

POSTANOWIENIE

Dnia 4 kwietnia 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Beata Janiszewska (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Marcin Krajewski

SSN Joanna Misztal-Konecka

w sprawie z wniosku A. w Szwajcarii

przy uczestnictwie F. sp. z o.o. w Z.

o stwierdzenie wykonalności wydanego w L. wyroku z dnia 21 marca 2016 r.

Stalego Sądu Polubownego przy Federacji Handlu Kakao (FCC - Appeal Award)

nr [...] oraz o uznanie wydanego w L. wyroku z dnia 27 lipca 2015 r. Stalego Sądu

Polubownego przy Federacji Handlu Kakao (FCC - Arbitration Award) w sprawach

połączonych nr [...], [...], [...], [...], [...],

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 4 kwietnia 2019 r.,

skargi kasacyjnej wnioskodawcy

od postanowienia Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 28 października 2016 r., sygn. akt I ACo [...],

1. oddała skargę kasacyjną

**2. zasądza od A. w Szwajcarii na rzecz F. sp. z o.o. w Z.
kwotę 240 (dwieście czterdzieści) złotych tytułem zwrotu kosztów
postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Postanowieniem z 28 października 2016 r. Sąd Apelacyjny w [...] oddalił wniosek A. w Szwajcarii w sprawie z udziałem F. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. o stwierdzenie wykonalności wydanego 21 marca 2016 r. w L. wyroku Stałego Sądu Polubownego przy Federacji Handlu Kakao (FCC - Appeal Award) oraz o uznanie wyroku z 27 lipca 2015 r. wydanego przez Stały Sąd Polubowny przy Federacji Handlu Kakao (FCC - Arbitration Award).

Wnioskodawczyni wskazała, że jako sprzedająca zawarła z uczestniczką pięć umów sprzedaży proszku kakaowego. W każdej z tych umów znajdowało się odesłanie do Warunków Kontraktu FCC, w których zamieszczony był zapis na stały sąd polubowny przy FCC. Postępowania arbitrażowe miały toczyć się w Anglii, według prawa angielskiego i miały być prowadzone w języku angielskim. Warunki Kontraktu FCC zostały inkorporowane do zawartych przez strony umów zgodnie z utrwaloną przez strony praktyką, w ramach której F. składała zamówienie telefonicznie lub elektronicznie, następnie A. przysyłał kontrahentowi potwierdzenie zawartej umowy elektronicznie i równolegle pocztą, a F. przystępował do jej wykonania.

Zdaniem wnioskodawczyni, skoro wszystkie umowy zostały zawarte drogą elektroniczną, to spełnione zostało wymaganie zawarcia zapisu na sąd polubowny w umowie pisemnej, wynikające z art. II Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzonej w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r. (Dz.U. z 1962 r. Nr 9, poz. 41 - dalej: Konwencji nowojorskiej lub Konwencji). Natomiast dołączone do wniosku wydruki korespondencji elektronicznej stron czynią zadość wymaganiu dołączenia do wniosku oryginału lub należyście uwierzytelnionego odpisu umowy.

Z kolei uczestniczka kwestionowała, by doszło do ważnego sporządzenia zapisu na sąd polubowny. W jej ocenie Warunki Kontraktu FCC nie zostały inkorporowane do poszczególnych umów zawartych przez strony, a jeżeli nawet doszło do takiej inkorporacji, to nie dotyczyła ona zawartej w nich klauzuli

arbitrażowej. Konwencja nowojorska nie dopuszcza zapisu przez odesłanie, a jednocześnie nie zostały spełnione przesłanki zawarcia zapisu przez odesłanie ustanowione w prawie polskim. Odesłanie do Warunków Kontraktu FCC zawarte było tylko w dokumentach pochodzących od A. i brak było wzmianki, że zawierają one klauzulę arbitrażową, a nie można domniemywać zgody kontrahenta (uczestniczki) na poddanie sporów sądowi polubownemu. Ponadto wzorzec umowny powinien zostać dołączony do kontraktu, tymczasem dokumenty pochodzące od A. nie udostępniały go uczestniczce, a jedynie wskazywały na możliwość zapoznania się z nimi w internecie, na zasadach odpłatności. Nie została zachowana forma pisemna umowy, wymagana postanowieniami Konwencji nowojorskiej oraz przepisami prawa polskiego. Niezależnie od powyższych argumentów, uczestniczka powołała się na naruszenie zasady porządku publicznego.

