arbitrażowym

9. Obecna regulacja formy umowy o arbitraż zawarta w art. 1162 § 1 k.p.c. i tak jest **bardziej liberalna** od tej, która była zamieszczona w dawnym art. 698 § 1 k.p.c. (obowiązującym do dnia 16 października 2005 r.), gdzie nie tylko istniał wymóg sporządzenia zapisu na sąd polubowny „na piśmie”, ale nadto obowiązywał wymóg złożenia podpisu przez obie strony na dokumencie umowy o arbitraż⁸.

Ten ostatni wymóg został w obecnym przepisie **art. 1162 § 2 zd. 1 k.p.c.** zniesiony. Przepis ten — wzorem art. 7 ust. 2 zd. 2 Ustawy Modelowej UNCITRAL (w wersji z 1985 r., a więc nieuwzględniającej jej nowelizacji z 2006 r., o czym dalej, zob. tezy 28—30) — dopuścił możliwość zamieszczenia zapisu na sąd polubowny na wymienianych między stronami pismach lub oświadczeniach złożonych za pomocą środków porozumiewania się na odległość, które pozwalają utrwalić ich treść.

10. Następny z kolei przepis **art. 1162 § 2 zd. 2 k.p.c.** rozwiewa wątpliwości na okoliczność braku dopuszczalności pominięcia wymogu formy pisemnej w tak dokonanym zapisie na sąd polubowny, gdyż przepis ten stanowi, że powołanie się w umowie na dokument zawierający postanowienie o poddaniu sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spełnia wymagania dotyczące zapisu na sąd polubowny, jeżeli umowa ta jest **sporządzona na piśmie**, a to powołanie się jest tego rodzaju, że czyni zapis częścią składową umowy.

Wymieniony przepis jest efektem implementacji do prawa polskiego art. 7 ust. 2 zd. 3 Ustawy Modelowej UNCITRAL w jej pierwotnej wersji. Chodzi tu zwłaszcza o przypadek posługiwania się **ogólnymi warunkami umów**, w których znajduje się zapis na określony sąd polubowny (stały albo *ad hoc*), w samej zaś umowie głównej zawartej między stronami nie znajduje się klauzula inkorporująca wspomniane warunki do treści. Jest to przypadek zachowania wymogu co do formy umowy o arbitraż przez „odesłanie”⁹.

⁸ Zob. M. Tomaszewski, w: *Arbitraż handlowy...*, s. 301, nb. 93, który podkreśla, że celem tej zmiany było załagodzenie wymogu co do formy umowy o arbitraż.

⁹ Zob. szerzej na ten temat A. Proksa: *Z problematyki formy zapisu na sąd polubowny*. W: *Księga Pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*. Warszawa 2010, s. 125—133.

11. Należy postawić tezę, że przepis art. 1162 § 2 zd. 2 k.p.c. daje się także zastosować do **umowy ramowej**, obejmującej zapis na sąd polubowny, w sytuacji gdy spór zawisł na tle określonej **umowy wykonawczej**. Umowa wykonawcza polega na tym, że bez niej nie można wykonać umowy ramowej. Zastosowanie dyspozycji z art. 1162 § 2 zd. 2 k.p.c. będzie jednak możliwe tylko wówczas, gdy umowa wykonawcza, na tle której zawisł spór, **wyraźnie będzie odsyłać** do umowy ramowej jako znajdującej zastosowanie w kwestiach w niej nieuregulowanych. W przeciwnym przypadku, gdy wniosek o relacji między umową ramową a wykonawczą można wyprowadzić tylko w drodze interpretacji obu tych umów, na podstawie ich treści oraz kontekstu zawarcia obu tych umów, skorzystanie z dyspozycji art. 1162 § 2 k.p.c. staje się już wątpliwe¹⁰.

12. Dyskusyjna staje się od razu możliwość zastosowania przepisu art. 1162 § 2 zd. 2 k.p.c. jako podstawy przyjęcia istnienia zapisu na sąd polubowny w umowie stanowiącej **element ciągu umów**, w której nie ma zapisu na ten sąd, wspomniany zapis zaś znajduje się wyraźnie w innej umowie należącej do tego ciągu.

Byłaby to **wykładnia rozszerzająca** normy wyjątkowej, tj. art. 1162 § 2 zd. 2 k.p.c. W praktyce kontraktowej między umowami tworzącymi ciąg umów nie ma takiej zależności, jak między umową ramową, która jest nadrzędna, a umowy wykonawcze są wobec niej podrzędne, gdyż wspomniane umowy są względem siebie co do zasady równorzędne, a jedynie regulują inne wycinki określonego, tego samego przedsięwzięcia gospodarczego. Ponadto są one zawierane w różnych odcinkach czasowych realizacji tego przedsięwzięcia, co należy do natury tego ciągu¹¹.

3. Interpretacja przepisu art. 1162 § 1 k.p.c. jako zwykłej formy pisemnej dla celów dowodowych

13. W doktrynie zwraca się uwagę na fakt, że w art. 1162 § 1 k.p.c. powinno się prowadzić **autonomiczną wykładnię pojęcia formy pisemnej**, zwłaszcza że ustawodawca posługuje się w tym przepisie określeniem, że zapis na sąd polubowny powinien być sporządzony „**na piśmie**”, a nie w formie pisemnej.

¹⁰ Por. M. Tomaszewski, w: *Arbitraż handlowy...*, s. 328—329, nb. 162—163.

¹¹ Ibidem, s. 328, nb. 161.

W doktrynie przyjmuje się, że zwrotem „sporządzona na piśmie” zamiast sporządzony „w formie pisemnej” lub „wymóg zachowania formy pisemnej”, ustawodawca chciał się wyraźnie **zdystansować od pojęcia zwykłej formy pisemnej**, dla zachowania której art. 78 § 1 k.c. wymaga złożenia przez każdą ze stron własnoręcznego podpisu¹².

