

Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego

TOM 1



Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego • Katowice 2007

**Problemy
Prawa
Prywatnego
Międzynarodowego**

Tom 1



NR 2469

Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego

Tom 1

pod redakcją
Maksymiliańska Pazdana

Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego



Katowice 2007

Redaktor serii: Prawo

Arkadiusz Nowak

Recenzenci

Maksymilian Pazdan

Wojciech Popiołek

Maciej Szpunar

Komitety Redakcyjny

Jan Ciszewski

Andrzej Mączyński

Paul Meijknecht

Cezary Mik

Tomasz Pajor

Maksymilian Pazdan (przewodniczący)

Jerzy Poczobut

Wojciech Popiołek

Jerzy Rajski

Maciej Szpunar (sekretarz)

Andrzej Szumański

Andrzej Tynel

Adres Redakcji

„Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”

Wydział Prawa i Administracji

Uniwersytet Śląski

40-007 Katowice, ul. Bankowa 11b

tel. (0 32) 3591959

e-mail: mszpunar@us.edu.pl

BG N 286/2469



BG 359578

Spis treści

Słowo wstępne	9
-------------------------	---

Studia

Maksymilian Pazdan: O projekcie nowej ustawy o prawie prywatnym między- narodowym	11
Jerzy Poczubut: Ewolucja pojęcia międzynarodowego prawa handlowego . . .	21
Marcin Kropka: Pojęcie umowy ubezpieczenia w świetle przepisów wspólnoto- wych dyrektyw ubezpieczeniowych	55
Maciej Zachariasiewicz: Autonomiczny charakter klauzuli arbitrażowej w mię- dzynarodowym arbitrażu handlowym	85

Materialy

Projekt ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym	115
---	-----

Glosy

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2003 r., III CK 80/02	133
Witold Kurowski: Prawo właściwe dla przelewu wierzytelności. Glosa do wy- roku Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2003 r. (III CK 80/02)	145
Maciej Zachariasiewicz, Łukasz Żarnowiec: Dorozumiany wybór prawa. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2003 r., II CKN 1077/00, niepubl.	151

Contents

Introduction	9
------------------------	---

Studies

Maksymilian Pazdan: Remarks on the Draft of the Law on Private International Law	11
Jerzy Poczubut: The Evolution of the Notion of International Trade Law	21
Marcin Kropka: The Notion of a Contract of Insurance in the Lights Community Insurance Directives	55
Maciej Zachariasiewicz: The Principle of Autonomy of an Arbitration Clause in International Commercial Arbitration	85

Materials

Draft of the Law on Private International Law	115
---	-----

Glosses

Judgment of the Supreme Court of 19 December 2003, III CK 80/02	133
Witold Kurowski: The law applicable to the voluntary assignment. Gloss to the Judgment of the Supreme Court of 19 December 2003, III CK 80/02	145
Maciej Zachariasiewicz, Łukasz Żarnowiec: Tacit choice of law. Gloss to the Judgment of the Supreme Court of 8 January 2003, II CKN 1077/00	151

Table des matières

L'introduction	9
--------------------------	---

Etudes

Maksymilian Pazdan: Remarques sur le projet de la loi sur le droit international privé	11
Jerzy Poczubut: L'évolution de la notion de droit international de commerce	21
Marcin Kropka: La notion de contrat d'assurance à la lumière des directives communautaires d'assurance	55
Maciej Zachariasiewicz: Le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage dans l'arbitrage international commercial	85

Matériaux

Le projet de la loi sur le droit international privé	115
--	-----

Gloses

Jugement de la Cour Suprême du 19 décembre 2003, III CK 80/02	133
Witold Kurowski: La loi applicable à la cession de créance. Glose au jugement de la Cour Suprême du 19 décembre 2003, III CK 80/02	145
Maciej Zachariasiewicz, Łukasz Żarnowiec: Le choix tacite de la loi. Glose au jugement de la Cour Suprême du 8 décembre 2003, II CKN 1077/00	151

Содержание

Вступление	9
----------------------	---

Исследования

Максимилиан Паздан: О проекте нового закона о международном частном праве	11
Ежи Почобут: Эволюция понятия международного торгового права	21
Марчин Кропка: Понятие договора страхования с точки зрения положений страховых директив Сообщества	55
Мачей Захарясевиц: Принцип автономии арбитражного соглашения в международном коммерческом арбитраже	85

Материалы

Проект закона о международном частном праве	115
---	-----

Глоссы

Решение Верховного Суда от 19 декабря 2003 г., III СК 80/02	133
Витольд Куровски: Право применимое к уступке требования. Глосса к решению Верховного Суда от 19 декабря 2003 г., III СК 80/02	145
Мачей Захарясевиц, Лукаш Жарновец: Подразумеваемый выбор права. Глосса к решению Верховного Суда от 8 января 2003 г., II SKN 1077/00	151

Słowo wstępne

W latach 1977–2000 nakładem Uniwersytetu Śląskiego ukazywały się „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”. Do 1990 r. przedsięwzięcie to wspierała Polska Izba Handlu Zagranicznego. W sumie opublikowano 20 tomów tej serii.

„Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”, których tom pierwszy oddajemy do rąk Czytelników, stanowią kontynuację dawnych „Problemów Prawnych Handlu Zagranicznego”. Zmienia się jednak zakres tematyczny naszej serii. Przede wszystkim ulega znacznemu rozszerzeniu. Poza problematyką kolizyjnoprawną prawa prywatnego międzynarodowego, będziemy zajmować się międzynarodowym prawem handlowym (w tym aktami prawa jednolitego), prawem prywatnym porównawczym, międzynarodowym arbitrażem handlowym, europejskim prawem gospodarczym oraz międzynarodowym prawem postępowania cywilnego.

W kolejnych tomach znajdą się nie tylko studia i artykuły z wymienionych dziedzin, lecz również trudno dostępne materiały informacyjne i dokumentacyjne (między innymi teksty aktów legislacji międzynarodowej, ujednoliconych zwyczajów lub zasad prawa). Szczególną uwagę zamierzamy poświęcić judykaturze sądów polskich i obcych oraz orzecznictwu arbitrażowemu. Zamieszczać będziemy także recenzje.

Wszystkich zainteresowanych zapraszamy do współpracy z Komitetem Redakcyjnym naszej serii.

Komitet Redakcyjny

Maksymilian Pazdan

O projekcie nowej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym*

Dlaczego reforma jest konieczna?

Głównym źródłem prawa prywatnego międzynarodowego jest obecnie ustawa z 12 listopada 1965 r.¹, obowiązująca od 1 lipca 1966 r.², słusznie uważana za osiągnięcie legislacyjne³. Odpowiadała bez wątpienia przyjmowanym w czasie jej uchwalenia standardom na świecie. Nawiązywała w szerokim zakresie do ustawy z 2 sierpnia 1926 r.⁴, cieszącej się również dużym uznaniem⁵. Czy zatem tak pozytywnie ocenianą ustawę z 1965 r. należy zmieniać?

Jestem zwolennikiem twierdzącej odpowiedzi na to pytanie⁶. W piśmiennictwie wyrażono jednak również opinię odmienną, dostrze-

* Tekst projektu został zamieszczony na s. 115.

¹ Dz.U. nr 46, poz. 290 ze zm.

² Przebieg prac nad ustawą przedstawił K. Przybyłowski: *Kodyfikacyjne zagadnienia polskiego prawa międzynarodowego prywatnego*. „Studia Cywilistyczne” [dalej: St.Cyw.] 1964, T. 5, s. 3–66; I d e m: *Nowe polskie unormowanie problematyki kolizyjnej prawa prywatnego międzynarodowego*. St.Cyw. 1966, T. 8, s. 3 i nast.

³ Por. A. Mączyński: *O potrzebie, zakresie i sposobie reformowania polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sottysińskiemu*. Red. A. Nowicka. Poznań 2005, s. 851 i nast. oraz przytoczone tam opinie innych autorów.

⁴ Dz.U. nr 101, poz. 581 ze zm.

⁵ Por. A. Mączyński: *O potrzebie...*, s. 851 i nast.

⁶ Por. M. Pazdan: *Założenia i główne kierunki reformy prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce*. „Państwo i Prawo” [dalej: PiP] 1999, z. 3, s. 20 i nast.; I d e m:

gając możliwość modernizacji ustawy obowiązującej przez jej nowelizację⁷. W moim przekonaniu, wobec rozmiarów koniecznych zmian w unormowaniach kolizyjnoprawnych w naszym państwie postulat ten byłoby niezwykle trudno zrealizować. Potwierdza to zresztą projekt nowej ustawy przedstawiony w dalszych rozważaniach.

W czasie blisko czterdziestoletniego obowiązywania ustawy z 1965 r. jej walory i niedostatki były wielokrotnie omawiane w naszym piśmiennictwie. Pod adresem ustawy zgłoszono wiele uwag krytycznych. Wysunięto też liczne propozycje *de lege ferenda*⁸. Decyzja

O potrzebie reformy polskiego prawa prywatnego międzynarodowego i niektórych proponowanych rozwiązaniach. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” [dalej: KPP] 2000, z. 3, s. 501 i nast. oraz literatura tam powołana.

⁷ Tak A. Mączyński: *O potrzebie...*, s. 850 i nast. Swe rozważania kończy on następującą konkluzją: „[...] regulacje przewidziane w przepisach ustawy z 1965 r., poza zakresem prawa zobowiązaniowego, wytrzymały próbę czasu. Dostosowanie ich treści do nowych potrzeb może nastąpić przez nowelizację, i to polegającą raczej na uzupełnieniu dotychczasowych przepisów niż na całkowitej zmianie. [...] Natomiast dążenie do wydania całkowicie nowej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym nie ma moim zdaniem dostatecznego uzasadnienia”.

⁸ Por. J. Skąpski: *Umowa licencyjna w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*. W: „Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej”. Z. 1. Kraków 1974, s. 370; M. Pazdan: *Dziedziczenie ustawowe w prawie prywatnym międzynarodowym. Metody regulacji właściwości prawa*. Katowice 1973, s. 162–166; M. Tomaszewski: *Zakres swobody stron w wyborze prawa właściwego dla zobowiązań umownych*. „Studia Iuridica” 1977, T. 6, s. 72; W. Popiołek: *Umowa wydawnicza w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 1982, s. 90 i nast.; Idem: *Wykonanie zobowiązania umownego a prawo miejsca wykonania. Zagadnienia kolizyjnoprawne*. Katowice 1989, s. 49 i 50; Idem: *Zobowiązania umowne w prawie prywatnym międzynarodowym. Uwagi „de lege ferenda”*. KPP 2000, z. 3, s. 623 i nast.; M.A. Zachariasiewicz: *Prawo właściwe dla zobowiązań z czynności prawnych w braku wyboru prawa w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*. Katowice 1989, s. 124–130; Eadem: *Prawo właściwe dla zobowiązań z umów zabezpieczenia*. W: „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” [dalej: PPHZ]. T. 2. Komitet Redakcyjny. Katowice 1978, s. 118; Eadem: *O potrzebie zmiany unormowania właściwości prawa dla zobowiązań umownych dotyczących nieruchomości*. W: *Rozprawy z prawa cywilnego i ochrony środowiska ofiarowane Profesorowi Antoniemu Agopszowiczowi*. Red. A. Lipiński. Katowice 1992, s. 313 i nast.; W. Ludwiczak: *Refleksje o współczesnych kodyfikacjach międzynarodowego prawa prywatnego*. W: *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego. (Studia i rozprawy). Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zbigniewa Radwańskiego*. Red. S. Sołtysiński. Poznań 1990, s. 602 i nast.; M. Pazdan: *O potrzebie zmiany polskiego unormowania wyboru prawa dla zobowiązań umownych*. W: *Problemy kodyfikacji...*, s. 630 i nast.; E. Skrzydło-Tefelska: *Uznanie dziecka w prawie prywatnym międzynarodowym*. Wrocław 1990, s. 61 i nast., s. 192; T. Pajor: *Nowe tendencje w części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego państw europejskich*. PPHZ 1995, T. 18, s. 65 i nast.; Idem: *O potrzebie zmiany prawa prywatnego międzynarodowego w zakresie zobowiązań wynikających z czynności prawnych*. KPP 2000, z. 3, s. 679

o podjęciu prac nad reformą prawa prywatnego międzynarodowego stworzyła okazję do rozważenia tych opinii i propozycji.

Do słabych stron ustawy z 1965 r. należy zaliczyć⁹:

a) pozostawienie zbyt wielu obszarów bez regulacji prawnej (zbyt liczne luki);

b) archaiczne unormowanie właściwości prawa w zakresie zobowiązań umownych;

c) zbyt wąskie wykorzystanie wyboru prawa jako sposobu określania prawa właściwego;

d) brak w ustawie specjalnych kolizyjnoprawnych instrumentów służących do ochrony strony „słabszej” stosunku prawnego (np.: konsumenta, pracownika, poszkodowanego);

e) nieliczne (na szczęście) uniki legislacyjne, polegające na posługiwaniu się przepisami odsyłającymi (np. art. 30), będące źródłem łamigłówek interpretacyjnych;

f) brak w wielu przypadkach norm korygujących zakres zastosowania norm ujętych ogólnie i syntetycznie (co skądinąd jest zaletą ustawy); zastosowanie owych ogólnych norm do stanów faktycznych o nietypowych właściwościach, zasadniczo należących do ich zakresu, stwarza czasem, ze względu na te właściwości, olbrzymie trudności w trakcie stosowania prawa;

g) dążenie do zapewnienia możliwie jak najlepszej przewidywalności wyników stosowania przepisów kolizyjnych ze szkodą dla ich elastyczności; wykorzystanie w niewielkim tylko stopniu łączników „złożonych”, z których wynikałyby wskazania alternatywne, kumulatywne, fakultatywne, posiłkowe, kaskadowe itp.;

h) nieliczne (na szczęście) wypadki nadmiernego faworyzowania właściwości *legis fori* (np. w art. 17 § 3 i art. 18 ustawy z 1965 r.).

Tylko niektóre spośród tych słabości będą usunięte przez mającą wkrótce nastąpić ratyfikację konwencji rzymskiej z 1980 r. o prawie właściwym dla zobowiązań umownych. Wyłączy ona stosowanie ustawy z 1965 r. jedynie w trakcie poszukiwania prawa właściwego dla zobowiązań umownych i dla stosunków pracy. Jednakże kon-

i nast.; J. Poczobut: *Osoby prawne w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*. KPP 2000, z. 3, s. 529 i nast.; K. Kruczałak: *Prawa rzeczowe w ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym*. KPP 2000, z. 3, s. 613 i nast.; M. Jagielska: *Ochrona konsumenta jako zagadnienie kodyfikacyjne w prawie prywatnym międzynarodowym*. KPP 2000, z. 3, s. 639 i nast.; J. Pazdan: *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2003, s. 93–97; B. Fuchs: *Statut kontraktowy a przepisy wymuszające swoje zastosowanie*. Katowice 2003, s. 37–43; W. Kurowski: *Przelew wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2005, s. 250 i nast.

⁹ Por. przyp. 6.

wencja nie obejmuje wszystkich zobowiązań umownych (por. jej art. 1 ust. 2 i 3). Archaiczne uregulowanie zobowiązań umownych pozostałoby zatem w mocy także po wejściu w życie konwencji. Znajdujące się w niej postanowienia chroniące konsumentów (art. 5) obejmują jedynie zobowiązaniowe stosunki umowne. W dalszym ciągu istniałby brak ogólnej reguły kolizyjnej, mającej na celu ochronę konsumenta.

Ustawa z 1965 r. nie odpowiada też aktualnym potrzebom. Na naszych oczach dokonały się zmiany ustrojowe nie tylko w Polsce, lecz również w wielu innych państwach europejskich, których twórcy ustawy z 1965 r. nie mogli przewidzieć. Towarzyszą im takie zjawiska, jak: wzmożenie międzynarodowego ruchu osobowego (z poszukiwaniem nierzadko nowego miejsca osiedlenia się na stałe), poszerzanie się przepływu kapitałów, towarów i usług, rozwój bezpośrednich kontaktów pomiędzy mieszkańcami różnych państw, prowadzących często do powstawania różnorodnych sytuacji życiowych z elementem zagranicznym itp. Postępuje proces integracji europejskiej i towarzyszący mu proces harmonizacji prawa. Uczestnikiem tych procesów jest także Polska. Wszystkie te okoliczności muszą być wzięte pod uwagę przy tworzeniu nowych regulacji w zakresie prawa prywatnego międzynarodowego.

I wreszcie, jesteśmy świadkami pojawiania się w kolejnych państwach nowych ustaw o prawie prywatnym międzynarodowym¹⁰.

Wszystko to przemawia za uchwaleniem w Polsce nowej Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym.

Prace nad projektem

Podjęcie prac nad reformą prawa prywatnego międzynarodowego zostało poprzedzone trwającymi od kilku lat dyskusjami. Służyły temu konferencje naukowe poświęcone dostosowaniu polskiego prawa prywatnego międzynarodowego do standardów europejskich zorga-

¹⁰ Najnowsze przykłady to: belgijski kodeks prawa prywatnego międzynarodowego z 16 lipca 2004 r. („Moniteur belge” z dn. 27.07.2004 r., ogłoszony także w „Revue critique de droit international privé” 2005, N° 1, tłumaczenie polskie: KPP 2005, z. 3, s. 863–898) oraz ustawa ukraińska z 18 marca 2004 r., obowiązująca od 1 września 2005 r.

nizowane w Katowicach: pierwsza w dniach 24–25 września 1993 r., druga zaś w dniach 15–16 października 1998 r.¹¹

Dyskusja na temat potrzeby i kierunków reformy prawa prywatnego międzynarodowego odbyła się też w dniu 18 listopada 1998 r. na posiedzeniu Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk¹².

Zadanie przygotowania projektu nowej ustawy powierzono Zespołowi prawa prywatnego międzynarodowego¹³, wyłonionemu w ramach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, działającej pod przewodnictwem prof. Zbigniewa Radwańskiego od 1996 r. Zespół odbył w 2003 r. i w pierwszej połowie 2004 r. kilkanaście posiedzeń.

W wyniku prac Zespołu oraz debat¹⁴ z udziałem ekspertów spoza Zespołu we wrześniu 2004 r. powstała pierwsza robocza wersja projektu. Poszczególne jej fragmenty zostały poddane ocenie ekspertów¹⁵. Ekspersi swe uwagi przedstawili na trzech sesjach, jakie odbyły się w Katowicach w grudniu 2004 r. oraz w styczniu i lutym 2005 r. W sesjach tych wzięli udział kolizjoniści z wszystkich ośrodków krajowych. Na apel przewodniczącego Zespołu wielu specjalistów nadesłało uwagi pisemne do projektu z września 2004 r.¹⁶ Opinie i uwagi

¹¹ Opracowania M. Jagielskiej. K. Kruczałaka, T. Pajora, J. Pazdan. M. Pazdana. J. Poczobuta, W. Popiołka przygotowane na tę konferencję ukazały się drukiem w: KPP 2000, z. 3.

¹² Por. sprawozdanie B. Górowskiej opublikowane w „Państwie i Prawie” 1999, z. 3.

¹³ W skład Zespołu weszli: Jan Ciszewski, Tadeusz Ereciński, Andrzej Mączyński, Tomasz Pajor, Maksymilian Pazdan (przewodniczący), Wojciech Popiołek, Stanisław Sołtysiński, Maciej Szpunar (sekretarz), Maciej Tomaszewski, Kazimierz Zawada (wystąpił 20.10.2005 r.). Do Zespołu zostali dokooptowani Jerzy Poczobut i Maria Anna Zachariasiewicz. W posiedzeniach Zespołu brał stale udział ekspert holenderski Paul Meijknecht oraz sekretarz Komisji Kodyfikacyjnej Robert Zegadło, a często także jej przewodniczący prof. Zbigniew Radwański. Nadto – w zależności od tematyki obrad – na posiedzenia zapraszani byli: Marcin Czepelak, Bogusława Gnela, Jacek Górecki, Monika Jagielska, Wojciech Klyta, Witold Kurowski, Piotr Mostowik.

¹⁴ W dn. 13 grudnia 2002 r. odbyło się w Katowicach seminarium, w trakcie którego poszukiwano odpowiedzi na pytanie: Co dalej z kodyfikacją prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce? Por. A. Kozakiewicz, W. Kurowski: *Co dalej z kodyfikacją prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce?* KPP 2003, z. 4, s. 927–936.

¹⁵ Opracowania przygotowali: a) część ogólna prawa prywatnego międzynarodowego – B. Fuchs, T. Pajor; b) osoby, pełnomocnictwo, czynności prawne, dawność – J. Poczobut, M.A. Zachariasiewicz; c) prawo rzeczowe – J. Gołaczyński, J. Górecki; d) prawo zobowiązań – A. Całus, W. Popiołek; e) prawo rodzinne – B. Gnela; f) prawo spadkowe – J. Gołaczyński.

¹⁶ Opinie pisemne nadesłali: K. Bagan-Kurluta (prawo rodzinne), P. Czubik (forma czynności prawnej), M. Dragun-Gertner i E. Kowalewski (uwagi do wielu przepisów), A. Krawczyk (problemy walutowe), W. Kurowski (prawo zobowiązań), M. Mataczyński (część ogólna, forma czynności prawnej), P. Mostowik (część ogólna, zobowią-

ekspertów oraz wyniki dyskusji podczas sesji katowickich zostały uwzględnione przy redakcji projektu w wersji z września 2005 r. Wersja ta została przedstawiona pełnemu składowi Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego w dniach 8 i 22 grudnia 2005 r. Po dyskusji powstał ostateczny tekst projektu oznaczany jako projekt z dnia 9 października 2006 r. Tekst ten publikujemy na s. 115 niniejszego tomu.

Ogólna charakterystyka projektu

1. Projekt z grudnia 2005 r. określa prawo właściwe dla stosunków osobistych i majątkowych w zakresie prawa prywatnego (w tym oczywiście prawa handlowego i rodzinnego). Odnosi się on także do umownych stosunków pracy w zakresie nieuregulowanym konwencją rzymską z 1980 r.

Nie reguluje jurysdykcji ani innych materii międzynarodowego postępowania cywilnego. Zmiany w tym zakresie wprowadzi oddzielna ustawa nowelizująca kodeks postępowania cywilnego. Prace nad jej przygotowaniem dobiegają już końca. Do k.p.c. weszło ostatnio nowe unormowanie sądownictwa polubownego (krajowego i międzynarodowego), wzorowane na ustawie modelowej UNCITRAL. W projekcie z 2005 r. znalazł się jedynie przepis regulujący właściwość prawa dla umowy o arbitraż (art. 37 i 38). Kwestia ta została bowiem pominięta w przepisach o sądownictwie polubownym.

Poza zakresem regulacji pozostało też prawo wekslowe i czekowe.

2. W projekcie brak ogólnej reguły korygującej właściwość prawa ze względu na ściślejsze powiązanie rozpatrywanej sprawy z innym prawem niż prawo właściwe na podstawie przepisów ustawy. Reguła taka godziłaby bowiem w zasadę pewności obrotu, wprowadzałaby relatywizm łączników, przyznawałaby nadmierną kompetencję sędziemu, stwarzałaby furtkę ku faworyzowaniu właściwości *legis fori*. W projekcie znalazły się natomiast szczególne reguły korygujące o wąskich zakresach zastosowania (art. 26 § 4, art. 31 § 2 zd. 2, art. 41).

zania pozaumowne), A. Nowicka (część ogólna, prawo zobowiązań), L. Sobolewski (papiery wartościowe), M. Spyra (zdematerializowane papiery wartościowe), M. Świerczyński (delikty), A.W. Wiśniewski (uwagi do wielu przepisów), J. Zralek (dawność oraz przepisy części ogólnej).

Nie stwarzają one takich zagrożeń, jakie pociągałaby za sobą reguła ogólna. Nadają zaś uregulowaniom zamieszczonym w projekcie elastyczność w zakresie, w jakim jest to wysoce pożądane.

W projekcie znajdują się też przepisy, które w określonych wypadkach – w razie trudności w odnalezieniu prawa właściwego z użyciem łączników obiektywnych – nakazują stosowanie prawa najściślej związanego z ocenianym stosunkiem (np. art. 11 zd. 2, art. 54 § 1 zd. 2).

I wreszcie, zwrócić trzeba uwagę na ogólną wskazówkę zamieszczoną w art. 62 projektu, dotyczącą sposobu wypełniania luk w obowiązujących w Polsce przepisach prawa prywatnego międzynarodowego. Wskazówka ta posługuje się kryterium najściślej związanego. W ustawie z 1965 r. takiej wskazówki brak.

3. Wobec perspektywy rychłej ratyfikacji konwencji rzymskiej z 1980 r. o prawie właściwym dla zobowiązań umownych¹⁷ zaproponowano zamieszczenie w przyszłej ustawie przepisu odsyłającego do konwencji rzymskiej¹⁸ oraz nakazującego odpowiednie stosowanie art. 3–15 konwencji do zobowiązań umownych wyłączonych z zakresu jej zastosowania¹⁹ (chyba że przepis szczególny stanowi inaczej). W ten sposób zapobiegnie się utrzymaniu w mocy ustawy z 1965 r. w odniesieniu do tych ostatnich zobowiązań oraz usunie się potrzebę oddzielnego unormowania w przyszłej ustawie właściwości prawa w omawianym zakresie.

4. Unormowanie właściwości prawa dla zobowiązań pozaumownych oparte zostało na projekcie rozporządzenia Rzym II²⁰.

5. W projekcie z 2005 r. utrzymano dominującą rolę łącznika obywatelstwa w zakresie prawa osobowego, stosunków rodzinnych i spraw spadkowych. Przesądziły o tym walory tego łącznika, w szczególności

¹⁷ Na temat tej konwencji por. W. Popiołek: *Konwencja Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych*. KPP 1994, z. 2, s. 297 i nast. (tekst konwencji w tłumaczeniu na język polski ibidem, s. 300–341); J. Skąpski: *Konwencja EWG z 19 czerwca 1980 r. o prawie właściwym dla zobowiązań umownych jako „model” dla regulacji międzynarodowego prawa obligacyjnego w prawach krajowych, ze szczególnym uwzględnieniem prawa polskiego*. KPP 1994, z. 2, s. 187 i nast.; A. Calus: *Wybrane problemy wprowadzenia do systemów prawnych państw członkowskich Unii Europejskiej postanowień konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych*. PPHZ 1995, T. 18, s. 24 i nast.

¹⁸ Por. np. art. 57 ustawy włoskiej z 1995 r. oraz art. 98 ustawy belgijskiej z 2004 r.

¹⁹ Por. art. 98 § 1 ust. 2 ustawy belgijskiej z 2004 r.

²⁰ M. Fabjańska, M. Świerczyński: *Ujednolicenie norm kolizyjnych dotyczących zobowiązań pozaumownych*. KPP 2004, z. 3, s. 717 i nast. (ibidem, s. 884–911 tekst projektu w językach angielskim, francuskim, niemieckim i polskim).

ści zaś stabilność i jednoznaczność więzi, którą on wyraża, oraz obserwowane często przywiązanie osób fizycznych do swego prawa ojczystego. Pojawiły się jednak nieznane wcześniej odstępstwa od zasady właściwości prawa ojczystego (np. art. 59 § 2, art. 50 § 1).

W dążeniu do zwiększenia międzynarodowej harmonii rozstrzygnięć, inaczej niż w ustawie z 1965 r., rozstrzygane są w projekcie sytuacje wielorakiego obywatelstwa, gdy jednym z wchodzących w grę obywatelstw jest obywatelstwo polskie. Za decydujące uznano mianowicie kryterium najściślejszej więzi²¹ osoby z państwem.