Sąd Apelacyjny ustalił, że strony pozostawały w stosunkach handlowych, w ramach których F. nabywała od A. proszek kakaowy. W okresie od 10 października 2012 r. do 26 kwietnia 2013 r. zawartych zostało 5 umów. F. telefonicznie lub elektronicznie składała zamówienie na określoną ilość kakao w danej cenie. Następnie A. przesyłała potwierdzenie zawartej umowy drogą elektroniczną oraz równoległe pocztową, a F. przystępowała do wykonania umowy. W „Potwierdzeniu kontraktu” określone były m.in. dane sprzedawanego produktu, jego ilość, cena i warunki dostawy, natomiast pod tymi danymi zamieszczona była adnotacja o treści: „Wszelkie terminy i warunki KONTRAKTU FCC NA PALETYZOWANE PRODUKTY KAKAOWE WYWOŁYWANE PRZEZ KUPUJĄCEGO (CP2) będące w mocy w dniu zawarcia kontraktu uważa się za włączone do i stanowiące część tego kontraktu. Powyższe terminy i warunki można znaleźć na stronie internetowej FCC www.cocoafederation.com, kierując się ścieżką (...).” W związku z zawieranymi umowami dochodziło także niekiedy do wymiany między pracownikami obu spółek, którzy zajmowali się kontaktami handlowymi, korespondencji mailowej dotyczącej dokonywanych zamówień.

W dniu 27 lipca 2015 r. Stały Sąd Polubowny (Trybunał Arbitrażowy) przy Federacji Handlu Kakao (FCC) w L. wydał wyrok w połączonych pięciu sprawach z powództwa A. przeciwko F. sp. z o.o. zasądzający od pozwanej należność

w kwocie ponad 750 000 euro, powiększoną o odsetki, koszty magazynowania oraz koszty postępowania. Wskutek odwołania F. od tego wyroku Trybunał Odwoławczy wyrokiem z 21 marca 2016 r. skorygował wyrok Trybunału Arbitrażowego, m.in. pomniejszając zasądzoną należność główną do kwoty ok. 710 000 euro. Pozwana w toku obu postępowań kwestionowała poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego.

Opierając się na tych ustaleniach, Sąd Apelacyjny stwierdził, że w sprawie zastosowanie znajdowała Konwencja nowojorska, która w art. II stawia wymaganie poddania sporu arbitrażowi w „umowie pisemnej”. Natomiast art. IV tej Konwencji jako konieczne do uzyskania uznania lub wykonalności orzeczenia arbitrażowego wskazuje przedłożenie przez stronę pisemnej umowy obejmującej zapis na sąd polubowny. Jest to wymaganie formalne wniosku, jeśli jednak strona twierdzi, że przedłożone przez nią dokumenty stanowią taką pisemną umowę, to nie znajduje zastosowania art. 130 k.p.c., lecz konieczna jest merytoryczna ocena twierdzeń strony, czy wymagania wynikające z art. II zostały spełnione.

Sąd Apelacyjny skonstatował, że w rozumieniu art. II ust. 2 Konwencji nowojorskiej „umowa pisemna” oznacza zarówno klauzulę arbitrażową zamieszczoną w kontrakcie, jak i kompromis – zarówno podpisane przez strony, jak i zawarte w wymianie listów lub telegramów. W związku z rozwojem środków porozumiewania się na odległość należy uznać, że wymaganie to spełnia także korespondencja przesyłana elektronicznie. Strony dysponują swobodą wyboru formy umowy poddającej spór arbitrażowi, lecz wybór ten ogranicza się tylko do takich środków, które powodują utrwalenie złożonych przez nie oświadczeń i możliwość ich odtworzenia w formie pisemnej. Celem wymagania „umowy pisemnej” jest bowiem utrwalenie oświadczeń stron w sposób pewny, nawet jeżeli oświadczenia te, z uwagi na użyte środki techniczne, nie są opatrzone własnoręcznymi podpisami stron. Wykluczone jest zatem uznanie, że wymaganiu pisemności czyni zadość złożenie oświadczeń w formie ustnej (np. telefonicznie) lub *per facta concludentia* (np. przez przystąpienie do wykonania umowy). W innym razie wymaganie „umowy pisemnej” zostałoby pozbawione jakiegokolwiek znaczenia.