Jednakże niekonsekwentnie w stosunku do wyrażonego poglądu przyjmuje się możliwość **szerokiego pojmowania formy pisemnej**, gdzie dokonanie zapisu na sąd polubowny w jednej z kwalifikowanych form (np. w formie aktu notarialnego) „konsumuje” wymagania zwykłej (podstawowej) formy pisemnej¹³.

14. Niezależnie od powyższego, w poszukiwaniu uzasadnienia *de lege lata* koncepcji konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny należy rozważyć pogląd traktujący wymóg co do formy z art. 1162 § 1 k.p.c. za zwykłą formę pisemną **dla celów dowodowych** w rozumieniu art. 74 § 1 k.c.¹⁴. Jednakże pogląd ten w polskiej doktrynie jest całkowicie **odosobniony**.

W większości przyjmuje się bowiem, że w przepisie art. 1162 § 1 k.p.c. nastąpiło **wyczerpujące uregulowanie** formy zapisu na sąd polubowny. Powoduje to, że wybór formy zapisu na sąd polubowny (umowy o arbitraż) podlega niezależnej i odrębnej ocenie prawnej, przeciwnie niż w przypadku oceny umowy podstawowej, w której może być zamieszczony wspomniany zapis. Wynika to z niekwestionowanej w prawie arbitrażowym **koncepcji autonomii zapisu na sąd polubowny**, której wyrazem jest między innymi powszechnie akceptowana zasada Kompetenz-Kompetenz (wyrażona w prawie polskim w art. 1180 § 1 zd. 2 k.p.c.). O ile wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona w jakikolwiek sposób, tj. przez każde zachowanie, które dostatecznie ujawnia jej wolę, o tyle reguła ta nie ma zastosowania do zapisu na sąd polubowny, którego bezpośrednim celem i skutkiem jest derogacja właściwości sądów powszechnych na rzecz właściwości sądu polubownego¹⁵.

¹² Tak ibidem, s. 302, nb. 94.

¹³ A. Proksa: *Z problematyki formy zapisu...*, s. 120 oraz M. Tomaszewski, w: *Arbitraż handlowy...*, s. 306—307, nb. 103.

¹⁴ Ł. Błaszczak: Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego. „Prawo Spółek” 2005, nr 2, s. 30, a wcześniej w literaturze J. Fabian: Czy klauzula arbitrażowa w konosamencie jest ważna? Głosa do postan. SN z 9.01.1969 r., I CZ 3/68. „Technika i Gospodarka Morska” 1969, nr 12, s. 550—551. Na temat tego orzeczenia oraz jego skutków zob. też M. Koziński, w: *Arbitraż handlowy...*, s. 756—757, nb. 94—95.

¹⁵ A. Proksa: *Z problematyki formy zapisu...*, s. 117—120, zob. także M. Zachariasiewicz: *Autonomiczny charakter klauzuli arbitrażowej w międzynarodowym arbitrażu handlowym*. W: „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”. T. 1. Red. M. Pazdan. Katowice 2007, s. 85—113 oraz powołaną tam obszernie literaturę polską i obcą.

15. Autonomiczne podejście do wymogu formy zapisu na sąd polubowny sprawia, że część doktryny prawa arbitrażowego w razie niezachowania tego wymogu przyjmuje — moim zdaniem trafnie — **bezskuteczność** zapisu na sąd polubowny¹⁶, a nie sankcję nieważności tego zapisu, mimo że ten ostatni pogląd dominuje w polskiej doktrynie¹⁷.

Powoduje to w konsekwencji **brak stosowania** do zapisu na sąd polubowny **przepisów kodeksu cywilnego** o formie czynności prawnej, w tym także przepisu art. 73 § 2 zd. 1 k.c., mówiącego o nieważności czynności prawnej dokonanej bez zachowania innej formy szczególnej, nawet jeżeli ustawa (np. art. 1162 § 1 k.p.c.) zastrzega dla czynności prawnej taką właśnie formę¹⁸, czy też brak stosowania przepisów art. 78 k.c., określających sposoby zachowania pisemnej formy czynności prawnej, skoro w świetle art. 1162 § 1 i 2 k.p.c. sporządzenie zapisu na sąd polubowny nie jest w ogóle zwykłą formą pisemną, której immanentnym elementem jest złożenie własnoręcznego podpisu¹⁹.

Wobec powyższego nie ma większego znaczenia w stosowaniu wymogu sporządzenia zapisu na sąd polubowny na piśmie **ocena charakteru prawnego** tego zapisu, a więc czy jest to czynność prawa materialnego, prawa procesowego czy też czynność prawna mieszana²⁰.

16. Nie można też pominąć w ocenie możliwości zastosowania formy dla celów dowodowych (art. 74 § 1 k.c.) do zapisu na sąd polubowny argumentu z art. 74 § 3 k.c., w świetle którego przepisów o formie pisemnej przewidzianej dla celów dowodowych w ogóle **nie stosuje się** w stosunkach prawnych **między przedsiębiorcami**²¹. W konsekwencji tego pogląd o stosowaniu formy *ad probationem* do zapisu na sąd polubowny jest nie tylko dogmatycznie trudny do przyjęcia oraz obarczony w związku

¹⁶ Tak M. Pazdan: *Bezskuteczność lub nieważność zapisu na sąd polubowny w prawie polskim*. W: *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*. Red. A. Tynel, A. Szumański, S. Pieckowski, P. Nowaczyk, J. Poczobut. Warszawa 2008, s. 118—119; A.W. Wiśniewski: *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce, status prawny arbitrażu i arbitrów*. Warszawa 2011, s. 452—454.

¹⁷ Na temat nieważności zapisu na sąd polubowny zob. literaturę powołaną przez R. Morka: *Mediacja i arbitraż...*, s. 144—145, nb. 11.