6. Oprócz łącznika miejsca zamieszkania, w projekcie pojawił się łącznik miejsca zwyczajnego pobytu, oznaczający miejsce, w którym ześrodkowana jest aktywność życiowa określonej osoby. Nie zdecydowano się jednak na zdefiniowanie dla celów kolizyjnych miejsca zamieszkania oraz miejsca zwyczajnego pobytu. Zadanie to pozostawiono doktrynie i judykaturze.

7. W celu usunięcia luk w dotychczasowej regulacji w projekcie znalazły się przepisy normujące: właściwość prawa dla ubezwłasnowolnienia (art. 15), imienia i nazwiska osoby fizycznej (art. 17), dóbr osobistych osoby fizycznej i osoby prawnej, w tym także ułomnej osoby prawnej (art. 18, art. 20), pełnomocnictwa (art. 21), istnienia czynności prawnej (art. 22), zobowiązania z papieru wartościowego innego niż weksel i czek (art. 30 § 2), przelewu wierzytelności (art. 32) w zakresie nieuregulowanym w konwencji rzymskiej, przejęcia długu (art. 33), potrącenia (art. 34), stosunków pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą (art. 36) wykraczających poza zobowiązania umowne, wpływu zmiany wartości waluty na wysokość zobowiązania (art. 35), umowy o arbitraż (art. 37–38), praw zapisanych na kontach depozytowych (art. 42), roszczeń rewindykacyjnych w odniesieniu do dóbr kultury (art. 43), praw własności intelektualnej i uprawnień z tego tytułu pracownika (art. 45–46).

8. Doceniając walory wyboru prawa jako sposobu określania prawa właściwego znacznie poszerzono zasięg jego dopuszczalności (por. art. 26 § 5, art. 50 § 1, art. 59 § 2; przepisy art. 21 § 1 i art. 37 § 1 potwierdzają to, co dotychczas przyjmowano w doktrynie).

9. Utrzymano dotychczasowe unormowanie odesłania zwrotnego (art. 6 § 1). Dopuszczalność odesłania dalszego została natomiast ograniczona do tzw. odesłania przyjętego. Pojawiło się też odesłanie

²¹ Więcej na ten temat M. Pazdan: *O sposobach usuwania kolizji wynikających z wielorakiego obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym*. W: „*Studia Iuridica Agraria*”. T. 5: *Księga poświęcona Profesorowi Andrzejowi Stelmachowskiemu*. Red. S. Prutis. Białystok 2005, s. 160 i nast.

przy poszukiwaniu statutu personalnego osoby prawnej, jeżeli prawo państwa, na którego terytorium osoba ta ma siedzibę główną, przewiduje właściwość prawa państwa, na podstawie którego osoba prawna została utworzona (art. 19 § 2). Wówczas jako statut personalny osoby prawnej stosuje się prawo tego państwa.

Jerzy Poczobut

Ewolucja pojęcia międzynarodowego prawa handlowego

Wstęp

Znaczenie międzynarodowego prawa handlowego ciągle wzrasta wraz ze zwiększaniem się liczby i zakresu tworzących je norm oraz szybkim rozwojem handlu międzynarodowego, będącego jednym z efektów globalizacji. Systematyczna prezentacja problematyki międzynarodowego prawa handlowego dokonywana jest w coraz częściej ukazujących się podręcznikach i monografiach, które dotyczą wyłącznie tego prawa lub szeroko pojmowanego prawa prywatnego międzynarodowego, poszczególne zaś jego zagadnienia omawiane są na łamach fachowych czasopism, niekiedy poświęconych głównie lub jedynie wspomnianej problematyce. Międzynarodowe prawo handlowe jest odrębnym przedmiotem dydaktycznym na wyższych uczelniach, w szczególności zaś uniwersytetach. Stanowi oddzielne hasło w katalogach rzeczowych wielu naukowych bibliotek oraz publikowanych w różnych formach bibliografii.

Wzrostowi znaczenia międzynarodowego prawa handlowego towarzyszy w nauce coraz częstsza refleksja nad jego istotą. Mimo iż określenie zakresu znaczeniowego i w rezultacie systematycznej lokalizacji międzynarodowego prawa handlowego ma kluczowe znaczenie dla doktryny, dydaktyki i praktyki prawa, w skali światowej występują fundamentalne różnice poglądów na ten temat. Niniejsze opracowanie zawiera przegląd i krytyczną analizę ewolucji reprezen-

tatywnych opinii o naturze międzynarodowego prawa handlowego, które zostały wyrażone w Europie na przestrzeni stu ostatnich lat, oraz definicję tego prawa zaproponowaną przez autora.

Międzynarodowe prawo handlowe w ujęciu wąskim¹

Koncepcje nawiązujące do prawa prywatnego

Międzynarodowe prawo handlowe jako dział prawa prywatnego międzynarodowego

W doktrynie włoskiej G. Diena² na przełomie XIX i XX w. przedstawił dwa podejścia do „międzynarodowego prawa handlowego” (wł. *diritto commerciale internazionale*), zwanego też „handlowym prawem prywatnym międzynarodowym” (wł. *diritto internazionale privato commerciale*), których elementy przez następnych kilka dziesięcioleci stanowiły punkty odniesienia kolejnych prób określenia natury tego prawa. Międzynarodowe prawo handlowe w pierwszym znaczeniu zdefiniował jako część prawa prywatnego międzynarodowego, składającą się z reguł wypracowanych w nauce prawa i przepisów prawa pozytywnego, stworzonych w celu ustalenia zasad rozwiązywania kolizji zachodzących między porządkami prawnymi różnych państw przez określenie granic ich stosowania na terytorium danego państwa we wszystkich sprawach handlowych o charakterze międzynarodowym. Natomiast przez międzynarodowe prawo handlowe w znaczeniu drugim G. Diena rozumiał część prawa handlowego, na którą składają się normy ujednolicone w wielostronnych umowach międzynarodowych, przy czym wskazywał na konieczność precyzyjnego rozróżnienia spraw handlowych i innych spraw z zakresu prawa prywatnego.

¹ Por. J. Poczubut: *Pojęcie międzynarodowego prawa handlowego u progu nowego stulecia*. W: *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*. Red. W. Czapliński. Warszawa 2006, s. 653–661.

² Zob. G. Diena: *Trattato di diritto commerciale internazionale ossia il diritto internazionale privato commerciale*. T. 1. Firenze 1900, s. 41 i nast.

Charakterystyczne dla poglądów G. Dieny było przede wszystkim przyjęcie, że międzynarodowe prawo handlowe można uznać albo za część prawa prywatnego międzynarodowego, rozumianego jako prawo kolizyjne, albo za część prawa handlowego, będącego prawem materialnym, te zaś działy prawa wchodzą w skład szerszej kategorii prawa prywatnego. O ile jednak międzynarodowe prawo handlowe w znaczeniu pierwszym jest tworzone w płaszczyźnie krajowej (w ramach systemu prawa krajowego), o tyle międzynarodowe prawo handlowe w znaczeniu drugim jest stanowione wyłącznie w płaszczyźnie międzynarodowej (poza systemem prawa poszczególnych państw), w wyniku zawierania przez państwa umów, których zawartość stanowi ujednolicone prawo handlowe.

Z głównymi założeniami poglądów G. Dieny koresponduje zasadniczo, przede wszystkim pod względem sposobu i przedmiotu regulacji, sformułowana pod koniec trzeciej dekady ubiegłego wieku w nauce szwajcarskiej przez A.F. Schnitzera³ koncepcja międzynarodowego prawa handlowego (niem. *internationales Handelsrecht*). Powstała ona w nawiązaniu do wypracowanej przez niego koncepcji „zewnętrznego” prawa prywatnego (niem. *Aussenprivatrecht, externes Privatrecht*), zwanego już wtedy powszechnie prawem prywatnym międzynarodowym (niem. *internationales Privatrecht*), które w odróżnieniu od „wewnętrznego” prawa prywatnego (niem. *internes Privatrecht*) reguluje stosunki (stany faktyczne) prywatnoprawne nie podlegające zwierzchnictwu prawnemu jednego państwa i jest w tym znaczeniu międzynarodowe, ponieważ albo ich skutki wykraczają poza granice państwowe, albo też ich uczestnicy pochodzą z różnych państw. Zewnętrzne prawo prywatne ma według niego, tak jak prawo prywatne wewnętrzne, charakter czysto krajowy nawet wtedy, gdy jest stanowione w wykonaniu umowy zawartej między państwami jako podmiotami prawa narodów (prawa międzynarodowego publicznego), ponieważ wymaga inkorporacji do (promulgacji aktu) prawa krajowego. Wspomniany autor postulował, dokonując śmiałej projekcji w odległą przyszłość, ujednolicenie w skali międzynarodowej bilateralnie lub multilateralnie zewnętrznego prawa prywatnego. Międzynarodowe prawo handlowe było, stosownie do jego poglądów, częścią zewnętrznego prawa prywatnego (prawa prywatnego międzynarodowego), przedmiotem regulacji, której są stosunki (stany faktyczne) w zakresie działalności handlowej, rozumianej jako pośrednictwo między producentem a konsumentem, polegające na obrocie towara-

³ Zob. A.F. Schnitzer: *Handbuch des Internationalen Handels-, Wechsel- und Checkrechts*. Zürich–Leipzig 1938, s. 4–12.

mi i wykazujące przestrzenne (w zakresie skutków) lub personalne (w zakresie uczestnictwa) powiązanie z porządkami prawnymi różnych państw. Z uwagi na to, że według A.F. Schnitzera na prawo prywatne międzynarodowe składa się zarówno zespół norm kolizyjnych, które rozgraniczają zakresy działania (kompetencje) prawa prywatnego poszczególnych państw, jak też zespół norm merytorycznych, które rozstrzygają o stanowisku prawnym (głównie o prawach i obowiązkach) stron stosunku prywatnoprawnego o charakterze międzynarodowym, międzynarodowe prawo handlowe obejmuje również te dwa rodzaje norm. Wydzielenie problematyki międzynarodowego prawa handlowego z szerszego zakresu prawa prywatnego międzynarodowego i omówienie jej w formie odrębnego podręcznika A.F. Schnitzer uzasadniał przede wszystkim swoistością przedmiotu regulacji tego pierwszego, którym są prywatnoprawne i zarazem handlowe stosunki o charakterze międzynarodowym.

Zwolennikiem pojmowania międzynarodowego prawa handlowego jako szczególnego działu prawa prywatnego międzynarodowego, któremu we Francji przydaje się znacznie szersze znaczenie niż np. w Polsce, był w nauce francuskiej końca lat czterdziestych XX w. P. Arminjon⁴. Wystąpił on z propozycją nazwania tego działu „prawem prywatnym międzynarodowym handlowym” (fr. *droit international privé commercial*), w nawiązaniu do pojęcia krajowego prawa handlowego, które reguluje określone osoby i czynności odrębnie względem prawa cywilnego, a jego źródłem są ustawy, umowy międzynarodowe i zwyczaje. Prawo prywatne międzynarodowe handlowe było zatem w ujęciu P. Arminjona częścią prawa prywatnego międzynarodowego, którego normy regulują kolizje zachodzące między systemami prawa różnych państw w sprawach z zakresu prawa handlowego. Dla określenia przedmiotu regulacji tego prawa istotne jest według niego rozróżnienie kupców i innych podmiotów prawa prywatnego oraz czynności handlowych i innych czynności prywatnoprawnych.

Międzynarodowe prawo handlowe jako autonomiczna dziedzina w ramach prawa prywatnego

Impuls do ożywienia dyskusji nad pojęciem międzynarodowego prawa handlowego dało utworzenie w dniu 17 grudnia 1966 r. Komisji Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ (ang. United Nations

⁴ Zob. P. Arminjon: *Précis de Droit international privé commercial*. Paris 1948, s. 7–19.

Commission on International Trade Law – UNCITRAL)⁵. W Raporcie sekretarza generalnego ONZ pod tytułem *Postępowy rozwój prawa handlu międzynarodowego*, przedstawionym w dniu 23 września 1966 r. na XXI sesji Zgromadzenia Ogólnego tej organizacji⁶, „prawo handlu międzynarodowego” (ang. *law of international trade*), którego synonimem jest międzynarodowe prawo handlowe (ang. *international trade law, international business law, international commercial law*), zostało określone jako zespół norm regulujących stosunki handlowe o charakterze prywatnoprawnym, które są powiązane z różnymi państwami. Za przedmiot regulacji prawa handlu międzynarodowego uznano w szczególności:

- 1) międzynarodową sprzedaż towarów, a w tym:
 - a) zawarcie umowy,
 - b) porozumienia szeroko rozumianej agencji,
 - c) porozumienia o sprzedaży wyłącznej;
- 2) papiery wartościowe i bankowe kredyty handlowe;
- 3) prawa dotyczące prowadzenia działalności w dziedzinie handlu międzynarodowego;
- 4) transport, a w tym:
 - a) morski przewóz towarów,
 - b) powietrzny przewóz towarów,
 - c) drogowy i kolejowy przewóz towarów,
 - d) śródlądowy przewóz towarów;
- 5) własność przemysłową i prawa autorskie;
- 6) międzynarodowy arbitraż handlowy.

Z zakresu prawa handlu międzynarodowego wyłączono stosunki handlowe (gospodarcze) między państwami jako suwerenami, które podlegają regulacji międzynarodowego prawa publicznego, np. w ramach Układu Ogólnego w sprawie Taryf Celnych i Handlu z 1947 r. (ang. General Agreement on Tariffs and Trade – GATT). Natomiast

⁵ Zob. Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych w sprawie powołania Komisji Prawa Handlu Międzynarodowego. Tłum. S. Szafranek. „Prawo w Handlu Zagranicznym” [dalej: PwHZ] 1967, nr 17, s. 95–101. Na temat UNCITRAL w nowszym piśmiennictwie polskim zob. J. Poczobut: *Organizacje promujące rozwój międzynarodowego prawa handlowego. Charakter prawny, cele, struktura, osiągnięcia. Na przykładzie UNCITRAL i MIH*. W: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*. Red. L. Ogiełło, W. Popiołek, M. Szpunar. Kraków 2005, s. 463–469, 477–478 oraz powołaną tam literaturę.

⁶ Zob. Official Records of the General Assembly, Twenty-first session, Annex, Agenda items 88, document A/6396; „Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)” 1970, Vol. 1, s. 18 i nast.; przedruk m.in. w: Ch.-J. Cheng: *Basic Documents on International Trade Law*. Dordrecht–Boston–Lancaster 1986, s. 3–56.

stosunki między państwami lub państwowymi jednostkami organizacyjnymi jako podmiotami prawa prywatnego zostały uznane za przedmiot regulacji prawa handlu międzynarodowego. Zaprezentowana w Raporcie sekretarza generalnego ONZ koncepcja międzynarodowego prawa handlowego została przyjęta przez UNCITRAL za podstawę określenia przedmiotowych ram działania tej instytucji⁷.

Tak pojmowane prawo handlu międzynarodowego ma na celu zmniejszenie kolizji i różnic występujących między systemami prawnymi poszczególnych państw w sprawach dotyczących handlu międzynarodowego, co nadal stanowi istotną przeszkodę w rozwoju handlu światowego. Osiągnięcie tego celu zapewniają dwie różne, lecz komplementarne techniki legislacyjne (sposoby stanowienia prawa). Pierwsza polega na tworzeniu reguł kolizyjnych szeroko pojmowanego prawa prywatnego międzynarodowego (tj. obejmującego również prawo międzynarodowego postępowania cywilnego w sprawach handlowych), w których zostaje określona właściwość prawa materialnego oraz sądu w sprawach prywatnoprawnych z zakresu handlu międzynarodowego. Zastosowanie wspomnianej techniki prowadzi do usunięcia skutków kolizji zachodzących między poszczególnymi systemami prawa krajowego. W wyniku jej stosowania powstały np. jednolite przepisy księgi drugiej (art. 232–295) Kodeksu Bustamantego z dnia 20 lutego 1928 r.⁸ oraz niektórych konwencji opracowanych przez Haską Konferencję Prawa Prywatnego Międzynarodowego (np. Konwencji z dnia 15 czerwca 1955 r. o prawie właściwym dla międzynarodowej sprzedaży towarów).

Natomiast druga technika legislacyjna polega na ujednolicaniu (unifikacji) i zbliżaniu do siebie (harmonizacji) krajowych systemów prawa materialnego. Określono ją jako prewencyjną, ponieważ zapobiega powstawaniu kolizji między tymi systemami. Stosując tę drugą technikę, opracowano np. – pod auspicjami początkowo Międzynarodowego Instytutu Ujednolicania Prawa Prywatnego, a następnie Komisji Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ – Konwencję Narodów Zjednoczonych z dnia 11 kwietnia 1980 r. o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów⁹. Sekretarz generalny ONZ zwró-

⁷ Zob. J. Jakubowski: *Prawo jednolite w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Problemy stosowania*. Warszawa 1972, s. 16–19; Idem: *VI sesja Komisji Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ – UNCITRAL*. PwHZ 1972, nr 28–29, s. 109–150; J. Poczubut: *Organizacje promujące...*, s. 464–469.

⁸ Przekład polski: *Konwencja o międzynarodowym prawie prywatnym krajów Ameryki Łacińskiej wraz z Kodeksem Bustamantego*. Warszawa 1965.

⁹ Dz.U. 1997, nr 45, poz. 286–287.

cił również w swym Raporcie uwagę, że obydwie wspomniane techniki znajdują zastosowanie zarówno przy tworzeniu międzynarodowego prawa handlowego przez państwa, jak też w procesie wykształcania się w handlu międzynarodowym zwyczajów, określanych jako reguły powstające w wyniku jednolitej praktyki (takiego samego postępowania) uczestników międzynarodowego obrotu handlowego w analogicznych sytuacjach. Uwzględnianie mających coraz większe znaczenie zwyczajów powstałych w handlu międzynarodowym jest różnorako regulowane w krajowym prawie prywatnym.

Mimo iż sformułowana przez sekretarza generalnego ONZ definicja prawa handlu międzynarodowego, nazywanego alternatywnie najczęściej międzynarodowym prawem handlowym, jest dosyć ogólna, można na jej podstawie określić najważniejsze cechy tego prawa. Po pierwsze, prawo handlu międzynarodowego reguluje prywatnoprawne stosunki powstałe w szeroko rozumianym handlu międzynarodowym. Po drugie, co jest konsekwencją cechy poprzedniej, stosunki te są regulowane za pomocą norm należących do prawa prywatnego, zarówno kolizyjnych, składających się na prawo prywatne międzynarodowe *sensu stricto* (w ujęciu klasycznym), jak też merytorycznych, składających się na prawo materialne. Po trzecie, prawo handlu międzynarodowego powstaje zarówno w płaszczyźnie międzynarodowej, w drodze wspólnej działalności prawotwórczej państw zawierających umowy międzynarodowe oraz w wyniku wykształcania się zwyczajów w stosunkach między uczestnikami międzynarodowego obrotu handlowego, jak też w płaszczyźnie krajowej, w drodze legislacji polegającej na ustawodawstwie lub orzecznictwie sądów. Międzynarodowe prawo handlowe odznaczałoby się zatem cechą „międzynarodowości” w tym znaczeniu, iż przedmiotem jego regulacji są prywatnoprawne stosunki w handlu międzynarodowym, nie zaś dlatego, iż normy tego prawa powstają jedynie w płaszczyźnie szeroko rozumianych stosunków międzynarodowych.

Międzynarodowe prawo handlowe w ujęciu Raportu sekretarza generalnego ONZ nie jest, jak przyjmowano dotychczas, wyspecjalizowanym działem prawa prywatnego międzynarodowego, lecz stanowi nową, wykształcającą się dziedzinę prawa, wyróżnianą na podstawie oryginalnych kryteriów, na którą składają się połączone w jeden system prywatnoprawne normy kolizyjne i normy merytoryczne tworzone w dwóch płaszczyznach: międzynarodowej i krajowej. Do przyjętej w UNCITRAL koncepcji międzynarodowego prawa handlowego, jako dziedziny prawa uniwersalnej oraz autonomicznej wobec prawa krajowego pod względem tworzenia, obowiązywania, a nawet stoso-

wania, nawiązują również obecnie uczestnicy międzynarodowej dyskusji nad jego naturą¹⁰.

Zwolennikiem przyjętej przez UNCITRAL koncepcji prawa handlu międzynarodowego (międzynarodowego prawa handlowego) był w doktrynie brytyjskiej C.M. Schmitthoff, który nie tylko wypowiedział się wielokrotnie o naturze tego prawa przed i po przedstawieniu w 1966 r. przez sekretarza generalnego ONZ Raportu na temat rozwoju prawa handlu międzynarodowego¹¹, lecz również przygotował wstępny projekt tego Raportu. Wyszedł od ogólnego stwierdzenia, że prawo handlu międzynarodowego stanowi część prawa handlowego, która reguluje handel międzynarodowy i zawiera ogólne zasady akceptowane w skali światowej bez względu na ustrój polityczny i ekonomiczny państw¹². Istnienie takich zasad uchyla konieczność lokalizacji czynności handlu międzynarodowego w krajowym systemie prawa. Zbiór wspomnianych zasad C.M. Schmitthoff nazwał „nowym *lex mercatoria*”, nawiązując tym samym do tradycji średniowiecznego zwyczajowego prawa kupieckiego o charakterze uniwersalnym¹³. Nowe prawo kupieckie różni się jednak od starego, obowiązującego *proprio vigore*, przede wszystkim źródłem swej mocy wiążącej, którym jest akceptacja przez państwa dysponujące suwerenną władzą.

¹⁰ Koncepcję tę skrytykował wątpliwie J. Łopuski (*Zarys prawa handlu międzynarodowego*. Toruń 1981, s. 21–22), zarzucając jej nieuwzględnienie wzrastającej roli międzynarodowego i krajowego prawa publicznego w regulowaniu stosunków handlu międzynarodowego.

¹¹ Zob. przedruki publikacji C.M. Schmitthoffa w: *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*. Ed. Ch.-Jui Cheng. Dordrecht–Boston–London 1988, passim; I d e m: *Eksport: pravo i praktika meždunarodnoj trgovli*. Moskwa 1993, passim.

¹² Por. C.M. Schmitthoff: *The Law of International Trade*. In: *Commercial Law in a Changing Economic Climate*. Ed. 2. London 1981, s. 18–33; I d e m: *Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions*. In: *The Transnational Law of International Commercial Transactions*. Eds. N. Horn, C.M. Schmitthoff. Deventer 1982, s. 19–31 oraz jego wcześniejsze publikacje: I d e m: *Das neue Recht des Welt-handels*. „*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*” [dalej: *RabelsZ*] 1964, H. 1, s. 44–77; I d e m: *The Unification of the Law of International Trade*. „*The Journal of Business Law*” 1968, s. 105–119; I d e m: *The Unification and Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions*. „*The International and Comparative Law Quarterly*” 1968, s. 551 i nast.

¹³ Na temat średniowiecznej i nowej *lex mercatoria* w piśmiennictwie polskim zob. przede wszystkim: B. Fuchs: „*Lex mercatoria*” w międzynarodowym obrocie handlowym. Kraków 2000, passim; J. Jakubowski. w: J. Jakubowski, M. Tomaszewski, A. Tynel, A.W. Wiśniewski: *Zarys międzynarodowego prawa handlowego*. Warszawa 1983, s. 24–28; J. Łopuski: *Zarys prawa...*, s. 25–29; M. Pilich: *Dobra wiara w konwencji o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*. Warszawa

Autonomiczny, względem prawa krajowego i międzynarodowego. charakter prawa handlu międzynarodowego, wynikający z przyzwolenia suwerennych państw, opiera się według C.M. Schmitthoffa na przyjętej przez prawodawców krajowych zasadzie autonomii woli stron stosunku prywatnoprawnego, która w odniesieniu do zobowiązań umownych znajduje wyraz w zasadzie swobody umów. Jego zdaniem jednak, inaczej zostało to określone we wspomnianym Raporcie sekretarza generalnego ONZ z 1966 r. Źródła tak rozumianego prawa handlu międzynarodowego mają wyłącznie charakter międzynarodowy; są nimi legislacja międzynarodowa i międzynarodowy zwyczaj handlowy. Legislacja międzynarodowa, stanowiąca rezultat badań komparatystycznych, wyraża się w zawieraniu przez państwa wielostronnych uniwersalnych i regionalnych umów międzynarodowych (konwencji) oraz opracowywaniu ustaw wzorcowych (modelowych), które przeznaczone są do jednostronnego przyjęcia przez poszczególne państwa. Przykładem takiej ustawy jest Ustawa wzorcowa UNCITRAL z 1996 r. o podpisie elektronicznym, która została wykorzystana w działalności legislacyjnej ponad 70 państw lub ich części¹⁴. Natomiast pod pojęciem „międzynarodowy zwyczaj handlowy” należy rozumieć praktyki handlowe, uzanse i standardy, opracowane w formie wzorców umownych, ogólnych warunków umów i przewodników ich sporządzania przez międzynarodowe organizacje międzyrządowe i pozarządowe, takie jak np. Europejska Komisja Gospodarcza ONZ czy Międzynarodowa Izba Handlowa¹⁵. Przedstawiony charakter źródeł prawa handlu międzynarodowego uzasadnia określenie go jako prawa „transnarodowego” w znaczeniu prawa światowego lub inaczej: prawa powszechnego, wspólnego dla wielu lub wszystkich państw¹⁶. W takim znaczeniu stosował pojęcie „transnarodowe prawo handlo-

2006, s. 107–112, a także powołaną tam literaturę; w nowszym piśmiennictwie niemieckim zob. P. Zumbansen: *Lex mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts*. RabelsZ 2003, H. 4, s. 637–682, a także powołaną tam literaturę.

¹⁴ Wykaz ustaw wzorcowych, które zostały opracowane przez UNCITRAL, sporządził J. Poczobut: *Organizacje promujące...*, s. 467–468.

¹⁵ Na temat MIH w nowszym piśmiennictwie polskim zob. J. Poczobut: *Organizacje promujące...*, s. 469–478 oraz powołaną tam literaturę.

¹⁶ Takie określenie wskazuje, zdaniem J. Łopuskiego (*Zarys prawa...*, s. 24), na tendencję do poszukiwania wspólnej dla wielu państw regulacji stosunków związanych z międzynarodowym obrotem gospodarczym. Więcej na temat prawa transnarodowego (ponadnarodowego) w piśmiennictwie polskim zob.: B. Fuchs: „*Lex mercatoria*”..., s. 20–21; J. Łopuski: *Zarys prawa...*, s. 24–25; F. Mádl: *Ius commune Europae*. W: „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” [dalej: PPHZ] T. 17. Katowice 1993, s. 92–93; M. Pilich: *Dobra wiara...*, s. 108–109 oraz powołaną tam literaturę.

we” (ang. *transnational commercial law*) w niemieckiej nauce prawa lat siedemdziesiątych ubiegłego stulecia E. Langen¹⁷. Aktualnie posługują się nim w zasadniczo niezmienionej postaci R. Goode, H. Kronke, E. McKendrick i J. Wool w tytule kompilacji źródeł tego prawa¹⁸.