Jak zauważył Sąd Apelacyjny, w Konwencji nowojorskiej odrzucona została możliwość zawierania umów arbitrażowych przez zamieszczenie zapisu w pismach potwierdzających zawarcie kontraktu w innej formie, a w szczególności potwierdzenia pochodzącego od jednej strony i niezakwestionowanego przez drugą z nich. Jeśli natomiast do zawarcia umowy arbitrażowej miałyby dojść przez wymianę dokumentów, to musiałyby one sobie odpowiadać albo jeden powinien odnosić się do drugiego. Skoro zawarcie umowy następuje przez złożenie zgodnych oświadczeń woli stron, to wymaganie zachowania określonej formy jest spełnione tylko w razie złożenia obu oświadczeń woli w tej samej formie. Przyjęty przez strony sposób zawierania umów nie realizował przesłanek określonych w art. II. ust. 2 Konwencji nowojorskiej.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, w okolicznościach sprawy nie doszło także do dokonania zapisu na sąd polubowny w sposób unormowany w art. 1162 k.p.c. Zgodnie z art. 1162 § 1 k.p.c., zapis na sąd polubowny powinien być sporządzony na piśmie, a stosownie do art. 1162 § 2 k.p.c. wymaganie dotyczące formy zapisu na sąd polubowny jest spełnione także wtedy, gdy zapis zamieszczony został w wymienionych między stronami pismach lub oświadczeniach złożonych za pomocą środków porozumiewania się na odległość, które pozwalają utrwalić ich treść. Powołanie się w umowie na dokument zawierający postanowienie o poddaniu sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spełnia wymagania dotyczące formy zapisu na sąd polubowny, jeżeli umowa ta jest sporządzona na piśmie, a to powołanie się jest tego rodzaju, że czyni zapis częścią składową umowy. Rozwiązanie unormowane w prawie polskim różni się od opisanego wyżej modelu przyjętego w Konwencji nowojorskiej możliwością dokonania zapisu na sąd polubowny przez odesłanie do innego dokumentu zawierającego taki zapis (art. 1162 § 2 zd. 2 k.p.c.). Skoro jednak umowa odsyłająca nie została zawarta z zachowaniem formy pisemnej, to należy uznać, że przesłanki stosowania tego przepisu nie zostały spełnione.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, wykładnia postanowień i przepisów o poddaniu rozstrzygnięcia sporu sądowi polubownemu musi być bardzo ostrożna, aby nie doprowadzić do naruszenia przysługującego podmiotom konstytucyjnego prawa do sądu (art. 45 Konstytucji RP) oraz prawa do rzetelnego procesu

sądowego (art. 6 EKPCz). Sankcją niezachowania przewidzianej prawem formy zapisu na sąd polubowny jest nieważność zapisu, a na gruncie Konwencji nowojorskiej - co najmniej bezskuteczność umowy poddającej spór arbitrażowi, skoro do uzyskania uznania lub stwierdzenia wykonalności konieczne jest przedłożenie wraz z żądaniem oryginału lub należyście uwierzytelnionego odpisu umowy, o której mowa w art. II Konwencji. Ponieważ wymaganie to ma charakter merytoryczny, nieprzedłożenie ww. dokumentów uzasadnia oddalenie wniosku. Wobec tego stanowiska bezprzedmiotowe stawało się, jak zauważył Sąd Apelacyjny, dokonanie oceny, czy uczestniczka zaaprobowała umowę o arbitraż w sposób dorozumiany, a także ocena zarzutów merytorycznych. Z powyższych przyczyn Sąd Apelacyjny w [...] oddalił wniosek i orzekł o kosztach postępowania.