¹⁸ M. Tomaszewski, w: *Arbitraż handlowy...*, s. 310, nb. 109.

¹⁹ Ibidem, s. 302, nb. 94 i s. 310, nb. 108; por. B. Sołtys: *Forma umowy o arbitraż*. W: *Europeizacja prawa prywatnego. Materiały II Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów w Wiśle*, 28.—30.09.2006 r. Red. M. Pazdan, W. Popiołek. T. 2. Warszawa 2008, s. 414—415.

²⁰ M. Tomaszewski, w: *Arbitraż handlowy...*, s. 285—293, nb. 55—70; J.J. Skoczyła: *Charakter prawny zapisu na sąd polubowny a autonomia regulacji prawnej arbitrażu (po nowelizacji z 2005 roku)*. W: *Księga Pamiątkowa 60-lecia...*, s. 134—147.

²¹ A.W. Wiśniewski: *Międzynarodowy arbitraż handlowy...*, s. 452.

z tym zbyt dużym ryzykiem prawnym, ale mając na uwadze, że zapisy na sąd polubowny są w ogromnej większości stosowane przez przedsiębiorców, jest to nadto pogląd niepraktyczny.

17. W przypadku arbitrażu międzynarodowego dochodzi jeszcze dodatkowa trudność wynikająca z treści **art. II ust. 1 Konwencji nowojorskiej** z dnia 10 czerwca 1958 r. o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych²², który stanowi, że „Każde z Umawiających się Państw **uzna umowę pisemną**, którą strony zobowiązują się poddać arbitrażowi wszystkie lub pewne spory powstałe lub mogące powstać między nimi z określonego stosunku prawnego, zarówno umownego, jak i pozaumownego, w sprawie, która może być rozstrzygana w drodze arbitrażu”. Definicję umowy pisemnej zawiera art. II ust. 2 konwencji nowojorskiej. Definicja ta nie pozwala na wyprowadzenie wniosku, że może zostać uznana umowa o arbitraż zawarta konkludentnie. Innym zagadnieniem jest natomiast — jak wskazano to wcześniej (zob. tezy 4—5) — konkludentne przystąpienie do już istniejącego zapisu na sąd polubowny dokonanego na piśmie.

4. Nadużycie prawa podmiotowego jako podstawa konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny

18. Wydaje się, że do konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny **nie znajdzie zastosowania** również koncepcja nadużycia prawa podmiotowego. Dotyczy to także wskazanych na wstępie sporów związanych z grupą spółek, gdy powód chce pozwać spółkę dominującą, która nie dokonała zapisu na sąd polubowny, oprócz spółki zależnej, związanej z kolei w sporze z powodem zapisem na ten sąd.

19. Nadużycie prawa podmiotowego, czy innymi słowy naruszenie dobrej wiary, stanowi podstawę **doktryny PCV** (*piercing the corporate veil*) stosowanej między innymi przez sądy amerykańskie, gdy sądy te w konkretnych przypadkach „pomijają” ograniczenie osobistej odpowiedzialności spółki dominującej za zobowiązania jej spółki zależnej, której spółka dominująca jest wspólnikiem i chce skorzystać jako wspólnik

²² Dz. U. 1962, nr 9, poz. 41.

spółki kapitałowej z dobrodziejstwa ograniczenia swej osobistej odpowiedzialności. W sytuacji gdy spółka dominująca miała faktyczny wpływ na działania bądź zaniechania jej spółki zależnej, które stały się następnie podstawą naruszenia umowy zawartej przez spółkę zależną z osobą trzecią i wyrządzenia tej osobie szkody, za nadużycie prawa uznaje się „ucieczkę” spółki dominującej w przysługującą jej z mocy prawa ograniczoną osobistą odpowiedzialność za wspomniane naruszenie²³.

20. Powyższej koncepcji **nie można odnieść** do sytuacji braku związania spółki dominującej zapisem na sąd polubowny w przypadku, gdy stroną umowy z osobą trzecią i zarazem stroną umowy o arbitraż jest spółka zależna. O ile doktryna PCV jest uzasadniona aksjologicznie okolicznością obowiązków ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej przez osobę, która wyrządziła szkodę, o tyle **trudno przyjąć obowiązek** dokonania zapisu na sąd polubowny w takim przypadku. Innymi słowy, nie można uznać okoliczności braku chęci związania się określonego podmiotu (np. spółki dominującej) zapisem na sąd polubowny za nadużycie prawa, skoro podmiot ten z różnych powodów może nie być zainteresowany wyłączeniem kognicji sądu powszechnego.

21. Dyskusyjne jest też, czy można uznać za naruszenie prawa podmiotowego sytuację, w której *de facto* ten sam spór prawny będzie rozstrzygany przez **dwa różne sądy**, np. jeden spór — wytoczony spółce zależnej — przez sąd polubowny, a drugi — wytoczony spółce dominującej — przez sąd powszechny. Z pewnością taką sytuację należy oceniać w kategorii patologii, zwłaszcza że każdy z tych sądów może wydać w *de facto* tej samej sprawie dwa różne, sprzeczne z sobą rozstrzygnięcia.

²³ Na temat wpływu doktryny PCV na możliwość rozszerzenia zapisu na sąd polubowny na członków grupy spółek, którzy nie są stroną (nie podpisali) umowy o arbitraż, w prawie polskim zob. A. Szumański: *Wpływ uczestnictwa spółki kapitałowej w grupie spółek na związanie zapisem na sąd polubowny dokonany przez inną spółkę z grupy*. PPH 2008, nr 5, s. 48—51 oraz powołaną tam literaturę.

5. Koncepcja poddania zapisowi na sąd polubowny określonego stosunku prawnego jako podstawa konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny

22. Również za **nieprzydatną** w przyjęciu koncepcji konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny należy uznać koncepcję, w świetle której zapisowi na sąd polubowny poddaje się konkretny stosunek prawny, a strona podmiotowa tego stosunku ma niejako charakter drugorzędny.