W doktrynie polskiej propagowaną przez UNCITRAL koncepcję międzynarodowego prawa handlowego rozwinął i sprecyzował na początku siódmej dekady poprzedniego stulecia J. Jakubowski¹⁹. Jego poglądy na temat natury tego prawa są zasadniczo zbieżne z poglądami C.M. Schmitthoffa. Według J. Jakubowskiego, międzynarodowe prawo handlowe reguluje międzynarodowy obrót gospodarczy jedynie za pomocą międzynarodowych norm o charakterze cywilnoprawnym, nie zaś wszystkich norm międzynarodowych dotyczących międzynarodowego obrotu gospodarczego. Wykluczył on możliwość istnienia działu prawa, na który składałyby się zarówno międzynarodowe normy cywilnoprawne, jak też międzynarodowe normy prawa publicznego, z uwagi na różnice w zakresie podmiotów, przedmiotu i sposobu regulacji, podstawowych założeń i zasad oraz odpowiedzialności i rozstrzygania sporów. Konglomerat składający się ze zbioru norm prawa cywilnego *sensu largo* dotyczących międzynarodowych transakcji handlowych i zbioru norm prawa publicznego odnoszących się do takich transakcji byłby tworem sztucznym i nie spełniałby istotnych funkcji praktycznych.

J. Jakubowski uznał, iż w skład międzynarodowego prawa handlowego wchodzić tylko cywilnoprawne normy prawa ujednoliconego w skali międzynarodowej. Poza zakresem tego prawa znajdują się zatem specjalne normy cywilnoprawne ustawodawstwa krajowego, które dotyczą wyłącznie handlowego obrotu międzynarodowego²⁰. Opo-

¹⁷ Zob. E. Langen: *Transnational Commercial Law*. Leiden 1973, s. IX–33.

¹⁸ Zob. R. Goode, H. Kronke, E. McKendrick, J. Wool: *Transational Commercial Law. International Instruments and Commentary*. Oxford 2004, *passim*.

¹⁹ Zob. J. Jakubowski: *Prawo jednolite...*, s. 26–38.

²⁰ Zespoły tych norm były zamieszczane przez niektóre b. państwa socjalistyczne w uchylonych już ustawach, które zawierały kodyfikację przepisów prawa cywilnego regulujących handel międzynarodowy. Wspomniane ustawy stosowano w razie ustalenia właściwości prawa państwa, które je wydało. Według § 1 czeskosłowackiego kodeksu handlu międzynarodowego z 1968 r. uregulowano w nim prawne stosunki majątkowe w międzynarodowym obrocie handlowym. W jego § 2 wymieniono poszczególne rodzaje tych stosunków oraz zastrzeżono, iż są to w zasadzie stosunki powstające między kupcami nie mającymi swej siedziby lub miejsca zamieszkania na obszarze tego samego państwa. Natomiast zgodnie z § 1 ust. 1 ustawy h. NRD z 1976 r. o międzynarodowych kontraktach gospodarczych stosowało się ją do tych kontraktów i zwią-

wiedział się za podziałem prawa na międzynarodowe i krajowe na podstawie kryterium charakteru źródeł prawa (międzynarodowe lub krajowe). Odrzucił poglądy, zgodnie z którymi rozgraniczenie to powinno być dokonane z zastosowaniem kryterium przedmiotu regulacji (charakteru stosunków), stwierdzając, iż trudno uznać prawotwórstwo jednego państwa za źródło praw i obowiązków w skali międzynarodowej.

Według J. Jakubowskiego, inaczej niż twierdził C.M. Schmitthoff, na międzynarodowe prawo handlowe składają się tylko normy ujednolicone, będące produktem wspólnej działalności prawotwórczej państw. Natomiast nie wchodzi w skład tego prawa normy powstałe dzięki działalności normotwórczej organizacji i środowisk handlowych poza ramami stosunków międzypaństwowych, przez które rozumiał on przede wszystkim zwyczaje handlowe i wzorce umów w obrocie międzynarodowym. Norm tych J. Jakubowski trafnie nie uznawał za prawo, lecz za normy stanowiące system ściśle sprzężony z systemem prawnym, jako systemem norm tworzonych przez państwo, za pośrednictwem zasady swobody umów w prawie cywilnym i zasady stosowania zwyczajów handlowych przez państwo w określonych sytuacjach²¹. Z uwagi na fakt, iż moc wiążąca niepaństwowego unormowania transakcji międzynarodowych wywodzi się z prawa i jest od niego zależna oraz ze względu na wyprzedzanie przez wspomniane unormowania regulacji prawnych, dla których te pierwsze stanowią źródło inspiracji i konkretnych rozwiązań, przyjęta kwalifikacja norm zaliczanych do tzw. autonomicznego prawa kupieckiego miała dla niego większe znaczenie teoretyczne niż praktyczne.

Wymienione cechy międzynarodowego prawa handlowego pozwalają określić je jako system norm powstałych w drodze wspólnej prawotwórczej działalności państw, przedmiotem regulacji którego są stosunki gospodarcze między podmiotami prawa cywilnego różnych państw²². Stosownie do późniejszej, bardziej rozbudowanej definicji

zanych z nimi stosunków prawnych w „określonych sytuacjach”. Z kolei w art. 1 § 1 projektu polskiej Ustawy o stosunkach cywilnoprawnych w handlu międzynarodowym z czerwca 1981 r. stwierdzono, że reguluje ona stosunki cywilnoprawne w handlu międzynarodowym.

²¹ Więcej na temat tych zasad w prawie polskim i kontekście zwyczajów handlu międzynarodowego zob. J. Jakubowski, w: J. Jakubowski, M. Tomaszewski, A. Tynel, A.W. Wiśniewski: *Zarys...*, s. 24–25; J. Łopuski, w: Z. Gordon, Z. Kwaśniewski, J. Łopuski, J. Winiarz: *Prawo obrotu gospodarczego*. Red. J. Winiarz. Wyd. 2. Warszawa 1987, s. 333–334.

²² Por. J. Jakubowski: *Prawo jednolite...*, s. 37.

tegoż autora międzynarodowe prawo handlowe stanowi zespół norm o charakterze międzynarodowym, regulujących stosunki cywilnoprawne w międzynarodowej współpracy gospodarczej i naukowo-technicznej, które powstają w drodze legislacji międzynarodowej oraz tworzenia się zwyczajów i wzorców umów w praktyce tej współpracy²³. Przez legislację międzynarodową J. Jakubowski rozumiał wspólną działalność legislacyjną państw, mającą na celu regulowanie stosunków cywilnoprawnych we wspomnianej dziedzinie współpracy, która przejawia się w formie umów międzynarodowych (międzypaństwowych) i uchwał organizacji międzynarodowych (międzyrządowych). Z zakresu tego prawa wyłączał grupy norm dotyczące międzynarodowego przewozu oraz międzynarodowego obrotu osiągnięciami technicznymi, ponieważ pierwsza z nich wchodzi w skład prawa przewozowego, druga zaś – w skład prawa ochrony własności intelektualnej, które wykształciły się w odrębne dziedziny prawa.

J. Jakubowski dostrzegał nieadekwatność znaczeniową nazwy „międzynarodowe prawo handlowe”, które reguluje nie tylko działalność handlową w znaczeniu ekonomicznym, lecz również inne przejawy działalności gospodarczej, tj. działalność produkcyjną i usługową. Mimo to opowiadał się za jej utrzymaniem, argumentując, iż termin „prawo handlowe” nie tylko tradycyjnie wskazuje na cywilnoprawny sposób regulacji (charakter norm), lecz również umożliwia odróżnienie tego działu prawa od „międzynarodowego prawa gospodarczego”, przez które rozumie się zbiór norm publicznoprawnych odnoszących się do międzynarodowych stosunków gospodarczych. Podkreślał także, iż przymiotnik „handlowy” nie wskazuje bynajmniej na prawo handlowe w tradycyjnym, dziewiętnastowiecznym rozumieniu, jako na specjalistyczny „aneks” do prawa cywilnego²⁴.

²³ Por. J. Jakubowski, w: J. Jakubowski, M. Tomaszewski, A. Tynel, A.W. Wiśniewski: *Zarys...*, s. 12. Podobnie J. Skrzypowski, A. Tynel: *Podstawowe klauzule umowy sprzedaży towarów w obrocie międzynarodowym*. Warszawa 1995, s. 12.

²⁴ Na temat wzajemnego stosunku prawa cywilnego i prawa handlowego zob. D. Tallon: *Civil Law and Commercial Law*. In: *Encyclopedia of Comparative Law*. T. 8: *Specific Contracts*. Ed. K. Zweigert. Tübingen–Hague–Boston–London 1983, rozdz. 2, *passim*. Lansowaną przez J. Jakubowskiego koncepcję międzynarodowego prawa handlowego poddał dyskusyjnej krytyce J. Gilas (*Międzynarodowe prawo gospodarcze*. Bydgoszcz 1998, s. 25–26), akcentując duży wpływ na to prawo międzynarodowego prawa publicznego, chociaż oczywistych związków między tymi działami prawa oraz ich wzajemnego oddziaływania nie można uznać z punktu widzenia teoretycznych zasad systematyki za wystarczające przesłanki do twierdzenia, że międzynarodowe prawo handlowe, które reguluje stosunki cywilnoprawne, uległo tak daleko idącemu „upublicznieniu”, iż utraciło swój prywatnoprawny charakter.

Podobnie, jeśli chodzi o podstawowe założenia, ujmował międzynarodowe prawo handlowe pod koniec lat osiemdziesiątych ubiegłego stulecia J. Łopuski²⁵. Nazwę tę zastrzegał wyłącznie dla zespołu norm cywilnoprawnych o pochodzeniu międzynarodowym, tworzonych w drodze międzynarodowej działalności prawotwórczej państw oraz organizacji i środowisk handlowych, które są przeznaczone do regulowania handlu międzynarodowego, rozumianego jako międzynarodowa wymiana wszelkich dóbr i usług o znaczeniu gospodarczym. Na zespół ten składają się:

1) normy tworzone w drodze międzynarodowej działalności prawotwórczej państw (konwencje, ustawy jednolite), zwane legislacją międzynarodową;

2) reguły międzynarodowe, ogólne warunki i wzory umów opracowane przez organizacje międzynarodowe;

3) ogólne warunki i wzorcowe kontrakty opracowane przez międzynarodowe zrzeszenia branżowe;

4) zwyczaje międzynarodowe.

O ile jednak J. Jakubowski uznawał, że normy międzynarodowego prawa handlowego układają się w system, będący wprawdzie *in statu nascendi*, o tyle J. Łopuski twierdził, że normy tego prawa stanowią wprawdzie uporządkowany zbiór, ale nie tworzą jeszcze spójnego systemu.

Przez międzynarodową legislację handlową J. Łopuski rozumie jej rezultat, tzn. tworzone z udziałem państw normy cywilnoprawne, przeznaczone do regulacji stosunków handlu międzynarodowego. Wyróżnił trzy metody wprowadzenia (stanowienia) tych norm: wielostronną konwencję międzynarodową, jednolitą ustawę wzorcową i uchwałę organizacji międzynarodowej.

J. Łopuski, tak jak wcześniej J. Jakubowski, trafnie zauważył, iż tylko normy stanowione w drodze działalności prawotwórczej państw mają charakter norm prawnych, a więc tworzą prawo obowiązujące niezależnie od woli stron. Natomiast postanowienia ogólnych warunków i wzorców umów nie są prawem w znaczeniu przedmiotowym, ponieważ obowiązują tylko z mocy umowy (woli) stron, które się na takie warunki i wzorce powołują; zawierają one nie mające charakteru prawnie wiążącego, ujednolicone w skali międzynarodowej reguły postępowania. J. Łopuski uznał jednak za uzasadnione wyróżnienie reguł zawartych w ogólnych warunkach i wzorcach umów jako źródła regulacji stosunków w międzynarodowym obrocie handlowym z uwagi na ich znaczenie, ponieważ zostały opracowane z udziałem

²⁵ Por. J. Łopuski, w: Z. Gordon, Z. Kwaśniewski, J. Łopuski, J. Wi-niarz: *Prawo obrotu...*, s. 312 i nast. oraz s. 335 i nast.

organizacji międzynarodowych, w których reprezentowane są interesy różnych państw i ugrupowań gospodarczych; wskutek tego mogą one przekształcać się w zwyczaje i wpływać na treść norm stanowionych w drodze legislacji międzynarodowej.

Przez międzynarodowy zwyczaj handlowy J. Łopuski rozumie powszechną praktykę określonych środowisk lub kręgów w handlu międzynarodowym, słusznie wyłączając z zakresu tego pojęcia reguły opracowane pod egidą organizacji międzynarodowych, choćby były one inspirowane przez zwyczaj, ponieważ są efektem świadomej działalności normotwórczej (także niepaństwowej) w celu ujednolicenia warunków umów, a z istoty zwyczaju wynika, że nie może on być stanowiony. Tak pojmowany zwyczaj również nie stanowi normy prawnej, ponieważ obowiązuje jedynie wtedy, gdy strony umowy się na niego powołają bądź też wtedy, gdy odsyła do niego ustawa. Reguły zwyczajowe mają duże znaczenie jako regulator międzynarodowych stosunków handlowych i są ściśle powiązane z międzynarodową legislacją handlową, uzupełniając jej niedostatki. Międzynarodowy zwyczaj handlowy jako reguła zachowania przyjęta w praktyce jest jednak wypierany przez reguły zawarte w ogólnych warunkach i wzorcach umów, ponieważ korzystanie z nich jest łatwiejsze i bardziej pewne. Wspomniany zwyczaj stanowi w znaczeniu „materialnym” (faktycznym) źródło międzynarodowego prawa handlowego, gdyż wpływa na treść jego norm.

Do koncepcji międzynarodowego prawa handlowego przyjętej w Raporcie sekretarza generalnego ONZ z 1966 r. nawiązywali bezpośrednio, podobnie jak J. Jakubowski i J. Łopuski, w doktrynie b. CSRS – R. Bystrický²⁶, w doktrynie Węgier F. Mádl²⁷, a w doktrynie b. Jugosławii – A. Goldštajn²⁸. Zasadniczo zbieżne z tą koncepcją wydają się w nauce polskiej aktualne poglądy na temat pojęcia międzynarodowego prawa handlowego J. Rajskiego²⁹ i A. Tyne-
la³⁰, przy czym ten drugi przyjmuje, iż prawo to wykształciło się już w spójny system i stanowi odrębną gałąź.

²⁶ Zob. R. Bystrický: *Právo mezinárodního obchodu*. Praha 1967, s. 15 i nast.

²⁷ Zob. F. Mádl: *The Law of International Economic Relations*. Budapest 1978, s. 65.

²⁸ Zob. *Međunarodno trgovačko pravo*. Uvod i red. A. Goldštajn. Zagreb 1970, s. XI i nast.

²⁹ Zob. J. Rajski: *Potrzeba stopniowej kodyfikacji międzynarodowego prawa handlowego w skali światowej*. „Państwo i Prawo” 1985, z. 9, s. 46–54; Idem: *Koncepcja stopniowej kodyfikacji międzynarodowego prawa handlowego w skali światowej*. PPHZ 1987, T. 11, s. 9–23.

³⁰ Zob. A. Tyneł, J. Funk, W. Chwałej: *Międzynarodowe prawo handlowe*. Warszawa 2002, s. 20–21, 25.

W doktrynie francuskiej pod koniec szóstej dekady XX w. Y. Loussouran i J.-D. Bredin³¹ uznali międzynarodowe prawo handlowe, nazywane przez nich „prawem handlu międzynarodowego” (fr. *droit du commerce international*), w zasadzie za szczególny dział prawa prywatnego, nie udzielając jednak odpowiedzi na pytanie, czy jest ono częścią tradycyjnie pojmowanego prawa handlowego. Prawo handlu międzynarodowego tworzy według nich ogół norm regulujących operacje gospodarcze, które nie dają się ująć w ramy tylko jednego państwa. Przedmiotem regulacji tego prawa są zatem wszelkie międzynarodowe stosunki handlowe, to znaczy takie, które pozostają w istotnym związku z więcej niż jednym państwem. Niektóre z norm prawa handlu międzynarodowego należą do prawa wewnętrznego poszczególnych państw, inne zaś wynikają z konwencji lub zwyczajów międzynarodowych. Można wprowadzić kwestionować samoregulację stosunków handlowych w postaci zwyczajów, które przecież nie są opatrzone sankcją państwową, jednak nie można ignorować istnienia takiej regulacji. Na prawo handlu międzynarodowego składają się głównie normy merytoryczne, a w coraz bardziej ograniczonym zakresie – normy kolizyjne. Prawo handlu międzynarodowego wykazuje ściśle związki z krajowym (wewnętrznym) prawem handlowym, to zaś z kolei funkcjonuje w pogłębiającej się symbiozie z prawem publicznym. Kryterium wyróżnienia dziedziny międzynarodowego prawa handlowego jest zatem jego przedmiot regulacji: prywatnoprawne stosunki handlowe o charakterze międzynarodowym.

Podobnie za ujęciem międzynarodowego prawa handlowego jako odrębnej dziedziny prawa prywatnego zdają się opowiadać w nauce francuskiej pod koniec ubiegłego wieku J.-M. Jacquet i P. Delebecque³², przy czym prawo to określają, wbrew ustalonej tradycji, mianem „międzynarodowego prawa gospodarczego” (fr. *droit international economique*), odróżniając je od „prawa handlu międzynarodowego” (fr. *droit du commerce international*). Według nich na międzynarodowe prawo gospodarcze składają się normy prywatnoprawne, które regulują stosunki o charakterze międzynarodowym między stronami czynności (zdarzeń) handlowych, zapewniając bezpieczeństwo, lojalność i sprawiedliwość w tych stosunkach. Natomiast prawo handlu międzynarodowego zawiera normy będące prawnym wyrazem dyrektyw natury ekonomicznej w dziedzinie światowej orga-

³¹ Y. Loussouarn, J.-D. Bredin: *Droit du commerce international*. Paris 1969, s. 4–13.

³² Zob. J.-M. Jacquet, P. Delebecque: *Droit du commerce international*. Éd. 2. Paris 1999, s. 3.

nizacji wymiany dóbr i usług, które regulują stosunki między państwami.

Kontynuatorami tego podejścia, jednak z zastosowaniem utartego wcześniej nazewnictwa, są aktualnie w nauce francuskiej R. Fabre, J.M. Mousseron, J. Raynard i J.-L. Pierre³³. Według nich prawo handlu międzynarodowego stanowi zasadniczo dział prawa prywatnego, który reguluje, głównie za pomocą norm merytorycznych, w mniejszym zaś zakresie za pomocą norm kolizyjnych, prawne stosunki mikroekonomiczne, tzn. zachodzące między indywidualnymi „operatorami” handlu międzynarodowego; przy czym przez handel ten rozumieją ogół międzynarodowych stosunków gospodarczych, tj. oprócz czynności składających się na wymianę lub dystrybucję dóbr, również usługi (ubezpieczeniowe, bankowe, turystyczne i in.) oraz działalność finansową i produkcyjną. Różni się ono przedmiotem regulacji od, stanowiącego gałąź prawa publicznego, międzynarodowego prawa gospodarczego (fr. *droit international économique*), które reguluje stosunki międzynarodowej wymiany gospodarczej w makroskali, tzn. z punktu widzenia państw i ich organizacji. Prawo handlu międzynarodowego nie jest również częścią tradycyjnego prawa handlowego. Obce są mu definicje i partykularyzmy charakterystyczne dla wewnętrznego prawa handlowego. Nie można go zatem utożsamiać ani ze specjalnym „prawem kupców”, ani też z „prawem czynności handlowych”, nawet jeśli obejmuje się nim przede wszystkim transakcje między przedsiębiorcami. Prawo handlu międzynarodowego należy także odróżnić od dziedzin prawa mieszczących w sobie aspekty prawa publicznego, przede wszystkim zaś od „prawa obrotu gospodarczego” (*droit des affaires*), zawierającego elementy prawa podatkowego i rachunkowości³⁴, oraz od „prawa przedsiębiorstw” (*droit de l'entreprise*), dodatkowo obejmującego jeszcze elementy prawa ubezpieczeń społecznych i prawa administracyjnego. Międzynarodowy charakter handlu powinien być, stosownie do ich poglądów, ustalany z zastosowaniem dwóch komplementarnych kryteriów: prawnego (wykraczanie stosunku prawnego poza system prawa jednego państwa) i ekonomicznego (wykraczanie stosunku gospodarczego poza granice państwa, np. płatność międzynarodowa, transgraniczny przepływ wartości ekonomicznych). Charakterystyczną cechą prawa han-

³³ Zob. R. Fabre, J.M. Mousseron, J. Raynard, J.-L. Pierre: *Droit du commerce international. Droit international de l'entreprise*. Paris 2000, s. 1–18.

³⁴ Na temat tego prawa zob. przykładowo Y. Guyon: *Droit des affaires*. Éd. 5. Paris 1988, *passim* (prawo krajowe); J. Schapira: *Le droit international des affaires*. Paris 1972, *passim* (prawo międzynarodowe).

dlu międzynarodowego jest partykularyzm jego źródeł, który przejawia się między innymi we wzrastającym znaczeniu samoregulacji, przybierającej postać norm wykształconych samorzutnie w praktyce obrotu lub tworzonych przez samych przedsiębiorców (formularze kontraktowe, ogólne warunki umów), oraz zwyczajów korporacyjnych, które tworzą w sumie prawo prawdziwie transnarodowe („anarodowe”).

Koncepcje nawiązujące do prawa publicznego – międzynarodowe prawo handlowe jako dział międzynarodowego prawa publicznego

W latach siedemdziesiątych i osiemdziesiątych ubiegłego wieku reprezentowany był w doktrynie radzieckiej (ZSRR) pogląd, że międzynarodowe prawo handlowe (ros. *meždunarodnoe torgovoe pravo*) jest częścią (działem) międzynarodowego prawa publicznego. Za taką kwalifikacją międzynarodowego prawa handlowego opowiadali się przede wszystkim G.M. Veljaminov i V.I. Lisovskij. G.M. Veljaminov³⁵ stwierdził, iż szybki wzrost i złożoność stosunków handlowo-gospodarczych, ich rozwój w warunkach światowego współistnienia państw reprezentujących różne systemy społeczno-gospodarcze oraz tworzenia i działalności regionalnych ugrupowań gospodarczych stanowią przesłanki dla powstania odrębnego działu prawa międzynarodowego publicznego, który reguluje handlowo-gospodarcze stosunki między państwami, nazywanego międzynarodowym prawem handlowym. Według V.I. Lisovskiego³⁶, prawo to stanowi zbiór zmieniających się w czasie reguł zachowania (norm konwencyjnych i zwyczajowych), które regulują stosunki handlowe między państwami. Przytoczona definicja została powtórzona w pracy zbiorowej pod redakcją V.I. Lisovskiego, z udziałem autorów z Bułgarii (M. Genovskij), b. NRD (K. Becher, Ch. Heinschel, G. Strobach) i Polski (B. Reut)³⁷. Prawo to obejmuje normy wynikające z międzynarodowych umów i zwy-

³⁵ Por. G.M. Veljaminov: *Pravovyje uregulirovanie meždunarodnoj torgovli*. Moskva 1972, s. 235.

³⁶ Por. V.I. Lisovskij: *Meždunarodnoe torgovoe i finansovoe pravo*. Moskva 1974, s. 3.

³⁷ Zob. *Meždunarodnoe torgovoe pravo*. Red. V. Lisovskij. Moskva 1979, s. 7 i nast.

czajów, jego celem zaś jest regulacja stosunków powstałych wskutek realizacji międzynarodowego obrotu handlowego (handlu międzynarodowego). Podmiotami międzynarodowego prawa handlowego są państwa. Natomiast osoby fizyczne i prawne zawierające międzynarodowe transakcje handlowe podlegają prawu swych państw i powinny przestrzegać reguł przewidzianych w umowach międzynarodowych, które zostały zawarte przez te państwa.

Tak rozumiane międzynarodowe prawo handlowe M.M. Boguslavskij³⁸ określił bardziej adekwatnym mianem „międzynarodowego prawa gospodarczego” (ros. *meždunarodnoe ekonomičeskoe pravo*) i zdefiniował jako dział międzynarodowego prawa publicznego, stanowiący zbiór zasad i norm, które regulują stosunki między państwami i innymi podmiotami tego prawa w dziedzinie międzynarodowych stosunków ekonomicznych w celu zabezpieczenia trwałości i stabilności tych stosunków, ich realizacji na podstawie równouprawnienia i wzajemnych korzyści oraz międzynarodowego bezpieczeństwa gospodarczego państw.

Podobnie jak M.M. Boguslavski, nazywała i pojmowała wyżej zdefiniowane prawo większość przedstawicieli radzieckiej nauki, poczynawszy od publikującego w trzeciej dekadzie XX w. V.M. Koreckiego³⁹ (ros. *meždunarodnoe chozjaistvennoe pravo*), przez koncepcje „międzynarodowego publicznego prawa cywilnego” (ros. *meždunarodnoe publičnoe graždanskoe pravo*) lub „międzynarodowego prawa majątkowego” (ros. *meždunarodnoe imuščestvennoe pravo*) I.S. Pereterskiego⁴⁰ z połowy lat czterdziestych ubiegłego wieku, po stanowiska publikujących w latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych tego stulecia G.E. Bubajlika⁴¹, D.I. Feldmana⁴², B.M. Ašavskiego⁴³, G.I. Tunkina⁴⁴ i E.T. Usenki⁴⁵.

³⁸ Por. M.M. Boguslavskij: *Meždunarodnoe ekonomičeskoje pravo*. Moskwa 1986, s. 35.

³⁹ Zob. V.M. Koreckij: *Očerki meždunarodnogo chozjaistvennogo prava*. Charkov 1983, *passim*.

⁴⁰ Zob. I.S. Pereterskij: *Uvod*, in: I.S. Pereterskij, S.B. Kryłow: *Meždunarodnoe častnoe pravo*. Tartu 1947.

⁴¹ Zob. G.E. Bubajlik: *Pravovye regulirovanie meždunarodnych ekonomičeskich otnošenij*. Kijew 1977, s. 216–338.

⁴² Zob. D.I. Feldman: *Sistema meždunarodnogo prava*. Kazan' 1983, s. 40–41, 62.

⁴³ Zob. B.M. Ašavskij: *Progressivnoe razvitie principov meždunarodnogo ekonomičeskogo prava v svete perestrojki meždunarodnych ekonomičeskich otnošenij*. „Diplomatičeskij vestnik” [Moskwa] 1983–1984, s. 199–208.

⁴⁴ Zob. *Meždunarodoe pravo*. Red. G.I. Tunkin. Moskwa 1974, s. 71.

⁴⁵ Zob. E.T. Usenko, in: *Meždunarodoe pravo*. Red. G.I. Tunkin. Moskwa 1982, s. 367–396.

Zwolennikami koncepcji międzynarodowego prawa handlowego (ang. *international trade law*) jako działu międzynarodowego prawa publicznego, które reguluje stosunki gospodarcze między państwami, są współcześnie w doktrynie brytyjskiej R.E. Hudec⁴⁶, I. Carr⁴⁷ i M.G. Desta⁴⁸. Natomiast J. Linarelli⁴⁹ i A. Lowenfeld⁵⁰ określają to prawo mianem „międzynarodowego prawa gospodarczego” (ang. *international economic law*).

Międzynarodowe prawo handlowe w ujęciu szerokim – jako interdyscyplinarna dziedzina prawa⁵¹

Zwolennikami szerokiego zakresu przedmiotowego i podmiotowego międzynarodowego prawa handlowego byli w doktrynie radzieckiej na przełomie lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych poprzedniego stulecia V.I. Menżinski i I.V. Šapovalov oraz M.M. Boguslavski, a także A.B. Altšuler. Dwóch pierwszych autorów określało międzynarodowe prawo handlowe jako zbiór cywilnych i publicznoprawnych norm, które regulują całokształt stosunków związanych z realizacją międzynarodowego obrotu handlowego⁵². Ich pogląd znalazł rozwinięcie w wysuniętej przez M.M. Boguslavskiego koncepcji „międzynarodowego socjalistycznego prawa gospodarczego” (ros. *meždunarodnoe socialističeskoe choziajstvennoe pravo*), mającego stanowić system norm prawnych regulujących stosunki w ramach socjalistycznej integracji gospodarczej. Prawo to M.M. Boguslavski⁵³ zdefiniował jako kompleksową dziedzinę, która obejmuje normy międzynarodowego prawa publicznego, prawa prywatnego międzynarodowego oraz pra-

⁴⁶ Zob. R.E. Hudec: *Essays on the Nature of International Trade Law*. London 1999, *passim*.