Skargę kasacyjną od tego orzeczenia wniosła wnioskodawczyni, podnosząc zarzuty naruszenia prawa materialnego w postaci art. II ust. 1 i 2 w zw. z art. IV ust. 1b oraz art. III Konwencji nowojorskiej przez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że złożenie oświadczenia którejkolwiek ze stron w formie ustnej lub w sposób dorozumiany nie spełnia wymagań „umowy pisemnej” w rozumieniu art. II ust. 2 tej Konwencji, a określenie „wymiana listów lub telegramów” (art. II ust. 2 Konwencji nowojorskiej) oznacza, że dokumenty te powinny sobie odpowiadać albo jeden powinien odnosić się do drugiego, wobec czego wymaganie to nie jest spełnione, „jeżeli do wymiany korespondencji doszło przed przesłaniem przez jedną ze stron potwierdzenia umowy”. Zdaniem skarżącej, przejawem naruszenia art. IV ust. 1b Konwencji nowojorskiej było także uznanie przez Sąd Apelacyjny, że nieprzedłożenie w formie „umowy pisemnej” umowy odsyłającej do zapisu na sąd polubowny zawartego w innym dokumencie powoduje sankcję bezskuteczności tego zapisu.

W ramach zarzutów naruszenia przepisów prawa procesowego w skardze kasacyjnej podniesiono, po pierwsze, uchybienie art. 1162 § 2 zd. 2 w zw. z art. 1162 § 1 i § 2 zd. 1 k.p.c. przez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że przewidziana w tym przepisie forma „na piśmie” dla umowy odsyłającej do dokumentu, w którym znajduje się zapis na sąd polubowny, nie jest spełniona, gdy przedsiębiorca zgodnie z ustaloną praktyką przesyła kontrahentowi

potwierdzenie zawarcia umowy, a kontrahent nie sprzeciwia się temu i umowę wykonuje. Treścią drugiego zarzutu związanego z przepisami postępowania było naruszenie art. 316 § 1 k.p.c., art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 361 k.p.c. i art. 13 § 2 k.p.c. przez pominięcie oceny złożonego przez wnioskodawczynię dokumentu, z którego wynikało, że F. miała wiedzę o treści warunków ogólnych, gdyż zawierała z innym dostawcą produktów kakaowych umowy na tych samych warunkach ogólnych, na których zawarte były umowy ze skarżącą.

W związku z powyższymi zarzutami skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego postanowienia i jego zmianę przez uwzględnienie wniosku, a ewentualnie o uchylenie tego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w [...].

Uczestniczka wniosła o oddalenie skargi kasacyjnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna jest niezasadna.

Istota niniejszego sporu sprowadzała się do rozstrzygnięcia, czy w związku z zawarciem przez uczestników niniejszego postępowania umów sprzedaży proszku kakaowego doszło także do zawarcia przez wnioskodawczynię i uczestniczkę „umowy pisemnej” w rozumieniu art. II ust. 2 Konwencji nowojorskiej lub do poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego w wyniku zapisu na sąd polubowny sporządzonego stosownie do art. 1161 w zw. z art. 1162 k.p.c. Sąd Apelacyjny na oba te pytania odpowiedział przecząco i to stanowisko, wsparte pogłębioną argumentacją, należy zaaprobować jako trafne oraz nienaruszające powoływanych w skardze kasacyjnej przepisów prawa.

W sprawie ustalono, że umowy sprzedaży były zawierane po złożeniu zamówienia drogą telefoniczną lub elektroniczną. Następnie sprzedający przysyłał kupującemu mailowo potwierdzenie zawartej umowy oraz drogą pocztową „Kontrakt sprzedaży”, po czym przystępował do wykonania umowy. W potwierdzeniu zawarte było odesłanie do „Warunków Kontraktu” dostępnych odpłatnie pod podanym w potwierdzeniu linkiem do strony internetowej. W tych z kolei „Warunkach (...)”, stanowiących ogólne warunki umowy, zawarte było postanowienie o rozpoznawaniu sporów, które powstaną na tle umowy, przez sąd arbitrażowy - Stały Sąd Polubowny przy Federacji Handlu Kakao. Przedmiotem

sporu pozostawało natomiast, czy wymaganie zawarcia „umowy pisemnej” lub zapisu na sąd polubowny zostaje spełnione, jeśli strona prześle swemu kontrahentowi potwierdzenie zawartej umowy, a kontrahent nie zakwestionuje treści tego potwierdzenia i przystąpi do wykonania wiążącego strony zobowiązania.