23. Wskazaną wyżej koncepcję można **wyprowadzić z poglądów judykatury** w sytuacji, gdy następowała zmiana podmiotowa uczestników stosunku prawnego, w odniesieniu do którego pierwotne strony tego stosunku poddały mogące powstać między nimi spory kognicji określonego sądu polubownego. Należy tu wymienić trzy orzeczenia Sądu Najwyższego, tj.:

a) wyrok SN z dnia 3 września 1998 r., I CKN 822/97²⁴ — „Zapis na sąd polubowny odnosi skutek także **wobec cesjonariusza**”;

b) postanowienie SN z dnia 1 marca 2000 r., I CKN 845/99²⁵ — „Zbycie przez współnika udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością nie wpływa na jego dalsze związanie zapisem na sąd polubowny zawartym w umowie spółki, albowiem orzecznictwu sądu polubownego **poddany został stosunek prawny** (przedmiot sporu) — udział w czystym zysku — a nie konkretne strony sporu mające status współnika”;

c) uchwała SN z dnia 24 lutego 2005 r., III CZP 86/04²⁶ — „Zarzut zapisu na sąd polubowny, dotyczącego stosunku prawnego pomiędzy wystawcą weksla a remitentem, jest skuteczny w stosunku do wystawcy weksla także wtedy, gdy pozwanym, obok wystawcy weksla, jest **poręczyciel wekslowy**, który nie był stroną umowy poddającej spór pod rozstrzygnięcie sądu polubownego”;

d) uchwała SN z dnia 13 lipca 2011 r., III CZP 36/11 [niepubl.] — „Na skutek przystąpienia do długu nie powstaje nowa więź obligacyjna między wierzycielem a nowym dłużnikiem; dług jako kompleks obowiązków i funkcjonalnie z nim związanych uprawnień obciążający dotychczasowego dłużnika staje się długiem, za który odpowiada także podmiot przy-

²⁴ OSNC 1999, nr 2, poz. 39.

²⁵ „Biuletyn SN” 2000, nr 7, poz. 7.

²⁶ OSNC 2006, nr 2, poz. 18.

stępujący do długu (nabywca przedsiębiorstwa); zajmując pozycję dłużnika w istniejącym stosunku obligacyjnym, znajduje się w takiej samej sytuacji prawnej, jaką zajmował dłużnik pierwotny. Sytuacja ta obejmuje także skutki prawne poddania sporów dotyczących roszczeń wynikających z tego stosunku obligacyjnego sądowi polubownemu”.

24. Powołane wcześniej orzeczenia Sądu Najwyższego, z których można wyprowadzić tezę o poddaniu kognicji sądu polubownego określonego stosunku prawnego, bez względu na stronę podmiotową osób dokonujących zapisu na sąd polubowny, **nie przystają** w większości do koncepcji konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny.

W przypadku dwóch pierwszych powołanych wyżej orzeczeń mamy do czynienia z **substytucją podmiotową**, gdy osoba dokonująca zapisu na sąd polubowny została zastąpiona swoim następcą prawnym, tj. cedent przez cesjonariusza, zbywca udziałów przez nabywcę udziałów w spółce z o.o.²⁷ W omawianej zaś koncepcji nie następuje substytucja podmiotuwa strony zapisu na sąd polubowny, ale **przystąpienie do tego zapisu** osoby trzeciej (np. spółki dominującej), przy pozostaniu bez zmian jednej z dotychczasowych stron tego zapisu w sporze przed sądem polubownym (np. spółki zależnej).

W trzecim z kolei przypadku nie ma wprawdzie substytucji podmiotowej, gdyż poręczyciel wekslowy staje się stroną zapisu na sąd polubowny „obok” wystawcy weksla, a **nie „zamiast”** niego. Taki jednak przypadek jest konsekwencją szczególnej instytucji prawa wekslowego, jaką jest poszukiwanie zwrotne wyrażone w **art. 43 prawa wekslowego**. Podobny wniosek należy też wyciągnąć w odniesieniu do przypadku czwartego, w którym jest mowa o ustawowym kumulatywnym przystąpieniu do długu przez nabywcę przedsiębiorstwa, znajdującym z kolei swoją podstawę normatywną w treści **art. 55(4) zd. 1 k.c.**

25. W podsumowaniu powyższego koncepcja poddania kognicji sądu polubownego określonego stosunku prawnego, bez względu na stronę podmiotową osób dokonujących zapisu na sąd polubowny, **nie jest możliwa do przyjęcia** jako podstawa wyjaśnienia dopuszczalności konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny, gdy oprócz dotychczasowej

²⁷ Szerzej na temat objęcia zapisem na sąd polubowny następcy prawnego pod tytułem szczególnym osoby, która dokonała uprzednio tego zapisu zob. M. Tomaszewski, w: *Arbitraż handlowy...*, s. 319, nb. 137 i s. 319—324, nb. 139—151. Rozszerzenie mocy wiążącej zapisu na sąd polubowny na następcę prawnego pod tytułem ogólnym, tj. w ramach sukcesji uniwersalnej czy zasady kontynuacji, nie budzi wątpliwości np. przyłączeniu się spółek, podziale spółki czy przekształceniu przedsiębiorstwa państwowego w spółkę kapitałową, zob. *ibidem*, s. 318—319, nb. 136.

strony tego zapisu dochodzi osoba trzecia, która w sposób dorozumiany ma być tym zapisem związana. Nastąpiłoby wówczas naruszenie strony podmiotowej zapisu na sąd polubowny.