⁴⁷ Zob. I. Carr: *International Trade Law*. London 2002, *passim*.

⁴⁸ Zob. M.G. Desta: *The Law of International Trade in Agricultural Products*. The Hague 2002, *passim*.

⁴⁹ Zob. J. Linarelli: *International Economic Law*. London 2002, *passim*.

⁵⁰ Zob. A. Lowenfeld: *International Economic Law*. Oxford 2002, *passim*.

⁵¹ Por. J. Poczubut: *Pojęcie...*, s. 661–663.

⁵² Zob. V.I. Menżinskij, I.V. Šapovalov: *Razrabotka w OON pravovyh principov meždunarodnogo torgovogo sotrudničestva*. „Pravovedenie” 1969, № 3, s. 109.

⁵³ Por. M.M. Boguslavskij: *Pravovoe regulirovanie meždunarodnych choziajstvennych otnošenij*. Moskva 1970, s. 70 i nast.

wa krajowego: cywilnego, administracyjnego i innych jego gałęzi. Miało ono stanowić dział ogólniejszej kategorii międzynarodowego prawa gospodarczego, którego teoretyczne wydzielenie było, jego zdaniem, uwarunkowane przede wszystkim koniecznością kompleksowej regulacji międzynarodowych stosunków gospodarczych w ramach światowego systemu socjalistycznego. Ścisły związek i współzależność norm międzynarodowego prawa publicznego i prawa prywatnego międzynarodowego przy regulacji tych stosunków uzasadniały propozycję wydzielenia takiej kompleksowej dziedziny.

Przedstawione wcześniej interdyscyplinarne podejście M.M. Bogusławskiego znalazło odzwierciedlenie w poglądach A.B. Altšulera⁵⁴, który podjął próbę wykazania, że międzynarodowe prawo walutowe stanowi nową dziedzinę (gałąź) prawa. Prawo to określił jako zbiór norm prawa międzynarodowego i prawa krajowego, regulujących szczególnie kompleks stosunków, które powstają w obrocie międzynarodowym między podmiotami mającymi różny charakter prawny (państwami, międzynarodowymi organizacjami finansowymi, bankami oraz innymi osobami prawnymi i fizycznymi), dotyczących waluty i innych wartości walutowych. Stosownie do tej definicji przedmiotem regulacji międzynarodowego prawa walutowego są różniące się naturą międzynarodowe stosunki walutowe, co skutkuje swoistym połączeniem różnorodnych zasad z zakresu prawa międzynarodowego, prawa cywilnego, prawa państwowego i innych gałęzi prawa krajowego.

Zaproponowane przez M.M. Bogusławskiego szerokie ujęcie międzynarodowego prawa handlowego dominowało w doktrynie i ustawodawstwie b. NRD lat osiemdziesiątych XX w. Zwolennikiem takiego ujęcia, którego źródła można dopatrywać się w koncepcji „prawa międzynarodowych stosunków gospodarczych” (niem. *das Recht der internationalen wirtschaftlichen Beziehungen*) H. Wiemanna i M. Kempera z lat pięćdziesiątych ubiegłego stulecia⁵⁵, był przede wszystkim D. Maskow⁵⁶.

W sposób podobny do wymienionych wcześniej przedstawicieli nauki radzieckiej i b. NRD ujmował prawo handlu międzynarodowego (fr. *droit du commerce international*) pod koniec lat siedemdziesią-

⁵⁴ Zob. A.B. Altšuler: *Meždunarodnoe valutnoe pravo*. Moskva 1984, s. 37. 41.

⁵⁵ Zob. M.M. Bogusławskij: *Meždunarodnoe...*, s. 259.

⁵⁶ Por. D. Maskow: *Internationales Wirtschaftsrecht – Rechtszweig, Wissenschaftszweig oder Rechtsgebiet?* „Staat und Recht” 1985, Nr. 6, s. 507 i nast. Zob. też *Die rechtliche Regelung der internationalen Wirtschaftsbeziehungen der DDR zu Partnern im nicht-sozialistischen Wirtschaftsgebiet*. Hrsg. H. Rudolph, H. Strohbach. Berlin 1982, passim; *Marxistisch-leninistische Staats- und Rechtstheorie. Lehrbuch*. Berlin 1980, s. 554–555.

tych XX w. doktrynie francuskiej B. Oppetit⁵⁷. Według niego prawo to stanowi kompleks norm z dziedziny prawa publicznego i prywatnego o charakterze krajowym i międzynarodowym, które regulują stosunki handlowe wykraczające poza granice jednego państwa, źródłami zaś tego prawa są ustawy, konwencje, jednolita praktyka i nauka.

Kontynuatorami tradycji szerokiego pojmowania międzynarodowego prawa handlowego są w nauce francuskiej od drugiej połowy lat siedemdziesiątych do początku lat dziewiętej dekady ubiegłego stulecia B. Jadaud i R. Plaisant⁵⁸. Według nich międzynarodowe prawo handlowe jest zespołem reguł prawa prywatnego i publicznego, które regulują transakcje handlowe (w tym również finansowe) dokonywane przez osoby prowadzące interesy usytuowane w różnych państwach. Reguły te są zawarte w normach prawa krajowego, postanowieniach umów międzynarodowych, międzynarodowych unormowaniach zawodowych i zwyczajach międzynarodowych, przy czym największe znaczenie mają kolizyjne normy krajowego prawa prywatnego międzynarodowego.

Zwolennikiem szerokiego zakresu międzynarodowego prawa handlowego, określanego mianem „prawa handlu międzynarodowego”, które mieści się jednak w ramach systemu prawnego jednego państwa, był w doktrynie brytyjskiej na początku ósmej dekady ubiegłego stulecia M.S.W. Hoyle⁵⁹. Prawo handlu międzynarodowego uznał on za prawo krajowe dotyczące handlu międzynarodowego: obowiązujące i stosowane w danym państwie. Na prawo to składają się normy prawa prywatnego i publicznego, które regulują zawarcie i realizację transakcji dokonywanych w handlu międzynarodowym. W rezultacie pisał o „brytyjskim prawie handlu międzynarodowego”.

Międzynarodowe prawo handlowe jako dział międzynarodowego prawa gospodarczego⁶⁰

W doktrynie państw wysoko rozwiniętych gospodarczo od lat sześćdziesiątych do osiemdziesiątych XX w. konkurowały z sobą dwie

⁵⁷ B. Oppetit: *Droit du commerce international*. Paris 1977, s. 13–15.

⁵⁸ Por. B. Jadaud, R. Plaisant: *Droit du commerce international*. Éd. 4. Paris 1991, s. 1.

⁵⁹ M.S.W. Hoyle: *The Law of International Trade*. London 1981, s. 1–7.

⁶⁰ Por. J. Poczobut: *Pojęcie...*, s. 663–664.

różne grupy poglądów na temat istoty międzynarodowego prawa gospodarczego. Według jednej z nich prawo to jest tworzone przez podmioty międzynarodowego prawa publicznego i reguluje stosunki gospodarcze tylko między tymi podmiotami. Stanowi zatem dział międzynarodowego prawa publicznego, który dotyczy międzypaństwowych stosunków gospodarczych (międzynarodowe prawo gospodarcze w znaczeniu wąskim)⁶¹. Stosownie do drugiej grupy poglądów międzynarodowe prawo gospodarcze stanowi dotyczącą gospodarki międzynarodowej interdyscyplinarną dziedzinę prawa, w skład której wchodzi, oprócz norm międzynarodowego prawa publicznego, również normy międzynarodowego prawa handlowego jako autonomicznej dziedziny w ramach prawa prywatnego, którą propagowano od lat sześćdziesiątych ubiegłego wieku (międzynarodowe prawo gospodarcze w znaczeniu szerokim)⁶². Poniżej zostanie omówione jedynie międzynarodowe prawo gospodarcze w znaczeniu szerokim, ponieważ problematyka międzynarodowego prawa gospodarczego w znaczeniu wąskim wykracza poza ramy rozważań określone tytułem niniejszego opracowania.

⁶¹ Więcej na ten temat zob. m.in.: D. Carreau, P. Juillard, T. Flory: *Droit international economique*. Éd. 2. Paris 1980, s. 11 (stanowisko autorów nie wydaje się jednak konsekwentne, ponieważ ich dalsze rozważania prowadzą do wniosku, że opowiadają się za szeroką koncepcją międzynarodowego prawa gospodarczego – zob. s. 43); G. Schwarzenberger: *The Principles and Standards of International Economic Law, Recueil des cours. Akademie de droit international*. T. 117. Leiden 1966 I, s. 5 i nast.; Idem: *Economic World Order?* Manchester 1970, s. 4 i nast.; P. Picone, in: P. Picone, G. Sacerdoti: *Diritto internazionale dell'economia*. Milano 1982, s. 32–35; P. Verloren van Themaat: *Changing Structure of International Economic Law*. The Hague 1981, s. 320; W. Fikentscher: *Wirtschaftsrecht*. Bd. 1: *Weltwirtschaftsrecht. Europäisches Wirtschaftsrecht*. München 1983, s. 49 i nast. oraz powołaną tam literaturę; w piśmiennictwie polskim z podobnym poglądem wystąpili m.in.: J. Gilaś (*Międzynarodowe prawo...*, s. 11–33), J. Hołowiński (*Międzynarodowe prawo gospodarcze dla ekonomistów*. Warszawa 1982, s. 15–15, 100–102), J. Kolas (GATT: *Z zagadnień tworzenia i stosowania prawa handlu międzynarodowego*. Wrocław 1979, s. 8–9) i J. Łopuski (*Zarys prawa...*, s. 19–20, 23).

⁶² W razie włączenia do tak pojmowanego międzynarodowego prawa gospodarczego również norm prawa wewnętrznego dotyczących międzynarodowego obrotu gospodarczego, które współdziałają z normami międzynarodowymi, należałoby określić je mianem „prawa międzynarodowego obrotu gospodarczego”. Zob. J. Łopuski: *Zarys prawa...*, s. 23. Jeszcze inne znaczenie – powołując się na piśmiennictwo „zachodnie” – przypisuje pojęciu międzynarodowego prawa gospodarczego J. Jakubowski (*Prawo jednolite...*, s. 31–32 oraz powołana tam literatura), według którego pojęcie to jest niekiedy stosowane na określenie norm międzynarodowego prawa publicznego odnoszących się do międzynarodowego obrotu gospodarczego i norm administracyjnoprawnych o charakterze międzynarodowym (normy ujednolicone), dotyczących obrotu z zagranicą.

W doktrynie francuskiej na początku piątej dekady ubiegłego stulecia P. Reuter⁶³, nawiązując do przedwojennego opracowania M. Traversa⁶⁴, wystąpił z propozycją szerokiego określenia zakresu międzynarodowego prawa gospodarczego (fr. *droit économique international*), które powinno obejmować również międzynarodowe prawo handlowe jako autonomiczną dziedzinę w ramach prawa prywatnego. Według niego międzynarodowe prawo gospodarcze stanowi część prawa międzynarodowego (publicznego i prywatnego), regulującego problemy prawne produkcji, konsumpcji i obrotu wartościami majątkowymi.

Podobny pogląd wyraził przedstawiciel nauki francuskiej Ch. Joerges⁶⁵ w pierwszych latach siódmej dekady XX w. Określając międzynarodowe prawo gospodarcze mianem „transnarodowego”, twierdził, iż jest ono dziedziną prawa obejmującą wszelkie normy, które regulują międzynarodowe stosunki gospodarcze, w tym również normy nowego prawa kupieckiego (*lex mercatoria*), tworzone przez uczestników międzynarodowego obrotu handlowego.

Na przełomie lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych ubiegłego wieku w nauce francuskiej D. Carreau, P. Juillard i T. Flory⁶⁶ włączyli międzynarodowe prawo handlowe w znaczeniu autonomicznej dziedziny w ramach prawa prywatnego do szerszej kategorii międzynarodowego prawa gospodarczego o charakterze interdyscyplinarnym. Takie podejście dało podstawę do przyjęcia, że podmiotami międzynarodowego prawa gospodarczego są, oprócz państw i organizacji międzynarodowych, również jednostki, przedsiębiorstwa i międzynarodowe organizacje niepaństwowe (przede wszystkim transnarodowe korporacje), przedmiot zaś jego regulacji stanowią także stosunki z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego (w tym zagadnienia prawno-gospodarczego statusu cudzoziemca, eksterytorialnego stosowania ustaw krajowych oraz kartelowych porozumień przedsiębiorstw) oraz zagraniczne inwestycje, normowane przez wewnętrzne prawo gospodarcze.

Z interdyscyplinarną koncepcją międzynarodowego prawa gospodarczego, w ramach którego mieściłoby się również międzynarodowe

⁶³ Por. P. Reuter: *Le droit économique international*. „Cours d'Institut des Hautes études internationales” [Paris] 1952/3, s. 2.

⁶⁴ Zob. M. Travers: *Le Droit commercial international*. T. 5: 1932–1938 oraz *Juris-Classeur de Droit International*. Red. B. Goldmann. T. 6: *Droit international commercial*.

⁶⁵ Por. Ch. Joerges: *Vorüberlegungen zu einer Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts*. *RabelsZ* 1973, H. 1, s. 6–79.

⁶⁶ Por. D. Carreau, P. Juillard, T. Flory: *Droit international...*, s. 50.

prawo handlowe jako autonomiczna dziedzina prawa prywatnego, występował w niemieckiej doktrynie od połowy piątej dekady ubiegłego wieku G. Erler⁶⁷, przyjmując, że źródłem norm tego prawa jest nie tylko prawo międzynarodowe, lecz również prawo krajowe. Według niego, określając pojęcie „międzynarodowe prawo gospodarcze”, nie należy uwzględniać podziału prawa na międzynarodowe i krajowe (wewnętrzne), lecz rozumieć je jako całokształt norm, które regulują zachowanie podmiotów prawa uczestniczących w obrocie gospodarczym, wykraczające poza granice jednego państwa⁶⁸.

Zgodnie z interdyscyplinarną koncepcją międzynarodowego prawa gospodarczego, przyjętą na początku lat osiemdziesiątych XX w. także przez przedstawiciela doktryny szwajcarskiej R. Bermeyo⁶⁹, obejmuje ono nie tylko normy prawa międzynarodowego, które regulują stosunki gospodarcze między państwami, ale również dotyczące stosunków gospodarczych normy prawa prywatnego międzynarodowego, które regulują stosunki handlowe o charakterze prywatnoprawnym, powiązane z różnymi państwami.

Koncepcję międzynarodowego prawa gospodarczego w znaczeniu szerokim, które obejmowałoby także międzynarodowe prawo handlowe jako autonomiczną dziedzinę w ramach prawa prywatnego, rozwinął i opracował najpełniej teoretycznie w pierwszej połowie ósmej dekady ubiegłego wieku przedstawiciel nauki niemieckiej W. Fikentscher⁷⁰. Precyzując to pojęcie, wyszedł z założenia, że każdą normę dotyczącą międzynarodowej gospodarki należy zaliczyć do „międzynarodowego prawa gospodarczego” (niem. *internationales Wirtschaftsrecht*), zwanego też „prawem gospodarki międzynarodowej” (niem. *das Recht der internationalen Wirtschaft*). Na ten kompleks norm składają się w przeważającej mierze normy międzynarodowego prawa publicznego oraz – w mniejszym zakresie – normy prawa prywatnego międzynarodowego. Prócz tego obejmuje on również całość norm dotyczącego gospodarki międzynarodowego prawa jednolitego (np. jednolite prawo weksłowe i czekowe zawarte w konwencjach genewskich z lat 1930–1931⁷¹, konwencję paryską z 1883 r. o ochronie włas-

⁶⁷ Por. G. Erler: *Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts*. Göttingen 1956, s. 17, 19.

⁶⁸ Zob. G. Erler: *Internationales Wirtschaftsrecht*. In: K. Strupp, H.-J. Schlochauer: *Wörterbuch des Völkerrechts*. Aufl. 2. Bd. 3. Berlin 1962, s. 862.

⁶⁹ R. Bermeyo: *Vers un nouvel ordre économique international. Etude centrée sur les aspects juridique*. Fribourg 1982, s. 12–13.

⁷⁰ Zob. W. Fikentscher: *Wirtschaftsrecht...*, s. 1 i nast., w szczególności zaś s. 49 i nast.

⁷¹ Dz.U. 1937, nr 26, poz. 175–180.

ności przemysłowej⁷², konwencję berneńską z 1886 r. o ochronie dzieł literackich i artystycznych⁷³ itd.) oraz całość opracowanych przez organizacje międzynarodowe, dotyczących międzynarodowej gospodarki, reguł postępowania, które mają obecnie większe znaczenie niż gospodarcze prawo kolizyjne i mogą, lecz nie muszą wywodzić się z międzynarodowego prawa publicznego ani też z prawa krajowego. Dlatego międzynarodowe prawo gospodarcze nie jest – jego zdaniem – „międzynarodowym prawem gospodarki” (niem. *das internationale Recht der Wirtschaft*), bez względu na to, czy określenie „międzynarodowe” rozumie się w znaczeniu publicznoprawnym, czy też prywatnoprawnym, czy wreszcie w obu znaczeniach naraz. Takie podejście uzasadnia – zdaniem W. Fikentschera – propozycję, aby pojęcie międzynarodowego prawa gospodarczego, wskazujące na obrót jedynie między narodami, zastąpić szerszym pojęciem „światowe prawo gospodarcze” (niem. *Weltwirtschaftsrecht*), w zakres którego wchodzi nie tylko prawna regulacja stosunków gospodarczych między podmiotami prawa międzynarodowego publicznego i innymi podmiotami prawa (przede wszystkim obywatelami i spółkami) w dziedzinie międzynarodowej gospodarki oraz podmiotowości prawnomiędzynarodowej, ale które kompleksowo reguluje uczestnictwo w międzynarodowym życiu gospodarczym. Światowe prawo gospodarcze W. Fikentscher postrzega jako prawo gospodarki międzynarodowej, obowiązujące na skalę międzynarodową lub skalę światową⁷⁴.

Działem międzynarodowego (światowego) prawa gospodarczego jest lansowane w ostatniej dekadzie XX w., głównie przez przedstawiciela szwajcarskiej doktryny A. Schnydera⁷⁵, „kolizyjne prawo gospodarcze” (niem. *Wirtschaftskollisionsrecht*), które zawiera również nieliczne normy zaliczane do międzynarodowego prawa handlowego jako autonomicznej dziedziny prawa prywatnego. Kolizyjne prawo gospodarcze rozstrzyga kolizje między systemami prawa gospodarczego różnych państw w gospodarczych międzynarodowych (transnarodowych) stanach faktycznych (wykraczających poza granice jednego państwa) przez wskazanie, który z tych systemów należy stosować w konkretnym przypadku. Na prawo to składają się normy kolizyjne przeważnie o charakterze publicznoprawnym, rzadziej zaś prywatnoprawnym, zawarte w krajowych i międzynarodowych źródłach prawa.

⁷² Dz.U. 1975, nr 9, poz. 51–52.

⁷³ Dz.U. 1935, nr 84, poz. 515.

⁷⁴ Por. W. Fikentscher: *Wirtschaftsrecht...*, s. 51.

⁷⁵ Zob. A.K. Schnyder: *Wirtschaftskollisionsrecht*. Zürich 1990, s. 3 i nast. oraz powołaną tam literaturę.

Dlatego nie zalicza się go zasadniczo do prawa prywatnego międzynarodowego, ani też ogólniej do prawa prywatnego, lecz do prawa publicznego, ponieważ porządkuje ono gospodarkę danego państwa i nią steruje w interesie społeczności, nie zajmując się ochroną indywidualnych interesów gospodarczych podmiotów prawa prywatnego⁷⁶.

Krytyczna analiza koncepcji międzynarodowego prawa handlowego⁷⁷

Uwagi ogólne

Zaprezentowane poglądy na temat natury międzynarodowego prawa handlowego układają się w szeroki i niejednorodny zestaw. Zasadnicze różnice w pojmowaniu tego prawa wynikają niekiedy z odmiennego nazewnictwa (odmienności stosowanej terminologii). Najczęściej spowodowane są jednak istotniejszymi przyczynami, do których należy przede wszystkim zaliczyć różnorodną tradycję prawną i systematykę gałęzi prawa, podyktowaną niekiedy względami ideologicznymi, różnice zakresu przedmiotowego poszczególnych gałęzi prawa krajowego oraz odmienne podejścia oparte na różnych celach i założeniach wyjściowych w zakresie nauki, praktyki i dydaktyki prawa. Duże znaczenie dla kształtowania poglądów na temat istoty międzynarodowego prawa handlowego miały również ewolucja poszczególnych działów prawa prywatnego oraz ich wzajemne przenikanie skutkujące interakcją, której wyrazem jest z jednej strony komercjalizacja prawa cywilnego, z drugiej zaś – zbliżanie prawa handlowego do prawa cywilnego. W prawie prywatnym międzynarodowym ewolucja ta wyrażała się przede wszystkim w znacznym rozwoju jego międzynarodowych źródeł, coraz częstszym stanowieniu norm koniecznego zastosowania⁷⁸ oraz koncepcji szerokiego pojmowania tego prawa, która polega na włączeniu do niego również krajowych

⁷⁶ Ibidem, s. 19 i nast.

⁷⁷ Por. J. Poczobut: *Pojęcie...*, s. 665–669.

⁷⁸ Na ten temat w piśmiennictwie polskim zob. B. Fuchs: *Statut kontraktowy a przepisy wymuszające swoje zastosowanie*. Katowice 2003, passim; M. Matczyń-

i międzynarodowych norm prawa materialnego, regulujących wyłącznie stosunki z zakresu prawa prywatnego o charakterze międzynarodowym⁷⁹. Ilościowemu i jakościowemu rozwojowi uległo również samo różnie ujmowane międzynarodowe prawo handlowe, co należy uznać za umocnienie się tendencji do jego stopniowej kodyfikacji przy zastosowaniu zróżnicowanych instrumentów.

Mimo różnorodności koncepcji i poglądów na naturę międzynarodowego prawa handlowego oraz niezależnie od wspomnianych wcześniej zjawisk i procesów zachodzących w dziedzinie prawa prywatnego, można stwierdzić, że wszystkie stanowiska omówione w niniejszym opracowaniu nawiązywały bądź do przedmiotu regulacji, bądź do sposobu regulacji tego przedmiotu, bądź też do różnie rozumianych źródeł prawa, bądź wreszcie do kombinacji tych konstytutywnych elementów definicji międzynarodowego prawa handlowego.

Przedmiot regulacji

W zakresie przedmiotu regulacji międzynarodowego prawa handlowego dyskusja sprowadzała się do różnic w odpowiedzi na pytanie, czy są nim wyłącznie występujące w handlu międzynarodowym, pojmowanym szeroko jako międzynarodowy obrót gospodarczy, stosunki cywilnoprawne, czy również stosunki publicznoprawne. Przyjęcie szerokiego zakresu przedmiotowego regulacji międzynarodowego prawa handlowego implikowałoby stwierdzenie, że prawu temu podlegają zarówno stosunki gospodarcze między państwami, jak też stosunki między podmiotami gospodarczymi (podmiotami prawa cywilnego) a państwem jako suwerenem. Obydwa wspomniane rodzaje stosunków stanowią jednak przedmiot regulacji odrębnych dziedzin prawa, przy czym stosunków pierwszego rodzaju dotyczy międzynarodowe prawo publiczne (prawo narodów), stosunków drugiego rodzaju zaś – krajowe prawo publiczne. Dziedziny te są od dawna ukształtowane w autonomiczne systemy, które opierają się na diametralnie odmiennych zasadach. Jeszcze większe różnice występują między stosunkami cywilnoprawnymi, w których może co prawda występować państwo, lecz

s ki: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2005, passim oraz powołaną tam literaturę.

⁷⁹ W piśmiennictwie polskim na ten temat zob. przede wszystkim M. P a z d a n: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 9. Warszawa 2005, s. 22–26.

pozbawione atrybutów suwerena, a szeroko rozumianymi stosunkami publicznoprawnymi, których przynajmniej jedną stroną jest państwo jako suweren. Sięgająca starożytności tradycja przeciwstawiania sobie dziedzin prawa prywatnego i prawa publicznego opiera się przede wszystkim na świadomości różnic w przedmiocie ich regulacji. Przesłanki leżące u podstaw tej tradycji zachowały swą aktualność. Z przytoczonych wcześniej względów należy opowiedzieć się za poglądem, zgodnie z którym przedmiotem regulacji międzynarodowego prawa handlowego są wyłącznie stosunki cywilnoprawne nawiązywane w handlu międzynarodowym, przedmiotem regulacji międzynarodowego prawa gospodarczego są międzypaństwowe stosunki gospodarcze, przedmiotem zaś regulacji publicznego prawa gospodarczego – krajowe stosunki publicznoprawne, które wynikają z działalności gospodarczej⁸⁰. Homogeniczność grup stosunków prawnych podlegających regulacji każdej z tych dziedzin prawa trzeba uznać za konieczną przesłankę ich prawidłowej systematyki teoretycznej.

Sposób regulacji

Określenie przedmiotu regulacji międzynarodowego prawa handlowego przesądza o stosowanym w tym prawie sposobie regulacji. Przyjęcie, iż prawo to dotyczy nawiązywanych w handlu międzynarodowym stosunków o charakterze cywilnoprawnym implikuje jednocześnie stwierdzenie, że stosunki te regulowane są metodą cywilistyczną, która wyraża się w dwóch głównych zasadach: równorzędności (braku podporządkowania) podmiotów prawa względem siebie oraz równego ich traktowania przez prawo (braku uprzywilejowania któregośkolwiek z podmiotów prawa). Tak ogólnie rozumiana metoda cywilistyczna pozwala z kolei na konstatację, że znajduje ona zastosowanie zarówno w normach prawa materialnego (prawa cywilnego), jak też w normach kolizyjnych (prawa prywatnego międzynarodowego) oraz w normach procesowych (prawo międzynarodowego arbitrażu handlowego), a zatem wszystkie trzy wymienione rodzaje norm mogą i powinny składać się na międzynarodowe prawo handlowe.

⁸⁰ W nowszym piśmiennictwie polskim zob. przede wszystkim C. Kosikowski: *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*. Warszawa 2005 oraz powołaną tam literaturę. Więcej na ten temat M. Zdyb: *Publiczne prawo gospodarcze*. Lublin 1996, s. 11–17.

Pogląd, zgodnie z którym w międzynarodowym prawie handlowym stosowana jest, obok metody cywilistycznej, względem niej zupełnie przeciwstawna metoda publicznoprawna, nie zapewnia minimum funkcjonalnej jedności tej dziedziny prawa. Takie stanowisko nie zaprzecza jednak faktowi, iż różne aspekty działalności uczestników handlu międzynarodowego są regulowane także przez międzynarodowe prawo publiczne i krajowe publiczne prawo gospodarcze.