W ocenie Sądu Najwyższego w opisaney sytuacji wymagania wynikające z art. II ust. 2 Konwencji nowojorskiej oraz z art. 1161 w zw. z art. 1162 § 1 k.p.c. nie zostały spełnione. Co dotyczy postanowień Konwencji, pojęcie „umowy pisemnej”, którą strony zobowiązują się poddać spór arbitrażowi, zostało wyjaśnione jako oznaczające zarówno klauzulę arbitrażową zamieszczoną w kontrakcie (czyli odnoszącą się do sporów, które mogą powstać w przyszłości), jak i kompromis, czyli umowę o poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego zawartą już po powstaniu tego sporu. W obu tych przypadkach „umowy pisemne” mogą być zarówno „podpisane przez strony, jak i zawarte w wymianie listów lub telegramów”. W okolicznościach sprawy w rachubę wchodziło jedynie rozważenie przypadku wskazanego jako drugi, w którym wymaganie pisemności nie jest wiązane ze złożeniem przez obie strony podpisów pod umową, lecz z wymianą dokumentów zawierających oświadczenia o poddaniu sporu pod rozpoznanie sądu polubownego.

Trafnie Sąd Apelacyjny zauważył, że rozwój środków komunikowania się na odległość skłania do zaakceptowania stanowiska, iż zamysł art. II ust. 2 zd. 2 Konwencji nowojorskiej zostaje zrealizowany także w razie złożenia oświadczeń woli za pomocą nowych metod technicznych, w tym w drodze wymiany listów elektronicznych czy faksów. W każdym z tych przypadków konieczne jest jednak spełnienie dwu wymagań. Po pierwsze, skoro mowa o umowie, niezbędne jest niewątpliwe wyrażenie przez każdą ze stron woli poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądowi polubownemu, równoznaczne z akceptacją wyłączenia sprawy spod kompetencji sądu państwowego. Po drugie, nie jest wystarczająca obustronna akceptacja idei poddania sporu arbitrażowi, lecz konieczne jest złożenie oświadczeń woli w sposób czyniący zadość wymaganiom pisemności w rozumieniu przyjętym w wykładni art. II ust. 2 zd. 2 Konwencji nowojorskiej.

Spełnienia tych wymagań nie można zasadnie wiązać z ustnym lub dorozumianym uzgodnieniem przez strony poddania sprawy pod rozstrzygnięcie

sądowi polubownemu, ponieważ złożone w ten sposób oświadczenia nie wypełniają kryterium zachowania formy pisemnej. Taka sama musi być ocena sytuacji, w której jedna strona przesyła drogą mailową lub pocztową potwierdzenie zawarcia umowy zawierające odesłanie do ogólnych warunków umów obejmujących m.in. postanowienie o poddaniu sprawy arbitrażowi, a druga strona przystępuje do wykonania umowy. Nawet gdyby z takiego zachowania kontrahenta, stanowiącego wyraz aprobaty umowy głównej, wywodzona była także wola akceptacji postanowienia o arbitrażu, to trzeba zauważyć, że woli tej nie wyrażono w przewidzianej prawem formie pisemnej.

Do zawarcia „umowy pisemnej” w rozumieniu art. II Konwencji konieczne byłoby w opisanym przypadku złożenie ponadto drugiego oświadczenia, którego treść wyrażałaby wolę kontrahenta godzącego się na rozpoznanie sprawy przez sąd polubowny. Dopiero wówczas można byłoby twierdzić, że doszło do „wymiany listów lub telegramów” (także faksów, maili itp.) w ujęciu art. II ust. 2 zd. 2 Konwencji, rozumianych jako odnoszące się do siebie lub odpowiadające sobie dokumenty zawierające zgodne oświadczenia woli stron o poddaniu sporu arbitrażowi. Kryterium tego nie realizuje samo prowadzenie przez strony korespondencji dotyczącej kwestii związanych z umową, jeśli z ich treści nie wynika, by miała miejsce „wymiana” w rozumieniu art. II ust. 2 zd. 2 Konwencji, a zatem „wymiana” oświadczeń dotyczących ustanowienia kompetencji sądu polubownego. Trafnie Sąd Apelacyjny ocenił, że takiego charakteru nie można w niniejszej sprawie przypisać treści korespondencji mailowej stron związanej z zawieraniem umów sprzedaży proszku kakaowego