6. Wymiana pism procesowych jako podstawa konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny

26. Również **trudno uznać** za podstawę przyjęcia dopuszczalności konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny wymiany pism procesowych, tj. np. udzielenia odpowiedzi na pozew przez spółkę dominującą, która nie jest stroną umowy o arbitraż, a została pozwana oprócz jej spółki zależnej, związanej z kolei z powodem zapisem na sąd polubowny. Wynika to stąd, że wspomniana wymiana pism procesowych, o której jest mowa w art. 1180 § 2 zd. 1 k.p.c., wzorem art. 16 ust. 2 zd. 1 Ustawy Modelowej UNCITRAL, nie jest kategorią prawną z zakresu zapisu na sąd polubowny, ale **instytucją prawną z zakresu właściwości sądu polubownego**²⁸, o czym świadczy też zamieszczenie przepisu art. 1180 § 2 k.p.c. w tytule IV *Właściwość sądu polubownego*, a nie zaś w tytule II *Zapis na sąd polubowny*.

27. Przepis **art. 1180 § 2 zd. 1 k.p.c.** stanowi, że zarzut braku właściwości sądu polubownego może być podniesiony nie później niż w odpowiedzi na pozew lub w innym terminie określonym przez strony, chyba że przed upływem terminu strona nie знаła lub przy dołożeniu należytej staranności nie mogła poznać podstawy takiego zarzutu, albo jego podstawa powstała dopiero po upływie tego terminu.

Pomijając nawet fakt, że koncepcja wymiany pism procesowych nie nadaje się z przyczyn systemowych do wyjaśnienia dopuszczalności konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny, nadto należy stwierdzić, że od strony praktycznej **nie znajdzie nigdy zastosowania**. Gdyby bowiem osoba trzecia niezwiązana zapisem na sąd polubowny chciała dobrowolnie przystąpić do procesu prowadzonego przed tym sądem, to z pewnością dokonałaby następnie tego zapisu w formie kompromisu. W konsekwencji taka osoba trzecia (np. spółka dominująca niebędąca stroną umowy o arbitraż) przypuszczalnie nie wda się

²⁸ A.W. Wiśniewski: *Międzynarodowy arbitraż handlowy...*, s. 449—450.

w ogóle w spór, ale w swym piśmie procesowym od razu złoży wniosek o odrzucenie — w odniesieniu do niej — pozwu, z racji braku zapisu na ten sąd.

7. Odejście od wymogu formy pisemnej zapisu na sąd polubowny podstawą przyjęcia dopuszczalności konkludentnego przystąpienia do tego zapisu

28. Powyższa analiza doprowadziła do wniosku, że *de lege lata* przeszkodą w przyjęciu w polskim prawie arbitrażowym koncepcji konkludentnego zapisu na sąd polubowny jest wymóg sporządzenia tego zapisu „na piśmie”, wyrażony jasno w treści art. 1162 § 1 *in fine* k.p.c.. Stąd próby uzasadnienia tej koncepcji ***de lege lata* są skazane na niepowodzenie** bądź są obarczone tak **dużym ryzykiem prawnym**, że mogą godzić w tzw. stabilność wyroku sądu polubownego, gdyż niosą z sobą możliwość odmowy uznania albo stwierdzenia wykonalności tego wyroku bądź jego uchylenie w wyniku wniesienia ewentualnej skargi do sądu powszechnego.

29. Wobec powyższego zachodzi konieczność **przejścia na płaszczyznę uwag *de lege ferenda***, uznając konkludentne przystąpienie do zapisu na sąd polubowny za **zjawisko pożądane gospodarczo**, skoro ma ono eliminować ryzyko rozpatrzenia *de facto* tego samego sporu przez dwa różne sądy (powszechny i polubowny), które teoretycznie mogą wydać sprzeczne z sobą rozstrzygnięcia. Zgłoszenie ewentualnych uwag *de lege ferenda* pod adresem polskiego ustawodawcy powinno być jednak poprzedzone — jak w każdym przypadku — analizą prawa obcego.

30. W omawianej materii nie jest konieczna szczegółowa analiza wszystkich krajowych porządków prawnych prawa arbitrażowego, gdyż powyższe zagadnienie prawne jest **przedmiotem regulacji Ustawy Modelowej UNCITRAL**. Nie jest to wprowadzie regulacja, która istniała w tekście pierwotnym tej Ustawy z 1985 r., ale stała się ona przedmiotem nowej regulacji w ramach nowelizacji Ustawy Modelowej dokonanej w 2006 r. (zob. tezę 5), a ściślej — zmiany jej przepisów art. 7 poświeconego „Pojęciu i formie umowy o arbitraż”.

31. Wspomniana wcześniej nowelizacja przepisów art. 7 Ustawy Modelowej UNCITRAL doprowadziła do przyjęcia **dwóch alternatywnych wersji** tego artykułu w ramach tzw. opcji I oraz opcji II. Kryterium rozgraniczenia obu opcji stał się stosunek do formy umowy o arbitraż, czyli innymi słowy — stosunek do formy zapisu na sąd polubowny.

32. Mianowicie **opcja II** ograniczyła się tylko do podania **definicji umowy o arbitraż** w art. 7 Ustawy Modelowej złożonym w jej przypadku tylko z jednego zdania, które niemal dosłownie przejęło treść dotychczasowego art. 7 ust. 1 zd. 1 Ustawy Modelowej. Świadczy też o tym tytuł tego przepisu, który brzmi: *Definicja umowy o arbitraż* (ang. *Definition of arbitration agreement*). Oznacza to, że w ramach analizowanej opcji w art. 7 Ustawy Modelowej pominięto nie tylko regulację formy umowy o arbitraż, ale nawet także okoliczność, że umowa ta może przyjmując postać klauzuli arbitrażowej bądź odrębnego porozumienia, tj. kompromisu (czyli materię dawnego art. 7 ust. 1 zd. 2 Ustawy Modelowej w wersji z 1985 r.).