Źródła

Z istoty międzynarodowych stosunków handlowych (międzynarodowego obrotu gospodarczego) wynika, że ich prawna regulacja powinna mieć charakter międzynarodowy, z uwagi zaś na ich uniwersalny charakter winno im odpowiadać międzynarodowo ujednolicone prawo⁸¹. Wymagań tych nie spełniają regulacje krajowe, nawet jeżeli w całości dotyczą wyłącznie stosunków handlu międzynarodowego, ponieważ są kształtowane z punktu widzenia i w ramach systemów prawa poszczególnych państw oraz nie zawsze zawierają rozwiązania powszechnie akceptowane. Dlatego nadal aktualny jest pogląd, zgodnie z którym jedynym źródłem, w znaczeniu ogólnym, międzynarodowego prawa handlowego jest legislacja międzynarodowa.

Jeżeli zaś przyjąć, że źródłami prawa są fakty uznawane za prawotwórcze, to do takich źródeł międzynarodowego prawa handlowego należy zaliczyć umowy międzynarodowe (międzypaństwowe) i uchwały prawotwórcze organizacji międzynarodowych (międzypaństwowych i ponadpaństwowych). Drugie z wymienionych źródeł nabiera istotnego znaczenia z uwagi na szybki rozwój regionalnych integracji gospodarczych, w szczególności Unii Europejskiej, w której wypracowano oryginalne instrumenty unifikacji prawa prywatnego. Źródłami międzynarodowego prawa handlowego nie są zatem zwyczaje powstające spontanicznie w handlu międzynarodowym, ponieważ nie mają one wiążącej mocy prawnej⁸², a także wypowiedzi przedstawi-

⁸¹ Por. J. R a j s k i: *Kierunki rozwoju międzynarodowego prawa handlowego w niektórych państwach socjalistycznych*. W: *Proces i prawo. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jerzego Jodłowskiego*. Red. E. Ł ę t o w s k a. Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1989, s. 213.

⁸² Podobnie w nowszym piśmiennictwie niemieckim A. S p i c k h o f f: *Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten*. *RabelsZ* 1992, H. 1, s. 116–142.

cieli doktryny prawa, gdyż nie dysponują oni kompetencją prawotwórczą. Zwyczaje nie odznaczają się bezpośrednio doniosłością normatywną, natomiast uzyskują ją pośrednio wskutek odsyłania do nich w przepisach prawa. Zarówno zwyczaje, jak i doktryna przyczyniają się jednak w dużym stopniu do powstawania norm międzynarodowego prawa handlowego, a tym samym do jego rozwoju; dlatego też powinny być uwzględnione w podręcznikach i wykładach dotyczących tego prawa. Z kolei rozwojowi międzynarodowego prawa handlowego sprzyjają prowadzone na coraz większą skalę badania prawnoporównawcze.

Podstawowe zasady ogólne

W tak określonym międzynarodowym prawie handlowym można wyróżnić podstawowe zasady ogólne, na jakich się ono opiera. Do zasad tych należy zaliczyć przede wszystkim:

- 1) zasadę autonomii woli uczestników międzynarodowego obrotu handlowego,
- 2) zasadę swobody umów zawieranych w handlu międzynarodowym,
- 3) zasadę prowadzenia w dobrej wierze rokowań zmierzających do zawarcia umowy,
- 4) zasadę dotrzymywania umów i ich wykonywania w dobrej wierze (łac. *pacta sunt servanda bona fide*),
- 5) zasadę obowiązywania umowy przy zasadniczo niezmiennych okolicznościach (łac. *rebus sic stantibus*),
- 6) zasadę przewidującą zakaz przeciwstawiania się skutkom własnego zachowania lub wcześniejszych oświadczeń woli (łac. *venire contra factum proprium nemini licet*),
- 7) zasadę przewidującą zakaz nadużycia prawa podmiotowego.
- 8) zasadę obowiązkowego współdziałania dłużnika i wierzyciela przy wykonywaniu umowy,
- 9) zasadę, iż niemożliwość wyklucza zobowiązanie (łac. *impossibílium nulla obligátio*),
- 10) zasadę odpowiedzialności za naruszenie zobowiązania i wyrządzenie szkody,
- 11) zasadę stosowania przez państwo zwyczajów do regulacji stosunków cywilnoprawnych handlu międzynarodowego oraz

12) zasadę korzystania z międzynarodowego arbitrażu handlowego i mediacji przy rozstrzyganiu i rozwiązywaniu sporów⁸³.

Ogólny charakter wymienionych zasad argumentuje twierdzenie, że dotyczą one również norm regulujących stosunki cywilnoprawne międzynarodowego transportu (przewozu) i międzynarodowego obrotu osiągnięciami intelektualnymi. Brak zatem podstaw do wyłączenia międzynarodowego prawa przewozowego i międzynarodowego prawa własności intelektualnej z zakresu międzynarodowego prawa handlowego. Zasadne jest jednak twierdzenie, że międzynarodowe prawo przewozowe oraz międzynarodowe prawo autorskie i wynalazcze stanowią wyspecjalizowane działy międzynarodowego prawa handlowego.

Zakres przedmiotowy

Do zakresu przedmiotowego międzynarodowego prawa handlowego w powyższym ujęciu należy zaliczyć przede wszystkim następujące zagadnienia:

- 1) prawo właściwe uczestnikom i czynnościom handlu międzynarodowego,
- 2) ogólne zasady prawa czynności dokonywanych w handlu międzynarodowym, ze szczególnym uwzględnieniem umów i handlu elektronicznego,
- 3) pośrednictwo przy czynnościach handlu międzynarodowego,
- 4) poszczególne rodzaje umów w handlu międzynarodowym, ze szczególnym uwzględnieniem sprzedaży,
- 5) zabezpieczenie wykonania zobowiązań w handlu międzynarodowym,
- 6) rozliczenia w handlu międzynarodowym,
- 7) międzynarodowy arbitraż handlowy oraz
- 8) międzynarodową upadłość.

⁸³ Na temat zasad ogólnych międzynarodowego prawa handlowego zob. w piśmiennictwie polskim przede wszystkim M. Pilich: *Zasady...*, s. 148–158 oraz powołaną tam literaturę.

Zagadnienie systemu międzynarodowego prawa handlowego

Określenie przedmiotu regulacji, metody regulacji, źródeł, podstawowych zasad i zakresu przedmiotowego międzynarodowego prawa handlowego pozwala stwierdzić, iż wymienione elementy układają się w stosunkowo spójny zarys systemu tego prawa, który co prawda ciągle nie jest pełny, ponieważ proces jego kształtowania daleki jest jeszcze od zakończenia⁸⁴. Międzynarodowe prawo handlowe w proponowanym ujęciu można zatem uznać nie tylko za samodzielną dyscyplinę badawczą albo zespół norm wyróżnianych w celach dydaktycznych lub praktycznych, lecz również za odrębną, z punktu widzenia teoretycznej systematyki, dziedzinę prawa, która stanowi dział prawa prywatnego. O jego międzynarodowym charakterze przesądzają dwa czynniki: międzynarodowość przedmiotu regulacji i międzynarodowość źródeł.

Międzynarodowe prawo handlowe a wybrane dziedziny prawa

Zespół norm składających się na międzynarodowe prawo handlowe nie ma jednolitego charakteru, tworzą go bowiem normy kolizyjne, cywilne normy merytoryczne i normy postępowania arbitrażowego. Z tego punktu widzenia międzynarodowe prawo handlowe jest szczególnym tworem interdyscyplinarnym w ramach prawa prywatnego, ponieważ grupuje w jedną całość część norm prawa prywatnego międzynarodowego *sensu stricto*, część norm prawa cywilnego i część norm procesu cywilnego. Jeżeli natomiast przyjąć szeroką koncepcję prawa prywatnego międzynarodowego, według której obejmuje

⁸⁴ Unifikacja międzynarodowego prawa handlowego wprawdzie postępuje, lecz nie tak szybko i nie w tak szerokim zakresie, jak można było się spodziewać, co skłoniło A. Całusa (*Umowa międzynarodowa jako instrument ujednolicania porządków prawnych w dziedzinie prawa prywatnego*. W: *Rozprawy prawnicze...*, s. 381 i nast.) do wystąpienia z poglądem o zmniejszającej się roli umów międzynarodowych jako podstawowego instrumentu unifikacji (ujednolicania) prawa prywatnego w dziedzinie regulacji obrotu handlowego w skali światowej. Zob. też zbieżne uwagi J. Poczubuta (*Organizacje promujące...*, s. 477 i nast.) oraz Idem: *Harmonizacja prawa prywatnego a regionalna integracja gospodarcza*. W: *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Soltysińskiemu*. Red. A. Nowicka. Poznań 2005, s. 901–909.

ono, oprócz norm kolizyjnych, również normy merytoryczne regulujące wyłącznie stosunki prywatnoprawne z elementem międzynarodowym, to do tego prawa powinno się zaliczyć większość norm międzynarodowego prawa handlowego, z wyjątkiem norm procesowych. Gdyby zaś dodatkowo założyć, iż prawo prywatne międzynarodowe obejmuje normy prawa międzynarodowego postępowania cywilnego, co występuje np. we Francji, Szwajcarii i w państwach anglosaskich, wtedy międzynarodowe prawo handlowe należałoby uznać w całości za dział prawa prywatnego międzynarodowego *sensu largo*⁸⁵.

Zakończenie

Pojęcie międzynarodowego prawa handlowego przeszło znamieną ewolucję, kształtując się wraz z rozwojem handlu międzynarodowego. W ostatnim stuleciu konkurowały z sobą ujęcie wąskie i szerokie tego prawa. Międzynarodowe prawo handlowe w ujęciu wąskim przejawiało się w dwóch zasadniczych wariantach: wariancie nawiązującym do prawa prywatnego i wariancie nawiązującym do prawa publicznego. W pierwszej połowie XX w. pojmowano je właściwie jako dział krajowego prawa prywatnego międzynarodowego (kolizyjnego), dotyczący stosunków handlowych o charakterze międzynarodowym. Takie rozumienie międzynarodowego prawa handlowego wydaje się mieć obecnie wymiar czysto historyczny.

W latach sześćdziesiątych poprzedniego wieku powstała koncepcja międzynarodowego prawa handlowego jako odrębnej, autonomicznej względem prawa krajowego dziedziny prawa, które za pomocą norm o pochodzeniu międzynarodowym i krajowym lub tylko międzynarodowym reguluje jedynie stosunki cywilnoprawne w handlu międzynarodowym. Koncepcja ta zachowała do dziś aktualność i wiodący charakter. Natomiast mniej zwolenników zdaje się mieć, przynajmniej w Europie kontynentalnej, lansowana od lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych ubiegłego stulecia koncepcja międzynarodowego prawa handlowego jako działu międzynarodowego prawa publicznego, które reguluje stosunki gospodarcze między państwami.

⁸⁵ Por. C.M. Schmitthoff: *International Trade Law and Private International Law*. In: *Vom deutschen Recht zum europäischen Recht. Festschrift für Hans Dölle*. Hrsg. E. Von Caemerer, A. Nikisch, K. Zweigert. Bd. 2. Tübingen 1963, s. 271–272.

Szerokie ujęcie międzynarodowego prawa handlowego, proponowane na przełomie lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych ubiegłego stulecia, wyrażało się w stwierdzeniu, iż stanowi ono kompleksową i interdyscyplinarną dziedzinę, na którą składają się dotyczące handlu międzynarodowego normy prawa prywatnego i publicznego, tworzone zarówno w płaszczyźnie krajowej, jak i międzynarodowej. Tak pojmowane międzynarodowe prawo handlowe, również w wariancie prawa o charakterze wyłącznie krajowym, wydaje się mieć obecnie mniej zwolenników niż koncepcja międzynarodowego prawa handlowego jako odrębnej, autonomicznej dziedziny w ramach prawa prywatnego. Natomiast nadal konkurencyjna względem niej jest powstała w latach sześćdziesiątych ubiegłego wieku interdyscyplinarna koncepcja międzynarodowego prawa gospodarczego, które stanowi odpowiednik międzynarodowego prawa handlowego w ujęciu szerokim, obejmującego swym zakresem również międzynarodowe prawo handlowe jako autonomiczną dziedzinę w ramach prawa prywatnego.

Spośród aktualnie reprezentowanych koncepcji międzynarodowego prawa handlowego teoretycznym zasadom systematyki dziedzin (gałęzi) prawa odpowiada wyłącznie jedna, według której prawo to stanowi zespół norm merytorycznych, kolizyjnych i procesowych, regulujących prywatnoprawne stosunki międzynarodowego obrotu gospodarczego, które są tworzone w wyniku legislacji międzynarodowej, tj. w drodze zawierania umów między państwami i podejmowania uchwał prawotwórczych przez organizacje międzypaństwowe.

Marcin Kropka

Pojęcie umowy ubezpieczenia w świetle przepisów wspólnotowych dyrektyw ubezpieczeniowych

1.

Niniejsze opracowanie ma na celu przedstawienie roli przepisów wspólnotowych dyrektyw ubezpieczeniowych w ustaleniu znaczenia pojęcia „umowa ubezpieczenia” w rozumieniu prawa kolizyjnego umowy ubezpieczenia.

Pod pojęciem „wspólnotowe dyrektywy ubezpieczeniowe” rozumiem podstawowe dyrektywy prawa wspólnotowego dotyczące harmonizacji ogólnych zagadnień prawa ubezpieczeń gospodarczych. Składają się na nie: dyrektywy z działu pozostałych ubezpieczeń osobowych oraz ubezpieczeń majątkowych, a zatem: Dyrektywa Rady 73/239/EWG¹, Dyrektywa Rady 88/357/EWG² i Dyrektywa Rady 92/49/

¹ Pierwsza Dyrektywa Rady z dnia 24 lipca 1973 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do podejmowania i prowadzenia działalności w dziedzinie ubezpieczeń bezpośrednich innych niż ubezpieczenia na życie. O.J. 1973 L 228, s. 3 [dalej: dyrektywa 73/239].

² Druga Dyrektywa Rady z dnia 22 czerwca 1988 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do ubezpieczeń bezpośrednich innych niż ubezpieczenia na życie i ustanowienia przepisów ułatwiających skuteczne korzystanie ze swobody świadczenia usług oraz zmieniająca dyrektywę 73/239/EWG. O.J. 1988 L 172, s. 1 [dalej: dyrektywa 88/357].

EWG³, oraz dyrektywa z działu ubezpieczeń na życie, tj.: Dyrektywa Rady 2002/83/WE⁴.

Pod pojęciem „prawo kolizyjne umowy ubezpieczenia” rozumiem zarówno normy kolizyjne Konwencji o prawie właściwym dla zobowiązań umownych⁵, nazywanej konwencją rzymską, w zakresie, w jakim konwencja ta odnosi się do umowy ubezpieczenia (art. 1 ust. 3 i 4 konwencji), jak i krajowe normy kolizyjne państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego⁶ [dalej: krajowe normy kolizyjne]⁷, wydane w drodze implementacji przepisów kolizyjnych dyrek-

³ Dyrektywa Rady z dnia 18 czerwca 1992 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do ubezpieczeń bezpośrednich innych niż ubezpieczenia na życie oraz zmieniająca dyrektywy 73/239/EWG i 88/357/EWG (trzecia dyrektywa w sprawie ubezpieczeń innych niż ubezpieczenia na życie). O.J. 1992 L 228, s. 1 [dalej: dyrektywa 92/49].

⁴ Dyrektywa 2002/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. dotycząca ubezpieczeń na życie. O.J. 2002 L 345, s. 1 [dalej: dyrektywa 2002/83]; dyrektywa ta scalila dotychczasowe trzy dyrektywy z tego działu, w tym – zawierającą przepisy kolizyjne – Dyrektywę Rady 90/619/EWG. O.J. 1990 L 330, s. 50 [dalej: dyrektywa 90/619].

⁵ O.J. 1980 L 266, s. 1. Mając na względzie okoliczność, że konwencja ta wkrótce zacznie obowiązywać w Polsce, zastępując regulację prawa właściwego dla zobowiązań umownych zawartą w Ustawie z dnia 12 listopada 1965 r. o prawie prywatnym międzynarodowym. Dz.U. nr 46, poz. 290 ze zm. [dalej: Ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r.], zakresem pojęcia „prawo kolizyjne umowy ubezpieczenia” nie obejmuję norm kolizyjnych tej ustawy dla zobowiązań umownych (art. 25–29).

⁶ Terytorialny zakres obowiązywania przepisów kolizyjnych dyrektywy 88/357 oraz dyrektywy 90/619 rozciąga się również na Islandię, Liechtenstein oraz Norwegię, na mocy art. 36 ust. 2 w zw. z załącznikiem IX Umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym z 1994 r. (załącznik IX – O.J. 1994 L 001 403, s. 416; zob. H. Dörner, in: *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG*. Hrsg. H. Honsell. Berlin 1999, s. 2289–2890; Ch. Preuß: *Römisches Schuldvertragsübereinkommen (EVÜ) und Internationales Versicherungsvertragsrechtsgesetz (IVVG)*. „Österreichische Juristen-Zeitung” [dalej: ÖJZ] 2001. H. 18, s. 679. Ilekroć zatem dalej mowa jest o terytorium Wspólnoty Europejskiej [dalej: WE], należy przez to rozumieć również, w braku innych postanowień umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym [dalej: EOG], terytorium EOG.

⁷ Ten dychotomiczny podział nie dotyczy całej materii kolizyjnoprawnej. W kwestiach nie unormowanych w krajowych normach kolizyjnych zastosowanie znajdują przepisy konwencji rzymskiej. Kryteriami rozgraniczenia sfery działania norm kolizyjnych konwencji rzymskiej oraz krajowych norm kolizyjnych są, po pierwsze, okoliczność, czy dana umowa jest umową ubezpieczenia (bezpośredniego), czy też umową reasekuracji, po drugie, umiejscowienie ryzyka objętego umową ubezpieczenia (bezpośredniego). Do zakresu zastosowania konwencji rzymskiej należą umowy reasekuracji (art. 1 ust. 4 konwencji) oraz te umowy ubezpieczenia, które pokrywają ryzyko umiejscowione poza terytorium WE (wniosek *a contrario* z art. 1 ust. 3 konwencji). Krajowe normy kolizyjne określają natomiast prawo właściwe dla umów ubezpieczenia pokrywa-

tywy 88/357, tj. art. 7 i 8 (w brzmieniu nadanym art. 7 ust. 1 pkt f przez art. 27 dyrektywy 92/49), oraz dyrektywy 2002/83, tj. art. 32 (który zastąpił art. 4 dyrektywy 90/619)⁸. W odniesieniu do prawa polskiego *de lege lata* krajowe normy kolizyjne zawarte są w art. 129

jących ryzyko umiejscowione na terytorium WE. Skomplikowana definicja pojęcia „umiejscowienie ryzyka” stanowi źródło licznych problemów kwalifikacyjnych, czyniąc jednocześnie – z uwagi na rolę kryterium umiejscowienia ryzyka w wyznaczeniu prawa właściwego – reżim krajowych norm kolizyjnych niezwykle skomplikowanym (zob. np.: M. Giuliano, P. Lagarde: *Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*. O.J. 1980 C 282, s. 13; P. Kaye: *The New Private International Law of Contract of the European Community*. Dartmouth 1993, s. 45; Dicey & Morris: *The Conflict of Laws*. Vol. 2. Twelfth Edition. London 1993, s. 1344; M. Fallon: *La loi applicable au contrat d'assurance selon la directive du 22 juin 1988*. „Revue générale des assurances terrestres” [dalej: RGAT] 1989, No 1, s. 243–244; J. Basedow, W. Drasch: *Das neue Internationale Versicherungsvertragsrecht*. „Neue Juristische Wochenschrift” [dalej: NJW] 1991, s. 786–791; F. Pocar: *Conflitti di leggi e di giurisdizioni in materia di assicurazioni nella comunità economica europea*. „Rivista di diritto internazionale privato e processuale” [dalej: Riv. dir. int. priv. e proc.] 1987, nr 3, s. 419–421; A.L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa Gonzáles: *El convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 junio de 1980*. In: *Contratos Internacionales*. Ed. A.L. Calvo Caravaca. Madrid 2000, s. 46–47). Problemy rozgraniczenia reżimów krajowych norm kolizyjnych i konwencji rzymskiej dotyczą przede wszystkim sytuacji, gdy ryzyko objęte umową jest umiejscowione zarówno na, jak i poza terytorium WE (zob. w szczególności: E. Lorenz: *Zum neuen internationalen Vertragsrecht aus versicherungsvertraglicher Sicht*. Festschrift für Gerhard Kegel. Stuttgart 1987, s. 307–309; J. Basedow, W. Drasch: *Das neue Internationale...*, s. 789; A.M. Uebel: *Die deutschen Kollisionsnormen für (Erst-) Versicherungsverträge mit Ausnahme der Lebensversicherung über in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft belegene Risiken*. Karlsruhe 1994, s. 92–93; B. von Hoffmann, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 10: *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Privatrecht*. München 1998, s. 1807–1808; H. Dörner, in: *Berliner Kommentar...* s. 2295–2297).

⁸ Tak ogromna większość doktryny. Nie są przepisami kolizyjnymi art. 3 ust. 2 Dyrektywy Rady 72/166/EWG z dnia 24 kwietnia 1972 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej za szkody powstałe w związku z ruchem pojazdów mechanicznych i egzekwowania obowiązku ubezpieczania od takiej odpowiedzialności. O.J. 1972 L 193, s. 1 (inaczej: R. Morse: *Party Autonomy in International Insurance Contract Law*. In: *International Insurance Contract Law in the EC*. Eds. F. Reichert-Facilides, H.U. Jessurun d'Oliveira. Deventer 1993, s. 119; M. Fallon: *La loi applicable...*, s. 249; Idem: *The Law Applicable to Compulsory Insurance and Life Insurance: Some Peculiarities*. In: *International Insurance Contract Law in the EC*. Eds. F. Reichert-Facilides, H.U. Jessurun d'Oliveira. Deventer 1993, s. 119) ani przepisy Dyrektywy Rady 78/473/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do koasekuracji we Wspólnocie. O.J. L 151, s. 25 [dalej: dyrektywa 78/473] (inaczej autorzy wymienieni w przyp. 52).

ust. 3–5⁹ i art. 130 Ustawy o działalności ubezpieczeniowej¹⁰ oraz, w mojej ocenie, w art. 3 ust. 2 Ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych¹¹. Obecny stan prawny może ulec wkrótce zmianie w związku z planami zastąpienia Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r. nową Ustawą o prawie prywatnym międzynarodowym. Projekt nowej ustawy z dnia 9 października 2006 r. w art. 30 §1 zd. 2 stanowi, że „jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, do zobowiązań umownych wyłączonych przez konwencję [rzymską – M.K.] spod jej zasięgu stosuje się postanowienia artykułów 3–15 konwencji”. Projekt nowej ustawy nie przewiduje uchylecia przepisów kolizyjnych ustaw ubezpieczeniowych¹².

⁹ Przepisy te wskazują prawo właściwe dla umów ubezpieczenia odnoszących się do pozostałych ubezpieczeń osobowych oraz ubezpieczeń majątkowych.

¹⁰ Dz.U. 2003, nr 124, poz. 1151 ze zm.

¹¹ Dz.U. 2003, nr 124, poz. 1152 ze zm. Artykuł 3 ust. 2 tej ustawy można, jak się wydaje, rozumieć jako przepis zawierający normę kolizyjną nakazującą stosować przepisy tej ustawy odnoszące się do obowiązkowego ubezpieczenia OC, oprócz przepisów prawa właściwego bądź zamiast tych przepisów, jeżeli nie można ich pogodzić z przepisami ustawy – odnośnie do umowy ubezpieczenia pokrywającej ryzyko umiejscowione w państwie członkowskim UE dotyczącej obowiązkowego, z mocy tej ustawy, ubezpieczenia OC. W razie przyjęcia takiego znaczenia tego przepisu należy go uznać za przepis wydany w celu implementacji art. 8 ust. 2 dyrektywy 88/357. O normach kolizyjnych ustawy o działalności ubezpieczeniowej zob.: E. Kowalewski: *Problematyka kolizyjnego prawa ubezpieczenia*. „Państwo i Prawo” [dalej: PiP] 2005, z. 2, s. 27–33.

¹² W doktrynie polskiej za implementacją przepisów kolizyjnych dyrektywy 88/357 oraz dyrektywy 2002/83 do przepisów Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym opowiedzieli się M. Paździan: *Założenia i główne kierunki reformy prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce*. PiP 1999, z. 3, s. 24; W. Popiołek: *Zobowiązania umowne w prawie prywatnym międzynarodowym. Uwagi „de lege ferenda”*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” [dalej: KPP] 2000, z. 3, s. 635–636; E. Kowalewski: *Problematyka kolizyjnego...*, s. 33.

Stanowisko krajowych systemów prawnych państw członkowskich jest zróżnicowane. Przyczyną tego stanu rzeczy jest szeroka kompetencja prawodawcza do wyznaczenia granic wyboru prawa we własnym prawie kolizyjnym oraz do dopuszczenia wyboru prawa na podstawie norm kolizyjnych obcego państwa członkowskiego, przyznana państwom członkowskim w przepisach kolizyjnych dyrektywy 88/357 oraz dyrektywy 2002/83 (zob. J. Basedow, W. Drasch: *Das neue Internationale...*, s. 787; P. Mankowski: *Nationale Erweiterungen der Rechtswahl im neuen Internationalen Versicherungsvertragsrecht – Konzept, Methodik und Inhalt des Art. 10 Abs. 3 EGVVG. „Versicherungsrecht”* [dalej: VersR] 1993, s. 154–163; R. Morse: *Party Autonomy in International...*, s. 23–51). W wykonaniu tej kompetencji prawodawczej niektóre państwa członkowskie wprowadziły – często bardzo od siebie odmienne – rozbudowane regulacje prawa właściwego dla umowy ubezpieczenia, uzupełniające reżim kolizyjny konwencji rzymskiej (np. Francja, Niemcy, Austria), podczas gdy inne państwa członkowskie zrezygnowały z takiej szczególnej regulacji, poddając stosunki objęte zakre-

Zwrot „umowa ubezpieczenia” jest elementem zakresu zarówno krajowych norm kolizyjnych, jak i norm kolizyjnych konwencji rzymskiej. Ustalając znaczenie pojęcia „umowa ubezpieczenia” w rozumieniu krajowych norm kolizyjnych, należy wziąć pod uwagę znaczenie nadane temu pojęciu w przepisach wspólnotowych dyrektyw ubezpieczeniowych. Uzyskany w ten sposób rezultat kwalifikacji należy uwzględnić, ustalając znaczenia pojęcia „umowa ubezpieczenia” w rozumieniu norm kolizyjnych konwencji rzymskiej, zgodnie z art. 20 konwencji¹³. Zabieg ten pozwala osiągnąć zbieżność zakresów zastosowania konwencji oraz krajowych norm kolizyjnych.

2.

Kwalifikacji pojęcia „umowa ubezpieczenia” w znaczeniu krajowych norm kolizyjnych, rozumianej jako jego wykładnia, mająca na celu ustalenie przesłanek stosowania krajowych norm kolizyjnych dla

sem przepisów kolizyjnych dyrektywy 88/357 oraz dyrektywy 2002/83 stosowaniu regulacji prawa właściwego zawartej w konwencji rzymskiej (np. Dania).