Wyrażone w skardze kasacyjnej oczekiwanie dalszej liberalizacji wykładni art. II ust. 2 Konwencji oznaczałoby w istocie pozbawienie znaczenia wymagania pisemności umowy, w której strony zobowiązują się poddać spór arbitrażowi. Zniweczyłoby tym samym doniosłe funkcje związane z zastrzeżeniem formy szczególnej, aktualne także w przypadku pisemności umowy wywodzonej z „wymiany listów lub telegramów”. Mowa przede wszystkim o funkcji ostrzegawczej, polegającej na skłonieniu zainteresowanych do rozważenia decyzji o poddaniu sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownemu, oraz informacyjnej, dokumentacyjnej i dowodowej pozwalającej na uzyskanie pewnych informacji

o fakcie zawarcia umowy o arbitraż oraz o treści tej umowy. Możliwość zapoznania się z oświadczeniami złożonymi w formie pisemnej jest szczególnie istotna z tej przyczyny, że zawarcie „umowy pisemnej” lub sporządzenie zapisu na sąd polubowny pozostaje zawsze przedmiotem oceny sądu polubownego lub powszechnego, rozstrzygającego o swojej kompetencji lub braku kompetencji do rozpoznania sprawy.

Dysponowanie oświadczeniami złożonymi na piśmie, nawet w rozumieniu bardziej liberalnym niż wynikające z przepisów prawa materialnego (art. 78 k.c.), zmniejsza ryzyko błędnej oceny, czy oświadczenia te stanowią wyraz woli stron zawarcia umowy o arbitraż, a także pozwala na określenie przedmiotu sporu lub stosunku prawnego, z którego spór wyniknął lub może wyniknąć. Funkcji tych nie realizowałoby natomiast formułowane w skardze kasacyjnej rozumienie pojęcia „umowa pisemna” w sposób stawiający wymaganie formy tylko w odniesieniu do jednego oświadczenia woli, z jednoczesnym poprzestaniem na złożeniu drugiego z nich ustnie lub wywodzeniu jego złożenia *per facta concludentia* z zachowania strony. Przesłanie przez kontrahenta „listu lub telegramu”, czyli dokumentu nawet nieopatrzonego podpisem, samo w sobie nie spełnia wymagania formy pisemnej w rozumieniu art. II. ust. 2 zd. 2 Konwencji nowojorskiej. Dla stwierdzenia, że doszło do zawarcia „umowy pisemnej”, takie przesłanie „listu lub telegramu” może mieć znaczenie dopiero wówczas, gdy współtworzy „wymianę”, tzn. gdy towarzyszy korelatywnemu przekazaniu pisma lub oświadczenia pochodzącemu od kontrahenta, a oba te „listy lub telegramy” odnoszą się do siebie lub odpowiadają sobie, wyrażając zgodną wolę poddania sporu pod arbitraż.

Słusznie Sąd Apelacyjny wskazał, że nie doszło także do spełnienia przesłanek dokonania zapisu na sąd polubowny przez odesłanie, na podstawie art. 1162 § 2 zd. 2 k.p.c. w zw. z art. VII ust. 1 Konwencji nowojorskiej. Artykuł 1162 § 2 zd. 2 k.p.c. stanowi o spełnieniu wymagań formy zapisu na sąd polubowny w razie powołania się w umowie na dokument zawierający postanowienie o poddaniu sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, jeżeli umowa ta jest sporządzona na piśmie, a to powołanie się jest tego rodzaju, że czyni zapis częścią składową umowy. Ten sposób zadośćuczynienia wymaganiu formy zapisu na sąd polubowny

jest przejawem złagodzenia i uelastycznienia wymagań stawianych w art. 1162 § 1 k.p.c. Skuteczne powołanie się na podstawy stosowania art. 1162 § 2 zd. 2 k.p.c. jest jednak możliwe wyłącznie w razie zawarcia na piśmie umowy, na tle której może dojść do sporu, tzw. umowy głównej, np. umowy sprzedaży czy dostawy.