Tym samym z wykładni historycznej obecnej wersji art. 7 Ustawy Modelowej (w ramach opcji II), a także z wykładni systemowej (stosunku do opcji I) wynika, że do ważności umowy o arbitraż (zapisu na sąd polubowny) **nie jest konieczne zachowanie formy pisemnej**.

33. Natomiast **opcja I** pozostaje przy **dotychczasowym zakresie przedmiotowym** art. 7 Ustawy Modelowej, tj. *Definicja i forma umowy o arbitraż* (ang. *Definition and form of arbitration agreement*).

Regulacja ta w nowej wersji, złożonej z sześciu ustępów w art. 7 ust. 2 Ustawy Modelowej, **przewiduje wymóg formy pisemnej** dla umowy o arbitraż. Dalsze z kolei postanowienia są poświęcone wykładni zachowania powyższego wymogu.

Postanowienie art. 7 ust. 3 Ustawy Modelowej ustanawia ogólną zasadę, że wymóg formy pisemnej należy uznać za zachowany, jeżeli **treść tej umowy** jest w jakikolwiek sposób **utrwalona** (ang. *if its content is recorded in any form*), bez względu na to, czy umowa o arbitraż bądź umowa, z której mogą wynikać spory (tj. umowa handlowa), była zawarta ustnie, *per facta concludentia* czy w inny sposób.

Z kolei postanowienie art. 7 ust. 4 Ustawy Modelowej dotyczy spełnienia wymogu formy pisemnej w przypadku zastosowania przez strony **środków komunikacji elektronicznej**. W świetle natomiast art. 7 ust. 5 Ustawy Modelowej, pisemna postać umowy o arbitraż jest zachowana, gdy w wyniku **wymiany pozwu i odpowiedzi na pozw** jedna strona powołuje się na umowę o arbitraż, druga zaś temu nie zaprzecza.

Ostatni z kolei art. 7 ust. 6 Ustawy Modelowej zawiera **normę interpretacyjną**, w świetle której powołanie się w umowie (tj. umowie handlowej) na jakikolwiek dokument zawierający klauzulę arbitrażową stanowi umowę o arbitraż zawartą w formie pisemnej, pod warunkiem, że to powołanie czyni wspomnianą klauzulę częścią tej pierwszej umowy. Nawiązuje on do treści dawnego art. 7 ust. 2 zd. 3 Ustawy Modelowej w wersji z 1985 r.

34. Opcję II de facto przyjął zmieniony **Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL** w wersji z 2010 r.²⁹ Z treści art. 1 ust. 1 Reg. 2010 wynika, że umowa o arbitraż **nie wymaga formy pisemnej**. Taki wniosek nie jest wprowadzie konsekwencją wyraźnego postanowienia Regulaminu, czyli wykładni językowej, ale skutkiem jego wykładni historycznej, a więc porównania z treścią dawnego art. 1 ust. 1 Reg. 1976, który rozpoczynał się od słów: „Jeżeli strony uzgodnią na piśmie [...]”³⁰.

Intencja pominięcia wymogu formy pisemnej wynika też jednoznacznie z protokołów posiedzeń Grupy Roboczej UNCITRAL, która w latach 2006—2010 prowadziła pracę na „modernizację” treści Regulaminu³¹.

Z analizy treści postanowienia art. 1 ust. 1 Reg. 2010 wynika wyraźna **tendencja do rozszerzania dopuszczalnego zakresu zapisu na sąd polubowny**, podjęta wcześniej przez art. 7 ust. 1 Ustawy Modelowej (w pierwotnej wersji z 1985 r.) jedynie na płaszczyźnie przedmiotowej, że rozstrzygnięciu sądu polubownego poddaje się nie tylko spory wynikłe z konkretnej umowy (jak to było w świetle art. 1 ust. 1 Reg. 1976), ale także spory powstałe w określonym stosunku prawnym, umownym czy pozaumownym³².

35. Wskazana wcześniej tendencja jest w pełni zrozumiała, gdyż zmierza do **zwiększenia stabilności wyroku sądu arbitrażowego**, w przypadku którego przekroczenie granic podmiotowych czy przedmiotowych zapisu na sąd polubowny stanowi podstawę uchylenia tego wyro-

²⁹ A. Szumański, w: P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska: *Regulamin arbitrażowy UNCITRAL...*, s. 35, nb. 76.

³⁰ Ibidem, s. 33—34, nb. 70—71.

³¹ Zob. Report of WG II on the work of its 48th session (4—8 February 2008, para 71, UN Doc. A/CN.9/646, w którym przyjęto zmienioną wersję projektu art. 1 ust. 1 Reg. ustaloną w UN Doc. A/CN.9/WGII/WP.147, para 7, zob. też J. Castello: *UNCITRAL Rules*. In: *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*. Ed. F.-B. Weigand. Oxford 2009, s. 14—15 oraz A. Szumański, w: P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska: *Regulamin arbitrażowy UNCITRAL...*, s. 8—19, nb. 6.

³² A. Szumański, w: P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska: *Regulamin arbitrażowy UNCITRAL...*, s. 13—16, nb. 19—25.

ku (art. 1206 § 1 pkt 3 k.p.c., art. 34 ust. 2 pkt a III Ustawy Modelowej) bądź odmowy jego uznania albo stwierdzenia wykonalności (art. 1215 § 2 pkt 3 k.p.c. i art. 36 ust. 2 pkt a III Ustawy Modelowej).

W wymienioną tendencję wpisuje się więc **pominięcie wymogu formy pisemnej** dla zapisu na sąd polubowny, dopuszczone na mocy art. 1 ust. 1 Reg. 2010, a wcześniej w opcji II art. 7 Ustawy Modelowej UNCITRAL (w wersji znowelizowanej w 2006 r.).