¹³ Zgodnie z art. 20 konwencji rzymskiej, nie uchybia ona „stosowaniu przepisów, które w kwestiach szczególnych rozstrzygają kolizje praw w odniesieniu do zobowiązań umownych i które są lub mogą być w przyszłości zawarte w aktach normatywnych organów Wspólnot Europejskich lub w prawie wewnętrznym, zharmonizowanym w wykonaniu takich aktów” (wg tłumaczenia W. Popiołka, w: *Konwencja Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych – wprowadzenie*. KPP 1994, z. 2, s. 325). Przepis ten ustanawia pierwszeństwo stosowania krajowych norm kolizyjnych przed stosowaniem przepisów konwencji (zob.: M. Giuliano, P. Lagarde: *Bericht über...*, s. 39; Ch. Preuß: *Römisches Schuldvertragsübereinkommen...*, s. 681; zob. też P. Kaye: *The New Private International...*, s. 365; M. Frigessi di Rattalma: *La legge applicabile al contratto di assicurazione nell'attuazione delle direttive comunitarie*. Riv. dir. int. priv. e proc. 1996, s. 21). Rezultat wykładni krajowych norm kolizyjnych należy uwzględnić przy jednolitej wykładni i stosowaniu jej przepisów jednolitych (tj. przepisów tytułu II konwencji – art. 3–22), zgodnie z art. 18 konwencji (inaczej W. Popiołek: *Zobowiązania umowne...*, s. 636. Autor ten dopuszcza uwzględnienie dyrektyw wykładni zawartych w art. 18 konwencji przy wyznaczeniu zakresu wyłączeń opisanych w art. 1 ust. 3 konwencji). Zob. również Zob. Ch. Preuß: *Römisches Schuldvertragsübereinkommen...*, s. 677–682 w kwestii rozgraniczenia zakresów zastosowania konwencji rzymskiej oraz krajowych norm kolizyjnych w związku z tym, że konwencja posługuje się zwrotem „umiejscowienie ryzyka na terytorium EWG” (obecnie WE), krajowe normy kolizyjne zaś – zwrotem „umiejscowienie ryzyka na terytorium EOG”.

umowy ubezpieczenia¹⁴, dokonać należy zgodnie z metodą funkcjonalną, dominującą w doktrynie polskiego prawa prywatnego międzynarodowego¹⁵. Dokonując kwalifikacji pojęcia „umowa ubezpieczenia”, należy mieć na uwadze cele, jakie mają do spełnienia krajowe normy kolizyjne dla umowy ubezpieczenia, a przede wszystkim międzynarodową funkcję rozgraniczającą tych norm, odnoszącą się do sfer działania systemów prawnych w stosunkach z zakresu prawa o umowie ubezpieczenia¹⁶.

W dziedzinie zobowiązań umownych w doktrynie polskiej przyjmuje się, że w ramach kwalifikacji funkcjonalnej powinno dojść do ustalenia – na podstawie badań prawnoporównawczych – charakterystycznych cech umowy ubezpieczenia, przez wzgląd na funkcję społeczno-gospodarczą, jaką ten typ umowy spełnia w większości ustawodawstw¹⁷.

Ustalenia te, bliskie również teorii autonomicznej¹⁸, nie wyczerpują zabiegów kwalifikacji funkcjonalnej pojęcia „umowa ubezpieczenia”. Z uwagi na wspólnotowy rodowód krajowych norm kolizyjnych uwzględnić należy – w ramach wykładni (kwalifikacji) prowspólnotowej – ich cel szczególny, którym jest harmonizacja prawa kolizyjnego umowy ubezpieczenia państw członkowskich WE jako fragment kompleksowej harmonizacji prawa ubezpieczeń gospodarczych, odnoszącej się do działalności ubezpieczeniowej prowadzonej na terytorium WE. Przedmiotowy oraz podmiotowy zakres tej harmonizacji wyznaczają przepisy ogólne wspólnotowych dyrektyw ubezpieczeniowych. Wyjaśniają one

¹⁴ Odnosnie do pojęcia kwalifikacji zob. M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2003, s. 53.

¹⁵ M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 56; W. Popiołek: *Umowa wydawnicza w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*. Warszawa–Kraków 1982, s. 21; M.A. Zachariasiewicz: *Prawo właściwe dla zobowiązań z czynności prawnych w braku wyboru prawa w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*. Katowice 1989, s. 79. Metoda ta jest oparta na założeniu autonomii norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego względem norm prawa merytorycznego jako „norm dotyczących stosowania norm merytorycznych” (M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 20; por. niem. *Rechtsanwendungsnormen*. K. Schurig: *Kollisionsnorm und Sachrecht*. Berlin 1981, s. 15).

¹⁶ M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 56.

¹⁷ W. Popiołek: *Umowa wydawnicza...*, s. 21; w odniesieniu zaś do kwalifikacji pojęcia umowy ubezpieczenia w świetle zakresu art. 27 § 1 pkt 3 Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r.: M.A. Zachariasiewicz: *Prawo właściwe dla zobowiązań z czynności...*, s. 69; Eadem: *Prawo właściwe dla zobowiązań z umów ubezpieczenia*. W: „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”. T. 2. Komitet redakcyjny. Katowice 1978, s. 111.

¹⁸ Zgodnie z teorią autonomiczną, zadaniem kwalifikacji jest „ustalenie idei podstawowej danej instytucji prawnej przez porównywanie pokrewnych instytucji występujących w różnych systemach prawnych”. M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 55.

pojęcie „umowa ubezpieczenia” na potrzeby przepisów szczegółowych, w tym przepisów kolizyjnych dyrektywy 88/357 oraz dyrektywy 2002/83. Zgodnie z art. 7 ust. 1 *in principio* dyrektywy 88/357, przepisy kolizyjne tej dyrektywy stosuje się **„do umów ubezpieczenia, których dotyczy ta dyrektywa”**. Zgodnie zaś z art. 32 ust. 1 zd. 1 dyrektywy 2002/83, przepisy kolizyjne tej dyrektywy stosuje się **„do umów odnoszących się do działalności określonych w tej dyrektywie”** [wyróżnienia – M.K.]. Przepisy ogólne, do których odnoszą się przytoczone zwroty odsyłające, określić można zatem mianem przepisów wyjaśniających pojęcie „umowa ubezpieczenia” w rozumieniu krajowych norm kolizyjnych¹⁹. Z uwagi na dychotomiczny podział źródeł prawa kolizyjnego umowy ubezpieczenia oraz regułę interpretacyjną zawartą w art. 20 konwencji rzymskiej, ustalenie przesłanek zastosowania tych krajowych norm kolizyjnych implikuje ustalenie przesłanek zastosowania norm kolizyjnych konwencji rzymskiej.

Powyższe zakłada dwustopniowość kwalifikacji pojęcia „umowa ubezpieczenia” w rozumieniu krajowych norm kolizyjnych. Uzasadnieniem dla niej jest wspólnotowy rodowód krajowych norm kolizyjnych. Rezultat kwalifikacji dokonanej z uwzględnieniem funkcji społeczno-gospodarczej oraz charakterystycznych cech umowy ubezpieczenia w ujęciu prawnoporównawczym musi ustąpić odmiennemu rezultatowi kwalifikacji dokonanej z uwzględnieniem przepisów wyjaśniających zawartych we wspólnotowych dyrektywach ubezpieczeniowych. Przemawia za tym – w płaszczyźnie prawa wspólnotowego – zasada pierwszeństwa wykładni prawspólnotowej oraz – w płaszczyźnie prawa kolizyjnego – zasada pierwszeństwa uwzględnienia wskazówek zawartych w przepisach wyjaśniających. Dowodzi to istotnej roli, jaką w mechanizmie kwalifikacji funkcjonalnej pojęcia „umowa ubezpieczenia” odgrywają przepisy wyjaśniające. Na końcowy rezultat kwalifikacji tego pojęcia składa się zatem rezultat kwalifikacji dokonanej z uwzględnieniem funkcji społeczno-gospodarczej oraz charakterystycznych cech umowy ubezpieczenia, zgodny z rezultatem kwalifikacji opartej na przepisach wyjaśniających.

¹⁹ Zwrotem „przepisy wyjaśniające” w kontekście ustalania znaczenia pojęć użytych dla oznaczenia zakresu działania danej normy kolizyjnej posłużył się K. Przybyłowski: *Prawo prywatne międzynarodowe. Część ogólna*. Lwów 1935, s. 99. Według tego autora, „jeżeli z ich treści [treści poszczególnych norm kolizyjnych – M.K.] (ani ze specjalnych wyjaśniających przepisów) co innego nie wynika – należałoby zawarte w nich pojęcia określić samodzielnie dla zakresu prawa prywatnego międzynarodowego zgodnie z jego celami i odrębnym charakterem, nie krępując się w tej mierze *a priori* przepisami jakiegoś określonego prawa merytorycznego”. Ibidem, s. 104.

3.

Funkcję społeczno-gospodarczą umowy ubezpieczenia stanowi, moim zdaniem, zobowiązanie ze strony ubezpieczyciela do spełnienia świadczenia umownego na wypadek wystąpienia wypadku ubezpieczeniowego²⁰, tj. zdarzenia²¹ określonego w umowie, wywołującego negatywne skutki w sferze majątkowej²². W związku z tym do cech charakterystycznych umowy ubezpieczenia w ujęciu prawnoporównawczym należy, w mojej ocenie, zaliczyć: ryzyko ubezpieczeniowe²³, wypadek

²⁰ Odnośnie do definicji wypadku ubezpieczeniowego por.: A. Wąsiewicz, Z.K. Nowakowski: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*. Warszawa–Poznań 1980, s. 46; E. Kowalewski: *Umowa ubezpieczenia*. Bydgoszcz–Toruń 2002, s. 84.

²¹ Słowo „zdarzenie” służy tu doprecyzowaniu potocznie wąsko rozumianego słowa „wypadek” (zob. Z. Szymański: *Umowa ubezpieczenia*. Katowice 1967, s. 16–17).

²² Por. definicję podaną, odnośnie do art. 27 § 1 pkt 3 Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r., przez M.A. Zachariasiewicza (*Prawo właściwe dla zobowiązań z czynności...*, s. 77): „[...] stosunek, którego treścią jest obowiązek osoby pobierającej składkę, zwanej ubezpieczycielem (zakładem ubezpieczeń), do spełnienia określonego świadczenia w razie nastąpienia zdarzenia losowego objętego ubezpieczeniem, przy czym ubezpieczyciel zawiera umowy ubezpieczenia masowo (chodzi bowiem o repartycję ryzyka)”; zob. też Eadem: *Prawo właściwe dla zobowiązań z umów...*, s. 110.

²³ Przez ryzyko ubezpieczeniowe rozumieć należy tu możliwość wystąpienia przewidzianego umową zdarzenia wywołującego negatywne skutki w sferze majątkowej. Por. propozycje zdefiniowania tak rozumianego pojęcia ryzyka ubezpieczeniowego: A. Wąsiewicz, Z.K. Nowakowski: *Prawo ubezpieczeń...*, s. 42 („możliwość, samo niebezpieczeństwo nastąpienia jakiegos zdarzenia losowego, przed skutkami którego dana osoba się ubezpiecza”); V. Nicolas: *Essai d’une nouvelle analyse du contrat d’assurance*. Paris 1996, s. 62 („la possibilité que la réalisation de l’événement incertain envisagé par les parties au contrat, soit susceptible d’engendrer des effets néfastes pour le destinataire – désigné au jour de la formation de l’accord – de l’obligation principale de l’assureur”). Ryzyko ubezpieczeniowe, w wymienionym znaczeniu, zajmuje, moim zdaniem, miejsce centralne w definicji umowy ubezpieczenia, objaśniając oraz wiążąc z sobą pozostałe cechy charakterystyczne tej umowy (tak V. Nicolas: *Essai d’une nouvelle...*, s. 30, 65 – „la matérialisation du risque”; inaczej: A. Wąsiewicz, Z.K. Nowakowski: *Prawo ubezpieczeń...*, s. 43–44 – autorzy ci uznają ryzyko ubezpieczeniowe za kategorię wtórną w stosunku do kategorii zdarzeń losowych, w tym wypadku ubezpieczeniowego). Po pierwsze, nadaje znaczenie pojęciu wypadku ubezpieczeniowego. Po drugie, uzasadnia – wespół z pojęciem wypadku ubezpieczeniowego – warunkowy charakter świadczenia ubezpieczyciela. Refleksem związku ryzyka ze świadczeniem ubezpieczającego jest określenie „świadczenie zakładu ubezpieczeń jako funkcja ryzyka”. W. Warkalło: *System prawa cywilnego. Zobowiązania. Część szczegółowa*. Cz. 2. Warszawa 1976, s. 912; A.M. Zachariasiewicz: *Prawo właściwe dla zobowiązań z czynności...*, s. 80; Eadem: *Prawo właściwe dla zobowiązań z umów...*,

ubezpieczeniowy oraz świadczenie ubezpieczającego²⁴. Zwięzłość powyższych opisów funkcji społeczno-gospodarczej oraz cech charakterystycznych umowy ubezpieczenia uzasadniona jest zarówno dużą niejednorodnością istniejących rodzajów ubezpieczeń oddziałującą na charakterystykę umowy ubezpieczenia²⁵, jak i potrzebą syntetycznego ujęcia istoty umowy ubezpieczenia uzasadnioną celami prawa kolizyjnego.

4.

Do wymienionych w punkcie 3 niniejszego opracowania cech charakterystycznych umowy ubezpieczenia w ujęciu prawnoporównaw-

s. 115. Proponowane tu, na potrzeby ustalenia cech charakterystycznych umowy ubezpieczenia, ujęcie ryzyka ubezpieczeniowego skutkuje przyjęciem rozumienia świadczenia ubezpieczającego zgodnego z teorią świadczenia pieniężnego (niem. *Geldleistungstheorie*; zob. Pröller/Martin: *Versicherungsvertragsgesetz*. München 1998, s. 59; zob. też E. Kowalewski: *Umowa...*, s. 44).

Przyjęte znaczenie ryzyka ubezpieczeniowego, służące opisowi umowy ubezpieczenia (franc. *l'opération individuelle*), należy odróżnić od innych znaczeń tego terminu, w szczególności tych, które służą opisowi pojęcia ubezpieczenia jako całokształtu działalności ubezpieczyciela (franc. *l'opération d'assurance*) – tj. stopnia prawdopodobieństwa nastąpienia określonego zdarzenia losowego oraz kosztów realizacji wypadków ubezpieczeniowych: tak V. Nicolas: *Essai d'une nouvelle...*, s. 55–58; D. Krajewski: *Droit des assurances*. Paris 2004, s. 17; por. W. Warkało: *Ubezpieczenie a odpowiedzialność odszkodowawcza*. „Studia Cywilistyczne” 1970, T. 16, s. 95–96; A. Wąsiewicz, Z.K. Nowakowski: *Prawo ubezpieczeń...*, s. 43–44.

Przez ryzyko ubezpieczeniowe rozumie się ponadto „sam obiekt będący przedmiotem ubezpieczenia lub też zbiór ubezpieczonych przedmiotów (ewentualnie zespół osób), które mogą ulec zniszczeniu lub uszkodzeniu wskutek nastąpienia pewnego zdarzenia losowego (wypadku ubezpieczeniowego)” (A. Wąsiewicz, Z.K. Nowakowski: *Prawo ubezpieczeń...*, s. 43). Zgodnie z ostatnim z wymienionych znaczeń pojęcia „ryzyko”, przeprowadzono we wspólnotowych dyrektywach ubezpieczeniowych podział ubezpieczeń na działy i grupy. Jeszcze inne – technicznoprawne – znaczenie ma pojęcie „ryzyko” w zwrocie „umiejscowienie ryzyka”.

²⁴ Świadczenie ubezpieczającego (zapłata składki ubezpieczeniowej), jak trafnie wskazuje V. Nicolas: *Essai d'une nouvelle...*, s. 29–30, nie stanowi cechy charakterystycznej umowy ubezpieczenia z uwagi na to, że odpłatność jest cechą większości typów umów. Z tego samego względu nie wymagają tu uwzględnienia inne cechy umowy ubezpieczenia.

²⁵ Różnorodność ta dotyczy przede wszystkim różnic pomiędzy ubezpieczeniami na życie a pozostałymi ubezpieczeniami osobowymi, jak również różnic pomiędzy poszczególnymi rodzajami ubezpieczeń na życie (zob. *ibidem*, s. 305–347).

czym zaliczone zostały wyłącznie cechy przedmiotowe. Obecnie przejść należy do zagadnienia strony podmiotowej tej umowy, w ramach ustalenia znaczenia pojęcia „umowa ubezpieczenia” w rozumieniu krajowych norm kolizyjnych.

Krajowe systemy prawne wymagają, aby działalność ubezpieczeniowa była prowadzona na podstawie zezwolenia pochodzącego od organu władzy publicznej. Nie musi temu jednak towarzyszyć uznanie – w przepisach prawa zobowiązań – umowy ubezpieczenia za umowę kwalifikowaną podmiotowo²⁶. Ponadto kwalifikowany podmiotowo charakter umowy ubezpieczenia nie rozwiązuje problemu materialnoprawnej kwalifikacji umowy – mającej cechy charakterystyczne umowy ubezpieczenia – zawartej przez ubezpieczyciela nie posiadającego zezwolenia na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej. Umowa taka może być materialnoprawnie kwalifikowana jako umowa ubezpieczenia²⁷. Wynika stąd, że stanowisko prawa o ustroju zakładów ubezpieczeń nie powinno skutkować – w płaszczyźnie prawnoporównawczej – zaliczeniem do treści analizowanego pojęcia „umowa ubezpieczenia” omawianej cechy podmiotowej.

Z zagadnieniem kwalifikowanego charakteru umowy ubezpieczenia związana jest kwestia, czy umowa ubezpieczenia ma masowy charakter²⁸, czy też cechę tę posiada działalność ubezpieczyciela polegająca na masowym zawieraniu przez niego umów ubezpieczenia (franc. *mutualité*, niem. *Gefahrengemeinschaft*²⁹)³⁰. Za poprawne uznać należy jedynie drugie stanowisko. Masowość stanowi cechę ubezpieczenia pojmowanego kolektywnie, jako całokształt działalności ubezpieczyciela dotyczącej zbierania przez niego składek w celu uzyskania

²⁶ W prawie niemieckim do umowy ubezpieczenia w rozumieniu art. 1 Ustawy o umowie ubezpieczenia (VVG) zalicza się również umowy, których stroną jest ubezpieczyciel nie podlegający nadzorowi ubezpieczeniowemu: Prölss/Martin: *Versicherungsvertragsgesetz...*, s. 58 („die Unterstellung eines Unternehmens unter die Aufsicht impliziert also nicht die Anwendung des VVG und umgekehrt”). Inaczej w prawie polskim (art. 805 § 1 k.c., L. Ogiełło, w: *Komentarz do kodeksu cywilnego*. T. 2. Red. K. Pietrzykowski. Warszawa 2002, s. 463; K. Malinowska, w: *Prawo o kontraktach w ubezpieczeniach*. Red. Z. Brodecki. Kraków 2003, s. 138–139).

²⁷ Przykładem może być prawo polskie, w którym umowy takie są kwalifikowane jako nieważne umowy ubezpieczenia (zob. K. Malinowska, w: *Prawo o kontraktach...*, s. 138–139).

²⁸ Tak: Z. Szymański: *Umowa...*, s. 11; A. Tadla: *Umowa ubezpieczenia na życie*. Warszawa 2000, s. 56.

²⁹ Prölss/Martin: *Versicherungsvertragsgesetz...*, s. 37.

³⁰ Tak: A. Wąsiewicz: *Umowa ubezpieczenia i jej charakter prawny*. W: *Ubezpieczenia w gospodarce rynkowej*. Red. A. Wąsiewicz. Toruń 1994, s. 76; V. Nicolas: *Essai d'une nouvelle...*, s. 52–53.

środków na wykonanie zobowiązań z tytułu wypadków ubezpieczeniowych, nie zaś cechę ubezpieczenia w aspekcie indywidualnym, tj. odnoszącym się do umowy ubezpieczenia. Oceny tej nie zmienia fakt, że pomiędzy tymi dwoma znaczeniami ubezpieczenia zachodzi związek funkcjonalny³¹.

Kwestia masowego charakteru umowy ubezpieczenia została w polskiej literaturze podniesiona również w aspekcie kolizyjnoprawnym, w ramach kwalifikacji zakresu art. 27 § 1 pkt 3 Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r.³² Konstruując „definicję umowy ubezpieczenia [...] wyłącznie na użytek omawianej normy kolizyjnej [tj. art. 27 § 1 pkt 3 Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r.]”³³, podniesiono, że zakresem tej normy kolizyjnej nie są objęte umowy, „których treść odpowiada co prawda *essentialia negotii* umowy ubezpieczenia, ale w których ubezpieczyciel nie działa w ramach swego zawodu. Brak tu bowiem niezbędnego elementu masowości zawieranych umów”, przy czym masowość polega tutaj „na gotowości zawierania umów ubezpieczenia z nieograniczonym czy też stosunkowo znacznym kręgiem osób”³⁴. Przesłanką zastosowania art. 27 § 1 pkt 3 Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r. jest, aby ubezpieczyciel zawierał „umowy ubezpieczenia masowo (chodzi bowiem o repartycję ryzyka)”³⁵. Jako argument na rzecz przedstawionego stanowiska przytoczono brzmienie tego przepisu – określenie „zakład ubezpieczeń” ma wskazywać „na wyraźny zamiar ustawodawcy wyłączenia »niezawodowych« umów ubezpieczenia” z zakresu tej normy kolizyjnej³⁶.

Przytoczonych ustaleń co do strony podmiotowej pojęcia „umowa ubezpieczenia” w rozumieniu art. 27 § 1 pkt 3 Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r. nie można zastosować w przypadku kwalifikacji pojęcia „umowa ubezpieczenia” w rozumieniu krajowych norm kolizyjnych. Cechę podmiotową analizowanemu pojęciu nadają bowiem – w odmienny sposób – przepisy wyjaśniające je, zawarte w przepisach wspólnotowych dyrektyw ubezpieczeniowych.

³¹ Związek ten znajduje odzwierciedlenie w szczegółowych przepisach o umowie ubezpieczenia, uwzględniających masowy charakter zawierania umów ubezpieczenia przez ubezpieczyciela (Prölls/Martin: *Versicherungsvertragsgesetz...*, s. 38).

³² M.A. Zachariasiewicz: *Prawo właściwe dla zobowiązań z czynności...*, s. 78; Eadem: *Prawo właściwe dla zobowiązań z umów...*, s. 113.

³³ M.A. Zachariasiewicz: *Prawo właściwe dla zobowiązań z czynności...*, s. 77.

³⁴ Ibidem, s. 78; M.A. Zachariasiewicz: *Prawo właściwe dla zobowiązań z umów...*, s. 113.

³⁵ M.A. Zachariasiewicz: *Prawo właściwe dla zobowiązań z czynności...*, s. 78.

³⁶ Ibidem.

Pojęcie „umowa ubezpieczenia” obejmuje jedynie taką umowę ubezpieczenia (w znaczeniu ustalonym w punkcie 3. niniejszego opracowania), którą po stronie ubezpieczyciela zawiera „zakład ubezpieczeń” w ramach prowadzonej przez siebie działalności ubezpieczeniowej. Zakładem ubezpieczeń jest podmiot, który otrzymał zezwolenie na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej pochodzące od organu władzy publicznej państwa członkowskiego WE (art. 2 pkt b tiret 1 dyrektywy 88/357 oraz art. 1 ust. 1 pkt a dyrektywy 2002/83)³⁷. Oznacza to, że krajowe normy kolizyjne wskażą prawo właściwe także dla sytuacji życiowych, w których zakład ubezpieczeń zawarł umowę ubezpieczenia w innym państwie aniżeli państwo członkowskie jego siedziby głównej albo przedstawicielstwa lub oddziału, pomimo niedopełnienia przez niego publicznoprawnych obowiązków przewidzianych koniecznych do zawierania umów ubezpieczenia w tym państwie, w przypadku sytuacji, w których zakład ubezpieczeń na życie zawarł umowę ubezpieczenia majątkowego, jak również w takich sytuacjach, w których zakład ubezpieczeń zawarł umowę ubezpieczenia pokrywającą ryzyko z grupy nie objętej udzielonym mu zezwoleniem.

Wymienione ustalenia determinują rozwiązanie problemu kwalifikacyjnego mającego za przedmiot sytuacje, w których umowa, w której po stronie ubezpieczyciela występuje zakład ubezpieczeń, ma (przynajmniej niektóre) cechy „umowy ubezpieczenia”, lecz nie mieści się w ramach działalności ubezpieczeniowej. Umowy takiej – niezależnie od stopnia jej podobieństwa do umowy ubezpieczenia – nie należy kwalifikować jako „umowy ubezpieczenia”, albowiem nie dotyczy ona działalności ubezpieczeniowej. Oznacza to, że prawo właściwe dla takiej umowy wskażą normy kolizyjne konwencji rzymskiej. Przykładem takiej umowy może być kontrakt typu *credit default swap*, w którym po stronie tzw. sprzedawcy zabezpieczenia występują zakłady ubezpieczeń, o ile kontrakt ten zaliczony zostanie – w praktyce przez organ nadzoru ubezpieczeniowego – do zakresu działalności ubezpieczeniowej³⁸.

³⁷ Zakład ubezpieczeń musi mieć formę prawną zgodną bądź z przepisami dyrektyw (art. 8 dyrektywy 73/239 oraz art. 6 dyrektywy 2002/83) – w odniesieniu do zakładu ubezpieczeń mającego siedzibę główną na terytorium WE, bądź też z przepisami prawa państwa siedziby „przedstawicielstwa lub oddziału” w rozumieniu art. 23 ust. 2 pkt 2 dyrektywy 73/239 – w odniesieniu do podmiotu mającego siedzibę główną poza terytorium WE.

³⁸ Tak w prawie niemieckim (zob. adresowany do zakładów administracyjnych Okólnik Prezidenta Federalnego Urzędu Nadzoru Ubezpieczeniowego (Bundesaufsichtamt für das Versicherungswesen) R 3/99 z dnia 9 sierpnia 1999 r., zmieniony przez Okólnik R 1/2002 z dnia 12 kwietnia 2002 r., m.in. w sprawie stosowania § 7 ust. 2 Ustawy o nadzorze ubezpieczeniowym – VAB).

Funkcją społeczno-gospodarczą takiego kontraktu jest – podobnie jak w umowie ubezpieczenia kredytu – ubezpieczenie ryzyka niewypłacalności tzw. kupującego zabezpieczenie³⁹.

O ile w przypadku zakresu art. 27 § 1 pkt 3 Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r. strona podmiotowa „umowy ubezpieczenia” jest kwalifikowana – jak się wydaje – za pomocą okoliczności faktycznej (ubezpieczyciel jest gotów do „zawierania umów ubezpieczenia z nieograniczonym czy też stosunkowo znacznym kręgiem osób”⁴⁰), o tyle w przypadku zakresu krajowych norm kolizyjnych kryterium kwalifikacji stanowi treść właściwych norm prawnych określających, po pierwsze, status ubezpieczyciela jako „zakładu ubezpieczeń”, po drugie – treść pojęcia „działalność ubezpieczeniowa”.

5.

Dotychczasowe uwagi o stronie podmiotowej pojęcia „umowa ubezpieczenia” w rozumieniu krajowych norm kolizyjnych wymagają uzupełnienia. Uzupełnieniu temu poświęcone będą ten oraz kolejny punkt niniejszego opracowania.