Stanowiska dotyczące rozumienia wymagania pisemności umowy głównej nie są jednolite. Generalnie wskazuje się, że sporządzenie tej umowy „na piśmie” należy rozumieć w taki sam sposób, jak sporządzenie na piśmie zapisu na sąd polubowny. Rozbieżność wynika jednak z określenia, czy mowa wyłącznie o formie zapisu unormowanej w art. 1162 § 1 k.p.c., a związanej z koniecznością złożenia własnoręcznych podpisów (art. 78 § 1 k.c.) lub równoważnego tej formie złożenia oświadczeń w postaci elektronicznej opatrzonych bezpiecznym podpisem elektronicznym (art. 78 § 2 k.c.), czy też zbieżność formy umowy głównej zawieranej „na piśmie” z formą zapisu na sąd polubowny powinna odnosić się także do przejawów zadośćuczynienia tej formie przewidzianych w art. 1162 § 2 zd. 1 k.p.c. W drugim wariancie tak zwana klauzula arbitrażowa przez odesłanie byłaby możliwa również w razie wymiany pism nieopatrzonych własnoręcznym podpisem lub oświadczeń składanych w innej postaci, jeśli środek komunikowania się na odległość pozwala utrwalić treść oświadczenia, np. w wiadomości elektronicznej (mailowej).

Nawet jednak w razie zaaprobowania drugiego z wymienionych, czyli liberalnego rozumienia sporządzenia umowy głównej „na piśmie”, trzeba byłoby uznać, że zawierane przez strony umowy sprzedaży nie czyniły zadość takiemu wymaganiu formy. Aktualne pozostają tu wcześniejsze rozważania, w świetle których samo przystąpienie do wykonania umowy po otrzymaniu od kontrahenta potwierdzenia jej zawarcia nie czyni zadość wymaganiu pisemności, także związanemu z wymianą pism lub oświadczeń. Wbrew stanowisku skarżącej, do skutecznego powołania się na istnienie klauzuli arbitrażowej nie jest wystarczające wskazanie, że kontrahent nie kwestionuje zawarcia umowy głównej (np. sprzedaży), w której ma być zamieszczone odesłanie do zawartego w innym dokumencie zapisu na sąd polubowny. Zagadnienie istnienia zapisu zawsze bowiem wymaga odrębnej oceny i rozstrzygnięcia o ważności lub skuteczności klauzuli arbitrażowej. W okolicznościach sporu podstawy rozpoznania sprawy przez

sąd polubowny były od początku kwestionowane przez uczestniczkę. Nie może więc zostać podzielone stanowisko wnioskodawczyni, że, wobec niewątpliwego zawarcia umowy głównej, nastąpiła również akceptacja klauzuli arbitrażowej, a skarżąca była zwolniona z przedkładania „umowy pisemnej” lub jej należycie uwierzytelnionego odpisu (art. IV ust. 1 pkt b Konwencji nowojorskiej).

Kompetencja sądu polubownego do rozpoznania sprawy wynika z woli stron. Wola ta powinna być (w kategoriach prawnych, czyli przypisywalności oświadczenia) niewątpliwa, zwłaszcza że skutki poddania sporu arbitrażowi wpływają na możliwość korzystania z konstytucyjnie gwarantowanego i chronionego prawa do sądu (art. 45 Konstytucji RP). Z tej perspektywy należy dokonywać oceny podstaw zastosowania odnośnych postanowień Konwencji nowojorskiej oraz przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, mając na uwadze, że widoczne w tym obszarze tendencje liberalizujące dotyczą wyłącznie formy umowy o arbitraż. Natomiast kwestią pierwotną i względem tej formy podstawową pozostaje ustalenie, czy obie strony wyraziły wolę rozpoznania sporu przez sąd polubowny. W niniejszej sprawie już niespełnienie wymagania pisemności formy w każdym ze znaczeń przyjętych w wykładni art. II ust. 2 Konwencji nowojorskiej oraz art. 1162 k.p.c. uzasadniało oddalenie wniosku, a w konsekwencji czyniło zbytecznym dla rozstrzygnięcia sporu szersze roztrząsanie zagadnienia, czy miało miejsce złożenie przez uczestniczkę oświadczenia woli, którego forma byłaby poddawana ocenie prawnej.

W świetle powyższych wywodów skarga kasacyjna podlegała oddaleniu na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c., ze stosownym do tego rozstrzygnięcia orzeczeniem o kosztach postępowania (art. 98 k.p.c.).

Z uwagi na powyższe Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji postanowienia.