36. Z nowszych krajowych regulacji prawa arbitrażowego **prawo francuskie**, a ściślej — przepis art. 1507 kodeksu postępowania cywilnego wprowadzony Dekretem Nr 2011-48 z dnia 13 stycznia 2011 r., stanowi, że umowa o arbitraż (odnoszona wprawdzie tylko do arbitrażu międzynarodowego) nie musi mieć formy pisemnej (art. 1507 — *La convention d'arbitrage n'est soumise a aucune condition de forme*).

37. Nawet w przypadku przyjęcia **Opcji I** Ustawy Modelowej UNCITRAL, a więc istnienia wymogu formy pisemnej umowy o arbitraż (zapisu na sąd polubowny) przepisy art. 7 tej Ustawy w wersji z 2006 r., w przeciwieństwie do wersji z 1985 r., przyjmują **rozszerzającą wykładnię** pojęcia formy pisemnej tejże umowy.

Z art. 7 ust. 3 Ustawy Modelowej wynika wprost, że skuteczny będzie zapis na sąd polubowny dokonany także **w sposób dorozumiany** (*per facta concludentia*), jeżeli jego treść została **utrwalona** w dowolnej formie. Spełnia to w świetle powołanego przepisu wymóg dokonania tego zapisu „na piśmie”. W związku z tym może zostać wykonana dyspozycja art. II ust. 1 Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych.

Warto też zauważyć, że w świetle art. 7 ust. 5 Ustawy Modelowej, **wymiana pism** powoda i pozwanego, jako podstawa ewentualnego przyjęcia istnienia zapisu na sąd polubowny, nie stanowi tylko materii właściwości sądu polubownego (art. 16 ust. 2 zd. 1 Ustawy Modelowej), ale nadto jest **jednym ze sposobów dokonania zapisu** na sąd polubowny na piśmie. Z tego przepisu wynika, że „zapis na sąd polubowny jest na piśmie, jeśli jest zawarty w wymienionych przez strony pozwie oraz odpowiedzi na pozew, gdzie istnienie zapisu na sąd polubowny jest powołane przez jedną ze stron i nie jest zaprzeczone przez drugą”. Można też twierdzić, że w takim przypadku Ustawa Modelowa UNCITRAL dopuszcza konkludentne dokonanie zapisu na sąd polubowny.

8. Konkluzje

38. Przyjęcie koncepcji konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny jest potrzebne, gdyż **gospodarczo uzasadnione**. W przypadku sporów, w których po jednej stronie występują spółki z tej samej grupy spółek, a tylko niektóre z nich dokonały zapisu na sąd polubowny, a także w razie sporu z ciągów umów, gdzie z kolei zapis na sąd polubowny został dokonany nie we wszystkich elementach tego ciągu, istnieje bowiem ryzyko rozpoznania tego samego *de facto* sporu przez dwa różne sądy, tj. powszechny oraz polubowny, a także wydania dwóch wzajemnie sprzecznych z sobą rozstrzygnięć merytorycznych w tej samej kwestii prawnej.

39. Wspomnianej wcześniej koncepcji **nie należy mylić** z konkludentnym dokonaniem samego zapisu na sąd polubowny, które zarówno polska doktryna prawa arbitrażowego, jak i judykatura uznaje powszechnie za niedopuszczalne.

W konkludentnym przystąpieniu do zapisu na sąd polubowny zakłada się natomiast, że mamy do czynienia po pierwsze, z **istnieniem zapisu** na sąd polubowny dokonany na piśmie, między pierwotnymi stronami sporu, który po drugie, jest zapisem **ważnym**. Powstaje jednak **wątpliwość**, czy zapis ten jest **skuteczny** w stosunku do osób przystępujących do niego w sposób dorozumiany, przez określone swe działania lub zaniechania, które pozwalają przyjąć wolę związania tych osób takim zapisem, bądź objęcie treścią tego zapisu innej części stosunku umownego, w odniesieniu do którego toczy się spór.

40. Realizację wskazanej koncepcji **uniemożliwia** w prawie polskim przepis **art. 1162 § 1 k.p.c.**, w świetle którego „zapis na sąd polubowny powinien być dokonany na piśmie”. **Na niepowodzenie** skazane są takie próby interpretacji wspomnianego przepisu bądź wykorzystanie innych znanych kategorii prawnych, które *de lege lata* uzasadniłyby dopuszczalność prawną konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny. Należy tutaj wymienić:

a. **Kwalifikację formy art. 1162 § 1 k.p.c.** jako formy czynności prawnej **dla celów dowodowych** (art. 74 § 1 k.c.), gdyż taka interpretacja nie jest możliwa do przyjęcia ze względu na niekwestionowany w doktrynie autonomiczny charakter prawny zapisu na sąd polubowny, nie wspominając o braku praktycznej możliwości zastosowania tej kwalifikacji wobec treści art. 74 § 3 k.c., który wyklucza stosowanie przepisów o formie *ad probationem* w stosunkach między przedsiębiorcami, a więc

w odniesieniu do osób najczęściej występujących w charakterze stron zapisu na sąd polubowny.

b. Koncepcję **nadużycia prawa podmiotowego** przez stronę niezwiązaną zapisem na sąd polubowny, która podnosi w stosunku do niej zarzut braku właściwości sądu polubownego (art. 1180 § 2 zd. 1 k.p.c.), mimo że w rzeczywistości wykonywała ona lub podejmowała decyzje w sprawie wykonywania umowy, na gruncie której później zawisł spór przed sądem polubownym. Nie jest tu możliwa analogia do doktryny PCV (*piercing the corporate veil*) stosowanej w przypadku grup spółek, opartej na nadużyciu prawa podmiotowego, gdyż o ile sprawca szkody powinien ponosić odpowiedzialność wobec poszkodowanego, o tyle nie można przyjąć obowiązku dokonania zapisu na sąd polubowny przez pozwanego (np. przez spółkę dominującą), który został pozwany do tego sądu, mimo że nie jest stroną zapisu na ten sąd, jakkolwiek faktycznie decydował o wykonywaniu umowy przez swą spółkę zależną, będącą stroną umowy podstawowej oraz związaną zapisem na sąd polubowny. Osobie tej nie można odmówić prawa do rozstrzygnięcia jej sporu przez sąd powszechny w sytuacji, gdy nie zdecyduje się ona na kompromis, a więc na zawarcie *ex post* umowy o arbitraż z powodem.