Podmiotowym zakresem zastosowania dyrektywy 88/357 oraz dyrektywy 2002/83 nie zostało objętych wiele instytucji ubezpieczeniowych. Pierwszą grupę tych instytucji stanowią towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych małych rozmiarów (art. 3 ust. 1 dyrektywy 73/239 oraz art. 3 pkt 6 dyrektywy 2002/83). W skład drugiej grupy wcho-

³⁹ Zob. definicję *credit default swap* dostępną na stronach internetowych www.investorswords.com. Zob. też A. Gauvin: *Droit des dérivés de crédit*. Paris 2004; N.M. Feder: *Deconstructing Over-the-Counter Derivatives*. „Columbia Business Law Review” 2002, s. 709; R.K. Skora: *The Credit Default Swap*. 1998, www.skora.com/default.pdf; E.R. Pollack: *Assessing the Usage and Effect of Credit Derivatives*, 2003, www.law.harvard.edu/programs/pifs/pdfs/emily_pollack.pdf. Odnosnie do podobieństw i różnic pomiędzy tymi kontaktami a umową ubezpieczenia zob. M. Ross, N. Ross: *Credit Derivatives and Insurance: a World Apart?* 2001, www.gtnews.com. O alternatywnych metodach transferu ryzyka (ART) zob. także: European Commission: *ART Market Study Final Report*. Study Contrast ETD/99/B5-3000/C/51, 2 października 2000; K. Malinowska: *Współczesne tendencje rozwoju prawa umowy ubezpieczenia*. „Prac Asekuracyjne” 2005, nr 1, s. 67–70.

⁴⁰ M.A. Zachariasiewicz: *Prawo właściwe dla zobowiązań z czynności...*, s. 78.

dzą instytucje ubezpieczeniowe prawa publicznego (art. 4 dyrektywy 73/239)⁴¹.

Opowiedzieć należy się za nieuwzględnieniem tych wyłączeń w krajowym prawie kolizyjnym. U ich podstaw leżą jedynie względy publicznoprawne. Trzeba natomiast wskazać prawo właściwe dla umów ubezpieczenia zawartych przez wymienione grupy instytucji. Oznacza to, że przepisy zawierające omawiane wyłączenia nie są pojęciami wyjaśniającymi pojęcie „umowa ubezpieczenia”. Wpływają z tego następujące konsekwencje. Po pierwsze, należy oczekiwać, że prawodawcy krajowi nie wprowadzą omawianych wyłączeń do krajowych norm kolizyjnych. Po drugie, wydaje się, że milczenie prawodawcy krajowego w tym przedmiocie będzie powodować zaliczenie – w drodze kwalifikacji – omawianych grup sytuacji życiowych do zakresu krajowych norm kolizyjnych⁴². Jeżeli natomiast omawiane sytuacje życiowe zostaną wprowadzone do krajowych norm kolizyjnych, to – w braku wyraźnego stanowiska prawodawcy krajowego co do poddania tych sytuacji reżimowi kolizyjnemu konwencji rzymskiej – powstała w ten sposób luka prawną należy wypełnić, uwzględniając cele i funkcje norm kolizyjnych⁴³. Za prawidłowe rozwiązanie uznać należy wówczas analogiczne stosowanie do tych sytuacji życiowych krajowych norm kolizyjnych. Rozwiązanie to ma na względzie równe traktowanie ubezpieczających na terytorium WE⁴⁴ oraz wychodzi

⁴¹ Należą do nich również podmioty, którym został przyznany monopol prawny. W sprawie zgodności omawianych wyłączeń do tych podmiotów z pierwotnym prawem wspólnotowym zob.: W.-H. Roth: *Versicherungsmonopole und EWG-Vertrag*. In: *Festschrift für Ernst Steindorff*. Hrsg. J.F. Baur, K.J. Hopt, K.P. Mailänder. Berlin-New York 1990, s. 1313–1332. Zgodnie z art. 3 dyrektywy 92/49, państwa członkowskie WE zostały zobowiązane do zniesienia tych monopolu do dnia 1 lipca 1994 r.

⁴² Takie jest dominujące stanowisko w prawie niemieckim: J. Basedow, W. Drasch: *Das neue Internationale...*, s. 787; S. Imbusch: *Das IPR der Versicherungsverträge über innerhalb der EG belegene Risiken*. VersR 1993, s. 1060; H. Dörner: *Internationales Versicherungsvertragsrecht: Kommentar zu den Artikeln 7 bis 15 EGVVG mit Materialien*. Berlin 1997, s. 40; Idem, in: *Berliner Kommentar...*, s. 2289; inaczej: F. Reichert-Facilides: *Zur Kodifikation des deutschen internationalen Versicherungsvertragsrechts*. „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” [dalej: IPRax] 1990, s. 1.

⁴³ M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 52.

⁴⁴ Zasada równego traktowania może jednak stracić na znaczeniu w sytuacji, o jakiej mowa w art. 9 ust. 4 niemieckiej ustawy wprowadzającej Ustawę o umowie ubezpieczenia (EGVVG), wydanym w ramach implementacji przepisów dyrektywy 88/357. Przepis ten stanowi, że w razie zawarcia przez ubezpieczającego mającego pobyt stały bądź siedzibę zarządu w Niemczech umowy ubezpieczenia z ubezpieczycielem nie prowadzącym działalności w Niemczech ani osobiście, ani przez pośrednika umowa podlega prawu dowolnie wybranemu przez strony.

naprzeciw idei jednolitej oceny kolizyjnoprawnej umów ubezpieczenia pokrywających ryzyko umiejscowione na terytorium WE.

Z przepisów wyjaśniających podmiotową stronę pojęcia „zakład ubezpieczeń” wynika, że zakresem zastosowania przepisów kolizyjnych dyrektywy 88/357 oraz dyrektywy 2002/83 nie są objęte umowy ubezpieczenia – pokrywające ryzyko umiejscowione na terytorium WE⁴⁵ – zawarte przez ubezpieczycieli nie będących zakładami ubezpieczeń w rozumieniu przepisów wyjaśniających wspólnotowych dyrektyw ubezpieczeniowych. Zdecydowały o tym – podobnie jak w odniesieniu do sytuacji omówionych w punkcie poprzedzającym – okoliczności leżące poza sferą kolizyjnoprawną, a mianowicie, że przepisy kolizyjne dyrektywy 88/357 oraz dyrektywy 2002/83 „towarzyszą” przepisom publicznego prawa działalności ubezpieczeniowej, których zakres stosowania jest ograniczony celami i zadaniami WE⁴⁶. Omawiana grupa sytuacji życiowych nie podlega również zakresowi zastosowania konwencji rzymskiej, która odnosi się jedynie do umów ubezpieczenia (bezpośredniego) pokrywających ryzyko umiejscowione poza terytorium WE.

Państwo członkowskie WE może poddać omawianą grupę sytuacji życiowych zakresom zastosowania bądź krajowych norm kolizyjnych⁴⁷, bądź konwencji rzymskiej⁴⁸. W braku interwencji prawodaw-

⁴⁵ O roli kryterium umiejscowienia ryzyka w rozgraniczeniu zakresu zastosowania konwencji rzymskiej oraz krajowych norm kolizyjnych zob. przyp. 7.

⁴⁶ Por. B. Rudisch: *Europäisches Internationales Versicherungsvertragsrecht für Österreich*. „Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft” [dalej: ZVglRWiss] 1994, s. 84.

⁴⁷ Tak w prawie niemieckim (zob. np. U. Kramer: *Internationales Versicherungsvertragsrecht*. Karlsruhe 1995, s. 168–172; H. Dörner, in: *Berliner Kommentar...*, s. 2288), angielskim (zob. Dicey & Morris: *The Conflict...*, s. 1354–1355), austriackim (zob. B. Rudisch: *Europäisches Internationales...*, s. 86). Rozwiązanie to nie wchodzi oczywiście w grę wówczas, gdy krajowa norma kolizyjna nakazuje stosować – odnośnie do sytuacji życiowych uregulowanych w przepisach kolizyjnych dyrektywy 88/357 oraz dyrektywy 2002/83 – reżim kolizyjny konwencji rzymskiej; zob. przyp. 12.

⁴⁸ Przeciwno wypełnieniu omawianej luki opowiedział się E. Lorenz: *Die Umsetzung der internationalprivatrechtlichen Bestimmungen der Zweiten Schadenversicherungsrichtlinie (88/357/EWG) zur Regelung der Direktversicherung der in der EWG belegen Risiken*. In: *Stellungnahmen und Gutachten zum europäischen internationalen Zivilverfahrens- und Versicherungsrecht*. Hrsg. H. Stoll. Tübingen 1991, s. 220–221, co spotkało się z polemiką ze strony B. Rudisch: *Europäisches Internationales...*, s. 86–87.

Zauważyć należy, że jeżeli w związku z wejściem w życie nowej polskiej Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym nie zostaną uchylone bądź zmienione obecnie obowiązujące normy kolizyjne ustaw ubezpieczeniowych, to zgodnie z cytowanym art. 29 § 1 zd. 1 projektu nowej Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z wrze-

czej powstanie luka prawna. Jej wypełnienie powinno nastąpić zgodnie ze wskazówką podaną w punkcie poprzedzającym⁴⁹.

6.

Rezultat zabiegów kwalifikacyjnych oraz – ewentualnie – wypełnienia luk, odnoszący się do strony podmiotowej pojęcia „umowa ubezpieczenia”, determinuje rezultat wyznaczenia zakresu zastosowania konwencji rzymskiej. Stwierdzić należy, że reżimowi kolizyjnemu konwencji podlegają, po pierwsze, umowy ubezpieczenia – pokrywające ryzyko umiejscowione na terytorium WE – zawarte przez ubezpieczyciela nie będącego „zakładem ubezpieczeń” w znaczeniu ustalonym zgodnie ze wskazówkami kwalifikacyjnymi podanymi w punkcie 5. niniejszego opracowania, po drugie, umowy ubezpieczenia pokrywające ryzyko umiejscowione poza terytorium WE.

śnia 2005 r. omawiana grupa sytuacji życiowych – *de lege lata* nie uregulowana – będzie podlegać normom kolizyjnym art. 3–15 konwencji rzymskiej. Dodatkowo podnieść należy, że z uwagi na niefortunne brzmienie art. 129 ust. 3 *in principio* oraz art. 130 *in principio* w zw. z art. 2 ust. 2 Ustawy o działalności ubezpieczeniowej (zgodnie z którym normy kolizyjne tej Ustawy odnoszą się do umów zawieranych „przez zagraniczne zakłady ubezpieczeń z państw członkowskich EOG wykonujące działalność na terytorium RP” – tak E. Kowalewski: *Problematyka kolizyjnego...*, s. 29; dopuszczalna wydaje się również taka wykładnia tego przepisu, zgodnie z którą odnosi się on do umów ubezpieczenia zawieranych „przez zagraniczne zakłady ubezpieczeń z państw członkowskich EOG”) ewentualnym zastosowaniem art. 29 § 1 zd. 1 nowej Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym zostaną również objęte umowy ubezpieczenia zawarte przez krajowe zakłady ubezpieczeń oraz zagraniczne zakłady ubezpieczeń (zarówno spoza, jak i – być może – z terytorium EOG). Por. uwagi na temat związku pomiędzy art. 57 włoskiej Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1995 r. z włoskimi krajowymi normami kolizyjnymi: M. Frigessi di Rattalma: *La legge applicabile...*, s. 20–21.

⁴⁹ Tak również, w mojej ocenie, *de lege lata* w prawie polskim w odniesieniu do umów ubezpieczenia zawartych przez krajowe zakłady ubezpieczeń oraz umów ubezpieczenia zawartych przez ubezpieczycieli z państw trzecich.

7.

Obecnie przejść należy do skonfrontowania rezultatu kwalifikacji pojęcia „umowa ubezpieczenia”, dokonanej z uwzględnieniem funkcji społeczno-gospodarczej, oraz charakterystycznych cech umowy ubezpieczenia w ujęciu prawnoporównawczym (pkt 3 niniejszego opracowania) z rezultatem kwalifikacji dokonanej z uwzględnieniem przepisów wyjaśniających. Zagadnieniu temu poświęcone zostały punkty 7–11 niniejszego opracowania.

Umowa reasekuracji spełnia tę samą funkcję społeczno-gospodarczą oraz ma te same cechy charakterystyczne co umowa ubezpieczenia⁵⁰. Niemniej jednak wynikający stąd rezultat kwalifikacji pojęcia „umowa ubezpieczenia” w rozumieniu krajowych norm kolizyjnych musi ustąpić rezultatowi kwalifikacji opartej na przepisach wyjaśniających to pojęcie. Artykuł 1 dyrektywy 73/239 nakazuje stosować przepisy tej dyrektywy do „działalności w dziedzinie ubezpieczeń bezpośrednich”. Zgodnie natomiast z art. 2 dyrektywy 2002/83, jej przepisy stosuje się do „działalności w zakresie ubezpieczeń bezpośrednich”.

Końcowy rezultat kwalifikacji, zgodnie z którym przez „umowę ubezpieczenia” należy rozumieć wyłącznie umowę ubezpieczenia bezpośredniego (*communis opinio*), jest zgodny z art. 1 ust. 4 konwencji rzymskiej, nakazującym stosować przepisy konwencji do umów reasekuracji⁵¹.

⁵⁰ Do takiego wniosku doszła, w odniesieniu do normy kolizyjnej art. 27 § 1 pkt 3 Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r., M.A. Zachariasiewicz: *Prawo właściwe dla zobowiązań z czynności...*, s. 78–80; Eadem: *Prawo właściwe dla zobowiązań z umów...*, s. 114–116. Za objęciem umowy reasekuracji zakresem tej normy kolizyjnej także: H. Trammer: *Glosa do wyroku z dnia 18.5.1970*, I CR 58/70, PiP 1972, z. 1, s. 163; J. Fabian: *Normy kolizyjne w prawie cywilnym morskim*, Poznań 1957, s. 80–81; przeciwko J. Jakubowski: *Glosa do wyroku z dnia 18 maja 1970*, I CR 58/70, „Nowe Prawo” [dalej: NP] 1972, z. 4, s. 661.

⁵¹ *Rationem legis* objęcia umów reasekuracji zakresem zastosowania konwencji rzymskiej stanowił brak uzasadnienia dla kolizyjnoprawnej ochrony ubezpieczonych, w przeciwieństwie do umów ubezpieczenia bezpośredniego. M. Giuliano, P. Lagarde: *Bericht über...*, s. 13.

Umowę reasekuracji w rozumieniu art. 1 ust. 4 konwencji rzymskiej stanowi zarówno umowa reasekuracji *sensu stricto*, umowa retrocesji, jak również umowa mająca za przedmiot dalszą retrocesję (terminologicznym rozróżnieniem reasekuracji i retrocesji posługuje się z kolei Dyrektywa Rady 64/225/EWG w sprawie zniesienia ograniczeń swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług w dziedzinie reasekuracji i retrocesji. O.J. 1964 L 56, s. 878); w prawie merytorycznym umowa retrocesji stanowi odmianę umowy reasekuracji (tak E. Montalbetti: *Reasekuracja*, Warszawa 1970, s. 146–147).

8.

Umowa koasekuracji jest – przez wzgląd na jej funkcję społeczno-ekonomiczną oraz cechy charakterystyczne – umową ubezpieczenia. Wniosek ten jest zgodny z treścią przepisów wspólnotowych dyrektyw ubezpieczeniowych. Nie zawierają one żadnych odmiennych wskazówek kwalifikacyjnych. W tej sytuacji art. 1 dyrektywy 73/239 oraz art. 2 dyrektywy 2002/83 stanowią przepisy wyjaśniające pojęcie „umowa ubezpieczenia” w rozumieniu krajowych norm kolizyjnych, zgodnie z którymi zwrot „ubezpieczenie bezpośrednie” oznacza również koasekurację⁵².

W doktrynie wyrażono też stanowisko odmienne, również z uzasadnieniem, że prawo właściwe dla umów koasekuracji reguluje dyrektywa 78/473⁵³. Twierdzenie, że przepisy dyrektywy 78/473 wska-

⁵² Z zakresu pojęcia „umowa ubezpieczenia” należy natomiast wyłączyć umowy stanowiące źródło stosunku wewnętrznego pomiędzy koasekuratorami. Prawo właściwe odnośnie do takich umów wskażą normy kolizyjne konwencji rzymskiej. Odnośnie do umów pomiędzy koasekuratorami zob. E. K o w a l e w s k i: *Umowa...*, s. 55, 59.

⁵³ V. H a h n: *Die „europäischen” Kollisionsnormen für Versicherungsverträge: Untersuchung der Art. 7ff EGVVG unter besonderer Berücksichtigung des zwingenden Rechts*. Karlsruhe 1992, s. 12 (ogólnikowo: „die Mitversicherung, die Gegenstand früherer Richtlinien sind” [koasekuracji dotyczy właśnie dyrektywa 78/473 – M.K.]); D. F u c h s: *Regulacja koasekuracji w prawodawstwie Unii Europejskiej*. „Radca Prawny” 1999, nr 2, s. 19, 20 (autor ten również nie podaje przepisów kolizyjnych dyrektywy 78/473 ani przepisów krajowych wydanych w drodze implementacji tej dyrektywy).

Bez powołania się na przepisy dyrektywy 78/473, z wyłączeniem umowy koasekuracji z zakresu zastosowania przepisów kolizyjnych dyrektywy 88/357 oraz dyrektywy 90/619 (obecnie 2002/83), opowiedział się również P. B l a n c o - M o r a l e s L i m o n e s: *Contratos Internacionales de Serugo*. In: *Contratos Internacionales...* s. 433; natomiast odnośnie do krajowych norm kolizyjnych (przepisów EGVVG) – U. K r a m e r: *Internationales...*, s. 144 (ogólnikowo – „darüber hinaus bleiben die Rückversicherungsverträge sowie die Mitversicherung weiterhin ihren bisherigen Kollisionsvorschriften unterworfen”, z poglądu tego autora co do dychotomicznego podziału źródeł prawa kolizyjnego umowy ubezpieczenia – ibidem, s. 164 – zdaje się wynikać, że w przytoczonej wypowiedzi chodzi o przepisy art. 27 i nast. EGBGB, za pomocą których dokonano do prawa niemieckiego transpozycji konwencji rzymskiej).

Większość doktryny niemieckiej nie odniosła się wprost do kwestii, czy zakresem krajowych norm kolizyjnych objąć należy umowę koasekuracji. O pozytywnej z reguły odpowiedzi na to pytanie można jednak wnosić z tych wypowiedzi, które przeciwstawiają wyłączeniu umów reasekuracji stosowanie tych norm do umów ubezpieczenia bezpośredniego (np. D. M a r t i n y, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 10: *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Internationales Privatrecht*. 3. Auflage. München 1998. s. 1939 („Direktversicherung” steht im Gegensatz zur Rückversicherung”); B. v o n H o f f m a n n, in: *Münchener Kommentar...*, s. 1805

zują prawo właściwe dla umów koasekuracji jest nieuzasadnione, albowiem nie zawiera ona przepisów kolizyjnych⁵⁴. Należy ponadto zauważyć, że zakres zastosowania dyrektywy 78/473 jest ograniczony tylko do takich umów koasekuracji, które spełniają przesłanki określone w art. 1 i 2 tej dyrektywy. Czyni to bezpodstawnym pogląd, zgodnie z którym zawarta w przepisach tej dyrektywy regulacja prawa właściwego dotyczy każdej umowy koasekuracji.

W literaturze pojawiły się także głosy wskazujące, że stosowanie krajowych norm kolizyjnych do umów koasekuracji nie znajduje uzasadnienia, albowiem w odniesieniu do tych umów ochrona ubezpieczającego jest zbędna⁵⁵. Pogląd ten również nie zasługuje na uwzględnienie. Niezależnie od wątpliwości, jakie rodzi wykładnia zawężająca przepisów ogólnych dokonana przez pryzmat oceny konsekwencji zastosowania przepisów szczegółowych, stwierdzić należy, że nie uwzględnia ona regulacji w kwestii granic dopuszczalności wyboru prawa przyjętej w przepisach kolizyjnych dyrektywy 88/357⁵⁶. Regulacja ta różnicuje stopień kolizyjnoprawnej ochrony ubezpieczającego w zależności od tego, kto występuje po stronie ubezpieczającego. Ogólnie można powiedzieć, że wybór prawa jest wyłączony lub ograniczony, z wyjątkiem umów pokrywających duże ryzyko, tj. umów, w których ubezpieczającym prawie zawsze będzie podmiot gospodarczy, z reguły dużych rozmiarów, które to umowy strony mogą poddać prawu państwa dowolnie przez siebie wybranemu (art. 7 ust. 1 pkt f dyrektywy 88/357 w brzmieniu nadanym mu w art. 27 dyrektywy

(„alle Direktversicherungsverträge”); H. Dörner: *Internationales...*, s. 39 („alle sog. Direktversicherungsverträge”); A.M. Uebel: *Die deutschen Kollisionsnormen...*, s. 77 („Gegensatz zur Rückversicherung”); U.P. Gruber: *Internationales Versicherungsvertragsrecht*. Karlsruhe 1999, s. 16 („alle Versicherungsverträge mit Ausnahme der sogenannten Rückversicherung”).

⁵⁴ Dyrektywa 78/473 obejmuje 12 artykułów, z których art. 8–12 stanowią postanowienia końcowe (Tytuł III dyrektywy). Artykuły od 1 do 3 (Tytuł II) stanowią przepisy ogólne. W art. 1 i 2 określono, do jakich czynności koasekuracyjnych dyrektywa znajduje zastosowanie. Artykuł 3 z kolei stanowi, że „prawo zakładów, które mają centralę w Państwie Członkowskim i które podlegają wymaganiom pierwszej dyrektywy koordynującej oraz spełniają te wymagania do uczestniczenia w koasekuracji we Wspólnocie, nie może podlegać żadnym innym przepisom niż zawarte w niniejszej dyrektywie”. Wydaje się, że przepis ten należy interpretować jako odnoszący się jedynie do swobody zakładów ubezpieczenia do samego zawierania umów koasekuracji, a nie do swobody regulowania w umowie treści stosunku ubezpieczenia. Prawa właściwego dla umowy nie wskazuje również przepis szczegółowy art. 4 tej dyrektywy; tak też M. Falon: *La loi applicable...*, s. 257.

⁵⁵ D. Fuchs: *Regulacja koasekuracji...*, s. 20.

⁵⁶ Problem koasekuracji dotyczy w praktyce ubezpieczeń majątkowych.

92/49)⁵⁷. Większość zawartych umów koasekuracji będzie stanowić umowy ubezpieczenia dużego ryzyka⁵⁸. Prawodawca wspólnotowy określił zatem, w odniesieniu do jakich umów ubezpieczenia dopuszczalny jest nieograniczony – co do przedmiotu – wybór prawa. Regulacja ta ma charakter wyczerpujący. Niezasadny jest również pogląd o braku zasadności stosowania krajowych norm kolizyjnych do umów koasekuracji, odwołujący się do łącznika personalnego po stronie ubezpieczającego, z wyłączeniem bądź w braku wyboru prawa⁵⁹. Łącznik personalny po stronie ubezpieczającego w braku wyboru prawa stosuje się również, wolą prawodawcy europejskiego, do umów ubezpieczenia dużego ryzyka⁶⁰.

9.

Do udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej dochodzi w wyniku zawarcia dwóch samodzielnych, lecz ściśle z sobą powiązanych umów: umowy zlecenia udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej, której stronami są zleceniodawca i gwarant, oraz umowy gwarancji ubezpieczeniowej, której stronami są gwarant i beneficjent⁶¹. Umowy te podlegają osobnej ocenie kolizyjnoprawnej. Nie ulega wątpliwości, że umowa zlecenia udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej nie stanowi umowy ubezpieczenia w rozumieniu krajowych norm kolizyj-

⁵⁷ Zob. jednak art. 129 ust. 5 w zw. z art. 2 ust. 2 Ustawy o działalności ubezpieczeniowej. Przepis ten ogranicza wybór prawa do wyboru prawa państwa członkowskiego EOG.

⁵⁸ Na uwagę zasługuje również to, że grupy ryzyka zaliczone do dużego ryzyka stanowią jednocześnie grupy ryzyka, do których odnoszą się czynności koasekuracyjne w świetle dyrektywy 78/473 (art. 26 ust. 1 dyrektywy 88/357 – „Ryzyka, które mogą być ubezpieczane w ramach koasekuracji w obrębie Wspólnoty w rozumieniu dyrektywy 78/473/EWG, określone są w art. 5 lit. d) pierwszej dyrektywy”).

⁵⁹ D. Fuchs: *Regulacja koasekuracji...*, s. 20.

⁶⁰ Artykuł 7 ust. 1 pkt h zd. 2 dyrektywy 88/357. Zob. art. 129 ust. 3 pkt 8 w zw. z art. 2 ust. 2 Ustawy o działalności ubezpieczeniowej. W przepisie ustawy dochodzi do głosu bezpośrednio kryterium najściślejszego związku, ograniczone do praw państw członkowskich EOG.

⁶¹ O gwarancji ubezpieczeniowej jako sumie umowy o wydanie gwarancji oraz umowy gwarancji (J. Kukielka: *Gwarancje z punktu widzenia zakładu ubezpieczeń*. „Przegląd Ubezpieczeń Społecznych i Gospodarczych” 1998, nr 4, s. 30; K. Malinowska, w: *Prawo o kontraktach...*, s. 401–402).

nych⁶², i z tego powodu prawo właściwe dla tej umowy wskażą normy kolizyjne konwencji rzymskiej⁶³.

W mojej ocenie, pomiędzy umową gwarancji ubezpieczeniowej a umową ubezpieczenia zachodzi podobieństwo – w ujęciu prawnoporównawczym – co do funkcji społeczno-gospodarczej oraz cech charakterystycznych obu tych umów. Funkcją społeczno-gospodarczą umowy gwarancji ubezpieczeniowej jest, moim zdaniem, zobowiązanie ze strony ubezpieczyciela – gwaranta do spełnienia świadczenia umownego na wypadek wystąpienia zdarzenia określonego w umowie, wywołującego negatywne skutki w sytuacji majątkowej beneficjenta⁶⁴. Do cech charakterystycznych umowy gwarancji ubezpieczeniowej zaliczam zatem ryzyko, zdarzenie gwarancyjne oraz świadczenie gwaranta⁶⁵. Takie ujęcie umowy gwarancji ubezpieczeniowej sprawia trudności w rozgraniczeniu tej umowy i pozostałych umów gwarancji (m.in. gwarancji bankowej). Z tego względu konieczne jest uzupełnienie wymienionych cech charakterystycznych umowy gwarancji ubezpieczeniowej o okoliczność, zgodnie z którą ubezpieczającym jest „zakład ubezpieczeń” w znaczeniu ustalonym na podstawie wskázówek kwalifikacyjnych podanych w punktach 4–5 niniejszego opracowania. Oznacza to, że nie będzie stanowiła „umowy ubezpieczenia” umowa gwarancji ubezpieczeniowej – pokrywająca ryzyko umiejscowione na terytorium WE – udzielonej przez bank czy też ubezpieczyciela nie będącego „zakładem ubezpieczeń”.

W polskim orzecznictwie⁶⁶ oraz doktrynie prawa zobowiązań dostrzeżono podobieństwa pomiędzy umową gwarancji ubezpieczeniowej a umową ubezpieczenia⁶⁷. Niemniej jednak dominuje stanowisko

⁶² Umowa ta nie ma cech charakterystycznych umowy ubezpieczenia (zob. J. Ku-kielka: *Gwarancje z punktu...*, s. 30, 31; D. Fuchs, w: *Prawo o kontraktach...*, s. 47) oraz nie została uznana za „umowę ubezpieczenia” z mocy przepisów wyjaśniających zawartych we wspólnotowych dyrektywach ubezpieczeniowych.

⁶³ Normy kolizyjne konwencji rzymskiej wskażą również prawo właściwe dla umowy zlecenia regwarancji, umowy zlecenia, na podstawie której zakład ubezpieczeń udzielający gwarancji zleca innemu podmiotowi dokonanie awiza gwarancji, oraz zobowiązania kontrgwarancyjnego zabezpieczającego tzw. remburs.