c. Koncepcję **poddania zapisowi** na sąd polubowny **określonego stosunku prawnego**, bez względu na okoliczności podmiotowe tego zapisu, a ściślej — bez względu na to, kto rzeczywiście dokonał zapisu na sąd polubowny. Koncepcja ta została wyprowadzona przez judykaturę, ale nie ma zastosowania do konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny, gdyż zakresem wspomnianej koncepcji była obejmowana osoba „wstępująca” do wspomnianego zapisu w miejsce innej osoby, która ten zapis rzeczywiście dokonała, np. cesjonariusz „zamiast” cedenta, nabywca udziałów w spółce z o.o. „zamiast” zbywcy, a nie „obok” wspomnianej osoby, tak jak mogłoby to mieć miejsce w przypadku konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny. Podobnie poddanie zapisowi na sąd polubowny danego stosunku prawnego, bez względu na jego stronę podmiotową, jest dopuszczalne, jeżeli wynika to z ustawy lub natury tego stosunku, np. poszukiwania zwrotnego z art. 43 prawa wekslowego, gdzie zapis na sąd polubowny będzie wiązać, oprócz wystawcy weksla, także poręczyciela wekslowego, mimo że ten ostatni nie dokonał zapisu na sąd polubowny,

d. Koncepcję **wymiany pism procesowych**, o której mowa w **art. 1180 § 2 zd. 1 k.p.c.** (art. 16 ust. 2 zd. 1 Ustawy Modelowej UNCITRAL), między powodem a pozwanym, który nie był stroną zapisu na sąd polubowny i nie zgłosił zarzutu braku właściwości tego sądu. Koncepcja ta w prawie polskim w świetle wykładni systemowej nie może być uznana za sposób dokonania zapisu na sąd polubowny, w przeciwień-

stwie do Ustawy Modelowej UNCUTRAL w wersji z 2006 r., gdzie w ramach opcji I art. 7 tej Ustawy, a ściślej — w jej art. 7 ust. 5, wyraźnie przewidziano taką możliwość.

41. Stosowanie wskazanych koncepcji jako podstawy przyjęcia *de lege lata* dopuszczalności konkludentnego zapisu na sąd polubowny — pomijając zgłoszone wcześniej istotne **wątpliwości doktrynalne** — jest obarczone **znacznym ryzykiem prawnym** w postaci uchylecia wyroku sądu polubownego bądź odmowy jego uznania albo stwierdzenia wykonalności na podstawie przepisów art. 1206 § 1 pkt 3 oraz art. 1215 § 3 pkt 3 k.p.c., które określają *expressis verbis* przypadek wydania wyroku przez sąd polubowny dotyczącego sporu nieobjętego tym zapisem albo wykraczającego poza jego zakres. Jest to przypadek, który może mieć miejsce w sporach arbitrażowych, gdy po jednej stronie sporu występują spółki z tej samej grupy spółek, albo gdy mamy do czynienia ze sporem powstałym na gruncie ciągu umów. Nie należy też zapominać o przepisach art. 1206 § 1 pkt 1 i art. 1215 § 2 pkt 1 k.p.c., które powyższe sankcje odnoszą także do przypadku bezskuteczności zapisu na sąd polubowny, a więc też przypadku naruszenia sporządzenia zapisu na sąd polubowny na piśmie, w świetle art. 1162 § 1 k.p.c..

42. Mając na uwadze pożądany gospodarczo charakter koncepcji konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny, należałoby postulować, śladem regulacji z art. 7 Ustawy Modelowej UNCITRAL w wersji z 2006 r., w ramach opcji II, **zrezygnowanie** przez polskiego ustawodawcę z **wymogu dokonywania zapisu na sąd polubowny na piśmie**.

Pozwoli to bez ryzyka prawnego uznać dokonany konkludentnie zapis na sąd polubowny za **skuteczny**, a w świetle przeprowadzonych przez sąd polubowny ustaleń stanu faktycznego za **niewykraczający** — zarówno od strony podmiotowej, jak i przedmiotowej — poza zakres zapisu na sąd polubowny **dokonanego na piśmie** (np. tylko przez jedną spółkę w ramach grupy spółek czy w jednej umowie z ciągu umów).

W przypadku międzynarodowego arbitrażu handlowego protokół rozprawy, a zwłaszcza uzasadnienie wyroku, w którym sąd polubowny stwierdził konkludentne przystąpienie do zapisu na sąd polubowny określonej strony sporu, powinno czynić zadość **wymaganiom art. II ust. 1 Konwencji nowojorskiej** o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych.

43. W razie nieprzyjęcia przez polskiego ustawodawcę opcji II art. 7 Ustawy Modelowej UNCITRAL w wersji z 2006 r. **lepszym rozwiązaniem**

zaniem od obecnego — w świetle prawnej dopuszczalności koncepcji konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny — staje się przyjęcie opcji I wspomnianego artykułu.

Mianowicie, przepisy art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 5 tej Ustawy **nie wykluczają** zawarcia zapisu na sąd polubowny w sposób **dorozumiany**, pod warunkiem, że jego treść zostanie **utrwalona** w dowolnej formie, a więc np. stwierdzenia w wyroku przez sąd polubowny objęcia zakresem zapisu na sąd polubowny stron sporu, których zachowanie w trakcie zawierania i wykonywania umowy, na gruncie której zawisł spór przed sądem polubownym, wskazywało na zamiar bycia związanym wspomnianym zapisem.