⁶⁴ Por. definicję gwarancji ubezpieczeniowej (R. Blajer: *Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe w obrocie międzynarodowym*. Warszawa 1999, s. 13) oraz definicję umowy gwarancji (G. Tracz: *Umowa gwarancji*. Kraków 1998, s. 54).

⁶⁵ Nie stanowi natomiast, w mojej ocenie, cechy charakterystycznej umowy gwarancji ubezpieczenia świadczenie zlecającego udzielenie gwarancji, analogicznie do przypadku świadczenia ubezpieczającego – pkt 3 niniejszego opracowania.

⁶⁶ Wyrok SN z 16 kwietnia 1996 r., II CRN 38/96. OSNC 1996, 9/122.

⁶⁷ Dostrzeżono, że gwarancja ubezpieczeniowa stanowi – z punktu widzenia formalnego – alternatywę dla ubezpieczenia OC (J. Ku-kielka: *Gwarancje z punktu...*,

uwypatniające różnice pomiędzy tymi umowami. Do różnic tych zalicza się brak charakteru kompensacyjnego umowy gwarancji ubezpieczeniowej⁶⁸, jej jednostronnie zobowiązujący charakter⁶⁹ oraz obecność w stosunku gwarancji ubezpieczeniowej bezwarunkowego regresu gwaranta w stosunku do zlecającego udzielenie gwarancji⁷⁰. Różnice te sprawiają, że umowę gwarancji ubezpieczeniowej uznaje się za umowę innego typu aniżeli umowa ubezpieczenia⁷¹. Wymienione różnice – w świetle podanych cech charakterystycznych umowy gwarancji ubezpieczeniowej – nie wpływają na ocenę kolizyjnoprawną tej umowy. W innych systemach prawnych, przykładowo w Belgii⁷², Gre-

s. 30–31; K. Malinowska, w: *Prawo o kontraktach...*, s. 403), oraz że sumę gwarancyjną można przyrównywać do sumy gwarancyjnej w ubezpieczeniu OC (ibidem, 482). Spostrzeżono również, że gwarancja ubezpieczeniowa może zostać zastąpiona ubezpieczeniem strat finansowych na rzecz osoby trzeciej (J. Kukiela: *Gwarancje z punktu...*, s. 31). Zwrócono ponadto uwagę, że prowizja za udzielenie gwarancji stanowi odpowiednik składki ubezpieczeniowej (A. Wąsiewicz: *Umowa ubezpieczenia...* s. 68). Zob. również uwagi o podobieństwie umowy ubezpieczenia do umowy czystej gwarancji: G. Tracz: *Umowa...*, s. 189–190.

⁶⁸ „Gwarancja nie stanowi umowy ubezpieczenia w rozumieniu art. 805 k.c. Gwarancja nie posiada charakteru kompensacyjnego, co jest immanentną cechą umowy ubezpieczenia, lecz ma charakter zabezpieczający. Nie jest jej przedmiotem zabezpieczenie ubezpieczającego przed konsekwencjami ujemnych dla niego zdarzeń losowych za zapłatą odpowiedniej składki” (K. Malinowska, w: *Prawo o kontraktach...*, s. 402), a „brak [...] charakteru odszkodowawczego świadczenia” sprawia, że „zasady wypłacania świadczeń różnią się zasadniczo od wypłaty odszkodowania z tytułu ubezpieczenia” (ibidem, s. 539–540; zob. także D. Fuchs, w: *Prawo o kontraktach...*, s. 50).

⁶⁹ Ibidem, s. 402; R. Blajer: *Gwarancje bankowe...*, s. 15; zob. też G. Tracz: *Umowa...*, s. 189. Natomiast, w zgodnej opinii, umowa ubezpieczenia jest umową dwustronnie zobowiązującą (np. ibidem, s. 137; E. Kowalewski: *Umowa...*, s. 42 – sporny pozostaje natomiast charakter wzajemny tej umowy).

⁷⁰ C. Gawlas: *Umowa ubezpieczenia należności celnych i podatkowych*. „Monitor Podatkowy” 1994, nr 10, s. 296.

⁷¹ Ibidem, s. 296–297; R. Blajer: *Gwarancje bankowe...*, s. 21 (autorka, wskazując na art. 353¹ k.c., stwierdza jednak zarazem, „iż gwarancję ubezpieczeniową należy [...] traktować jako wypadkową umowy ubezpieczenia [...] oraz [...] ustawy o działalności ubezpieczeniowej [z 1990 r.]”); K. Malinowska, w: *Prawo o kontraktach...*, s. 461; J. Kukiela: *Gwarancje z punktu...*, s. 30.

⁷² Ustawa z dnia 25 czerwca 1992 r. o umowie ubezpieczenia majątkowego („Moniteur belge”, 20 août 1992) – wersja francuskojęzyczna: „Sous-section III, L'assurance crédit et l'assurance-caution, Art. 70 – Champs d'application. La présente sous-section s'applique aux contrats d'assurance qui ont pour objet de garantir l'assuré contre les risques de non-paiement des créances et contre les autres risques qui y sont assimilables et qui sont déterminés par le Roi”. Omówienie ustawy M. Fontaine: *La loi belge du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*. RGAT 1993, nr 4.

cji⁷³ czy USA⁷⁴, umowa gwarancji ubezpieczeniowej została uznana za umowę ubezpieczenia⁷⁵.

O zaliczeniu umowy gwarancji ubezpieczeniowej do „umowy ubezpieczenia” w rozumieniu krajowych norm kolizyjnych przesadzają przepisy wyjaśniające. Z punktu 15 załącznika⁷⁶ do dyrektywy 73/239 w zw. z art. 1 tej dyrektywy wynika, że działalność ubezpieczeniowa dotycząca pozostałych ubezpieczeń osobowych oraz ubezpieczeń majątkowych obejmuje umowę gwarancji ubezpieczeniowej⁷⁷.

„Umowę ubezpieczenia” w rozumieniu krajowych norm kolizyjnych stanowią takie umowy gwarancji ubezpieczeniowej bezpośredniej (własnej), umowy gwarancji ubezpieczeniowej pośredniej oraz umowy re-gwarancji, w których jako gwarant występuje zakład ubezpieczeń, jako

⁷³ Artykuł 22 ust. 2 ustawy nr 2496/1997 o umowie ubezpieczenia: „If the Insurer provides a guarantee to the Insured, in favour of the person indicated by the insured (guarantee insurance) [...]” (tłum. I.K. Rokas & Partners Athens in: *Europäisches Versicherungsvertragsrecht*. Bd. 3: *Materialien*. Hrsg. J. Basedow, T. Fock. Hamburg 2002, s. 230).

⁷⁴ Zob. definicję gwarancji ubezpieczeniowej w *Black's Law Dictionary*. Ed. B. Garner. Eighth Edition. 2004, s. 817: „[...] guaranty insurance (surety insurance): an agreement to cover a loss resulting from another's default, insolvency, or specified misconduct”. Por. regułę § 193 Restatement of the Law Second USA odnoszącą się zarówno do *surety insurance*, jak i do *fire insurance* oraz *casualty insurance* (zob. *Restatement of the Law Second. Conflict of Laws 2d*. Vol. 1 §§ 1–221. St. Paul, Minn 1971, s. 610).

⁷⁵ Z kolei większość doktryny niemieckiej uznaje gwarancję ubezpieczeniową za ubezpieczenie (tak: Prölss/Martin: *Versicherungsvertragsgesetz...*, s. 55).

⁷⁶ Ang. *suretyship insurance*, franc. *caution*, niem. *Kautionsversicherung* (zob.: dział II, grupa 15 załącznika do Ustawy o działalności ubezpieczeniowej).

⁷⁷ Zob. np. F. Reichert-Facilides: *Zur Kodifikation...*, s. 4; A.M. Uebel: *Die deutschen Kollisionsnormen...*, s. 77–79; B. von Hoffmann, in: *Münchener Kommentar zum...*, s. 1806. Zob. art. 3 ust. 3 pkt 1 Ustawy o działalności ubezpieczeniowej.

Rezultat kwalifikacji uzyskany przez wzgląd na cele krajowych norm kolizyjnych powinien mieć pierwszeństwo przed argumentem na rzecz jednolitej kolizyjnoprawnej oceny umowy gwarancji bankowej (podlegającej reżimowi kolizyjnemu konwencji rzymskiej – LIT) oraz umowy gwarancji ubezpieczeniowej. Ustawodawca wspólnotowy nie zdecydował się na szczególne uregulowanie prawa kolizyjnego czynności bankowych. Uczynił tak natomiast w odniesieniu do czynności ubezpieczeniowych.

Nadmienić należy, że stosowanie krajowych norm kolizyjnych do umowy gwarancji ubezpieczeniowej nie niweczy korelacji prawa właściwego dla tej umowy z regulacją prawa właściwego dla umowy zlecenia udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej. W odniesieniu do obu tych umów – w stosunkach między przedsiębiorcami – strony mogą dokonać wyboru prawa tego samego państwa, korzystając z nieograniczonego – co do przedmiotu – wyboru prawa. W odniesieniu do umowy zlecenia udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej wniosek ten wynika z art. 4 ust. 1 konwencji rzymskiej, w przypadku umowy gwarancji ubezpieczeniowej zaś – z krajowych norm kolizyjnych wydanych w ramach implementacji art. 7 ust. 1 pkt f) dyrektywy 88/357. Co do sposobu implementacji tego przepisu do prawa polskiego zob. przyp. 57.

beneficjent zaś – podmiot nie będący zakładem ubezpieczeń⁷⁸. W łańcuchu gwarancji „umową ubezpieczenia” będzie umowa, na podstawie której dochodzi do udzielenia gwarancji ostatecznemu beneficjentowi.

Objęcie umowy gwarancji ubezpieczeniowej zakresem zastosowania krajowych norm kolizyjnych sprawia, że umowę tę należy kwalifikować jako „umowę ubezpieczenia” również w rozumieniu art. 1 ust. 3 konwencji rzymskiej.

10.

Współcześnie umowa ubezpieczenia stanowi także środek realizacji przez zakłady ubezpieczeń zadań w zakresie grupowych ubezpieczeń emerytalnych⁷⁹. Rodzi to pytanie o prawo właściwe dla umów grupowego ubezpieczenia emerytalnego⁸⁰.

Za uznaniem umowy grupowego ubezpieczenia emerytalnego za „umowę ubezpieczenia” w rozumieniu krajowych norm kolizyjnych⁸¹ przemawia rezultat kwalifikacji pojęcia „umowa ubezpieczenia”, dokonanej zarówno z uwzględnieniem funkcji społeczno-gospodarczej oraz cech charakterystycznych tej umowy, jak również z uwzględnieniem przepisów wyjaśniających to pojęcie zawartych w dyrektywie 2002/83.

Z zakresu zastosowania dyrektywy 2002/83 wyłączone zostały zabezpieczenia społeczne⁸². Wykładni autonomicznej pojęcia „zabezpie-

⁷⁸ Zakresem pojęcia „umowa ubezpieczenia” nie są natomiast objęte umowa gwarancji ubezpieczeniowej, której beneficjentem jest inny zakład ubezpieczeń, ani umowa pomiędzy gwarantem a gwarantem. Prawo właściwe dla tych umów wskaże konwencja rzymska.

⁷⁹ Przykładem jest umowa grupowego ubezpieczenia na życie w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 3 Ustawy o pracowniczych programach emerytalnych (Dz.U. nr 116, poz. 1207).

⁸⁰ Według mojej wiedzy, kwestia ta nie była przedmiotem analizy w piśmiennictwie.

⁸¹ Możliwość tę otwiera poddanie przepisom kolizyjnym dyrektywy 2002/83 zarówno indywidualnych, jak i grupowych umów ubezpieczenia na życie (zob. E. Lorenz: *Das auf grenzüberschreitende Lebensversicherungsverträge anwendbare Recht – eine Übersicht über die kollisionsrechtlichen Rechtsgrundlagen*. „Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft” [dalej: ZVersWiss] 1991, s. 133).

⁸² Artykuł 3 pkt 4 dyrektywy 2002/83. Tak samo w odniesieniu do dyrektyw z zakresu pozostałych ubezpieczeń osobowych i ubezpieczeń majątkowych (art. 2 ust. 1 pkt d dyrektywy 73/239).

czenia społeczne” należy dokonać na podstawie art. 3 pkt 4, art. 2 ust. 3 oraz art. 2 ust. 2 pkt c dyrektywy 2002/83. Zgodnie z art. 3 pkt 4 dyrektywy 2002/83, przepisów tej dyrektywy nie stosuje się do ubezpieczeń będących częścią ustawowego systemu zabezpieczeń społecznych, z wyjątkiem art. 2 ust. 3 tej dyrektywy. Artykuł 2 ust. 3 dyrektywy 2002/83 z kolei dotyczy „operacji mających związek z długością życia człowieka, które są nakazane lub przewidziane w przepisach o ubezpieczeniach społecznych, kiedy są przeprowadzane lub zarządzane na własne ryzyko przez zakłady ubezpieczeń, zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego”. Wyjątek na rzecz stosowania przepisów dyrektywy 2002/83 do zagadnień z dziedziny zabezpieczenia społecznego nie odnosi się natomiast do art. 2 ust. 2 pkt c tej dyrektywy. Zgodnie z tym przepisem, przepisy dyrektywy 2002/83 stosuje się do „następującego rodzaju działalności [...] wynikającego z umowy, w takim stopniu, w jakim jest on przedmiotem nadzoru władz administracyjnych, odpowiedzialnych za kontrolę ubezpieczeń prywatnych: zarządzanie grupowymi funduszami emerytalnymi, czyli operacji polegających, w przypadku zainteresowanych zakładów ubezpieczeń, na zarządzaniu lokatami, w szczególności aktywami stanowiącymi rezerwy instytucji dokonujących wypłat w przypadku śmierci lub dożycia określonego wieku lub w przypadku zaprzestania lub ograniczenia działalności”⁸³. Należy stąd wnioskować, że – wola prawodawcy wspólnotowego – grupowe ubezpieczenie emerytalne spełniające kumulatywne przesłanki stosowania art. 2 ust. 2 pkt c dyrektywy 2002/83⁸⁴, dla celów i w zakresie unormowania dyrektywy 2002/83, nie zostały zaliczone do dziedziny zabezpieczeń społecznych⁸⁵. Prawo właściwe dla umów będących źródłem takich ubezpieczeń wskażą zatem, zgodnie z art. 2 ust. 2 pkt c dyrektywy 2002/83,

⁸³ Uwzględnić przy tym należy również szczególne wyłączenie podmiotowo-przedmiotowe z zakresu zastosowania dyrektywy 2002/83 (jej art. 3 pkt 8), odnoszące się do „związanej z emeryturami działalności emerytalnych zakładów ubezpieczeń określonych w Ustawie o emeryturach pracowniczych (TEL) oraz innym wiążącym się z tym ustawodawstwem fińskim [pod warunkami określonymi w tym przepisie – M.K.]”.

⁸⁴ Są one następujące: 1) działalność polegająca na zarządzaniu grupowymi funduszami emerytalnymi dotyczy zarządzania grupowymi funduszami emerytalnymi, 2) działalność ta jest wykonywana przez zakład ubezpieczeń, 3) działalność ta podlega nadzorowi ubezpieczeniowemu, 4) działalność ta jest wykonywana na podstawie umowy.

⁸⁵ Z zestawienia art. 2 ust. 2 pkt c z art. 2 ust. 3 oraz art. 3 pkt 4 dyrektywy 2002/83 wynika zatem, że niedopuszczalna jest wykładnia art. 2 ust. 2 pkt c, zgodnie z którą negatywną przesłanką stosowania tego przepisu jest to, aby działalność, o której w nim mowa, nie wchodziła w zakres zabezpieczeń społecznych.

krajowe normy kolizyjne⁸⁶. Wydaje się, że uzasadnienia tego rozwiązania należy poszukiwać, po pierwsze, w podleganiu działalności w zakresie grupowych ubezpieczeń emerytalnych nadzorowi ubezpieczeniowemu, po drugie, w prywatnoprawnej – z uwagi na podmiot realizujący zadania z zakresu grupowych ubezpieczeń emerytalnych (tj. zakład ubezpieczeń) oraz środek realizacji tych zadań (tj. umowę ubezpieczenia) – metodzie regulacji tej działalności.

11.

Pojęciem „umowa ubezpieczenia” w rozumieniu krajowych norm kolizyjnych należy również objąć umowy obce prawu polskiemu⁸⁷. Do takich ubezpieczeń należy zaliczyć „ubezpieczenia istniejące w Irlandii i Zjednoczonym Królestwie, znane jako »stałe ubezpieczenia zdrowotne bez prawa anulowania polisy«, objęte zakresem stosowania dyrektywy 2002/83 w zw. z jej art. 2 ust. 1 pkt d, jak również umowy dotyczące tontyny, polegające na tworzeniu stowarzyszeń subskrybentów w celu dokonywania wspólnej kapitalizacji udziałów, a następnie podziału zgromadzonych środków między osoby pozostałe przy życiu lub między osoby uprawnione przez zmarłych, w takim stopniu, w jakim umowy takie są przedmiotem prywatnego nadzoru ubezpieczeniowego, objęte zakresem stosowania dyrektywy 2002/83 w zw. z jej art. 2 ust. 2 pkt a dyrektywy 2002/83⁸⁸. Przepisy te pełnią funkcję przepisów wyjaśniających pojęcie „umowa ubezpieczenia”.

⁸⁶ Tym samym art. 2 ust. 2 pkt c dyrektywy 2002/83 uzupełnia katalog ubezpieczeń, do których odnosi się dyrektywa 2002/83, obecny w art. 2 dyrektywy 2002/83 (katalog ten został implementowany do prawa polskiego w drodze załącznika do Ustawy o działalności ubezpieczeniowej, dział I).

⁸⁷ W ramach kolizyjnoprawnej problematyki *culpa in contrahendo* (zob. np.: A. Heldrich, in: *Palandt Kommentar zum BGB*. 63. Auflage. München 2004, s. 2605; A. Spickhoff, in: *Münchener Kommentar zum...*, s. 2504; D. Looschelders: *Internationales Privatrecht – Art. 3–46 EGBGB*. Berlin–Heilderberg 2004, s. 535) należy natomiast poszukiwać rozwiązań problemu kwalifikacji tzw. *vorläufige Deckung*, instytucji niemieckiego prawa o umowie ubezpieczenia (zob. np. Prölls/Martin: *Versicherungsvertragsgesetz...*, s. 69–73).

⁸⁸ Niem. *Tontinenversicherung* (zob. H. Dörner: *Internationales...*, s. 39), ang. *ton-tines* (zob. Dicey & Morris: *The Conflict of Laws...*, s. 1369).

12.

Poczynione w niniejszym opracowaniu ustalenia co do kwalifikacji pojęcia „umowa ubezpieczenia” w rozumieniu krajowych norm kolizyjnych mogą być pomocne w wyznaczeniu zasięgu norm jurysdykcyjnych w sprawach dotyczących ubezpieczenia, zawartych w: art. 7–12a konwencji brukselskiej o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych⁸⁹, art. 7–12a konwencji lugańskiej o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych⁹⁰, a także art. 8–14 Rozporządzenia Rady (WE) 44/2001 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych⁹¹. Dotyczy to zwłaszcza kwestii objęcia zasięgiem tych norm jurysdykcyjnych spraw dotyczących: reasekuracji⁹², umów gwarancji ubezpieczenio-

⁸⁹ O.J. 1972 L 299, s. 32, tekst jednolity: O.J. 1998 C 27, s. 1 [dalej: konwencja brukselska].

⁹⁰ Dz.U. 2000, nr 10, poz. 132 [dalej: konwencja lugańska].

⁹¹ O.J. L 149/2 [dalej: rozporządzenie 44/2001].

⁹² Za wyłączeniem umów reasekuracji z zasięgu wymienionych norm jurysdykcyjnych opowiada się doktryna międzynarodowego postępowania cywilnego; zob. w szczególności: M. Schlosser: *Bericht zu dem Übereinkommen des Königsreichs Dänemark, Irlands und des Vereinigten Königsreichs Großbritannien und Nordirland über den Beitritt zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie zum Protokoll betreffend die Auslegung dieses Übereinkommens durch den Gerichtshof*. O.J. 1979 C 59, s. 117; D. Czernich: *Die Übereinkommen von Lugano und Brüssel: europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht; Kurzkomentar*. Wien 1997, s. 81; A. Staundinger, in: *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar*. Hrsg. T. Rauscher. 2003, s. 162; R. Geiger, in: R. Geimer, R.A. Schütze: *Europäisches Zivilverfahrensrecht*. München 2004, s. 246; D. Fuchs, w: *Prawo o kontraktach...*, 40–43 (oraz cytowana tam literatura i orzeczenia sądów państwowych). Stanowisko to znalazło potwierdzenie w orzeczeniu ETS z dnia 13 lipca 2000 r. w sprawie C-412/98 (zob. omówienia tego orzeczenia: V. Heuzé, RGDA 2000, nr 3, s. 943–947 oraz D. Fuchs, w: *Prawo o kontraktach...*, s. 43–44). Wyłączenie to dotyczy również innych spraw między reasekuratorami (R. Geiger, in: R. Geimer, R.A. Schütze: *Europäisches...*, s. 248).

W literaturze podnosi się natomiast uwagi krytyczne (M. Fricke: *Internationale Zuständigkeit und Anerkennungszuständigkeit in Versicherungssachen nach europäischem und deutschem Recht*. VersR 1997, s. 401; R. Geiger, in: R. Geimer, R.A. Schütze: *Europäisches...*, s. 245) oraz wątpliwości (A. Staundinger, in: *Europäisches...*, s. 162) co do objęcia zasięgiem wymienionych norm jurysdykcyjnych umów ubezpieczenia (bezpośredniego) dużego ryzyka. Wydaje się, że kwestię tę można podnosić jedynie *de lege ferenda*.

wej⁹³ oraz umów grupowego ubezpieczenia emerytalnego. Na szczególną uwagę zasługuje ostatnia z wymienionych grup sytuacji.

W orzeczeniu w sprawie Baten⁹⁴ ETS dokonał autonomicznej wykładni pojęcia „zabezpieczenia społeczne” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. 3 konwencji brukselskiej. ETS sięgnął w tym celu do przepisów art. 4 Rozporządzenia Rady 1408/71/EWG w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych i ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie⁹⁵ oraz części V konwencji nr 102/1952 Międzynarodowej Organizacji Pracy⁹⁶. Przepisy te zawierają katalogi spraw objętych zakresem przedmiotowym tych aktów prawnych. Oba te katalogi dotyczą między innymi emerytur (art. 4 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia 1408/71 oraz przepisy części V konwencji MOP nr 102/1952). Zastosowanie tego rozstrzygnięcia, zapadłego w odniesieniu do odmiennego stanu faktycznego, do umów grupowego ubezpieczenia emerytalnego prowadzi do wyłączenia spraw ubezpieczeniowych wynikających z tych umów spod zasięgu norm jurysdykcyjnych rozporządzenia 44/2001 (jak i konwencji brukselskiej oraz konwencji lugańskiej).

Niemniej jednak w odniesieniu do umów grupowego ubezpieczenia emerytalnego zasadne wydaje się rozważenie zastąpienia wykładni autonomicznej opartej na wymienionych przepisach rozporządzenia 1408/71 oraz konwencji MOP nr 102/1952, odnoszącej się do kryterium przedmiotu postępowania⁹⁷ – wykładnią autonomiczną opartą na omówionych w pkt 12 niniejszego opracowania przepisach dyrektywy 2002/83 (tj. art. 2 ust. 2 pkt c w zw. z art. 3 pkt 4 dyrektywy 2002/83), odnoszącą się do kryterium metody regulacji. W literaturze przedmiotu zgodnie wskazuje się, że genezą przepisów art. 1 ust. 2 pkt 3 konwencji lugańskiej, konwencji brukselskiej oraz rozporządzenia 44/2001 były różnice klasyfikacyjne istniejące pomiędzy krajowymi porządkami prawnymi⁹⁸. Uzasadnia to potrzebę jednolitego sto-

⁹³ Za niestosowaniem przepisów art. 7–12a konwencji lugańskiej do umowy gwarancji ubezpieczeniowej opowiedział się natomiast w doktrynie polskiej D. Fuchs, w: *Prawo o kontraktach...*, s. 48–51.

⁹⁴ Z dnia 14 listopada 2002 r., sprawa C-271/00.

⁹⁵ O.J. L 149/2 [dalej: rozporządzenie 1408/71].

⁹⁶ Dz.U. 2005, nr 93, poz. 775.

⁹⁷ Por. K. Weitz: *Przedmiotowy zakres zastosowania konwencji lugańskiej*. KPP 2000, z. 2, s. 451.

⁹⁸ P. Jenard: *Bericht zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*. O.J. 1979 C 59, s. 12; M. Schlosser: *Bericht zu dem Übereinkommen...*, s. 92.

sowania tych przepisów⁹⁹. Pozytywne ustalenie, że na terytorium WE doszło do upowszechnienia umownych grupowych ubezpieczeń emerytalnych, w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt c dyrektywy 2002/83, dawałoby podstawę do zastąpienia – w sprawach wynikających z tych umów – dominującego sposobu autonomicznej wykładni pojęcia „zabezpieczenia społeczne” w drodze wykładni dynamicznej tego pojęcia. Rozwiązanie to pozwala osiągnąć zbieżność zakresu zastosowania prawa kolizyjnego umowy ubezpieczenia z zakresem zastosowania norm jurysdykcyjnych w sprawach dotyczących ubezpieczenia.

⁹⁹ P. Jenard: *Bericht zu dem Übereinkommen über...*, s. 12–13 (z powołaniem się na przepisy rozporządzenia 1408/71 oraz konwencji MOP 102/1952); D. Czernich: *Die Übereinkommen...*, s. 42; R. Geimer, in: R. Geimer, R.A. Schütze: *Europäisches...*, s. 89; zob. też: K. Weitz: *Przedmiotowy zakres...*, s. 460–462; D. Fuchs, w: *Prawo o kontraktach...*, s. 31–36. Argument ten został również podniesiony przez ETS w orzeczeniu w sprawie Baten (pkt 28 tego orzeczenia).

Maciej Zachariasiewicz

Autonomiczny charakter klauzuli arbitrażowej w międzynarodowym arbitrażu handlowym

Uwagi wstępne

Przedmiotem niniejszego opracowania jest problematyka prawna związana z zasadą niezależności klauzuli arbitrażowej (jej autonomicznym charakterem) w stosunku do umowy podstawowej. Przytoczone rozważania dotyczą przede wszystkim funkcjonowania tej zasady w międzynarodowym arbitrażu handlowym¹, choć poczynione uwagi będą miały znaczenie także na tle obrotu krajowego.

Sąd polubowny (sąd arbitrażowy²) może rozstrzygać spory pomiędzy podmiotami prawa prywatnego tylko w przypadku przyznania mu takiej kompetencji przez same strony stosunku prawnego. Źródłem właściwości sądu arbitrażowego jest umowa stron poddająca

¹ W celu odróżnienia arbitrażu międzynarodowego od arbitrażu krajowego korzysta się najczęściej z dwóch kryteriów: międzynarodowego charakteru sporu oraz miejsca zamieszkania albo siedziby stron sporu. Zob. A. Redfern, M. Hunter: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 3rd ed. London 1999, s. 11. Por. także art. 1(3) ustawy modelowej o międzynarodowym arbitrażu, opracowanej przez Komisję Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ (UNCITRAL) z 1985 r., tłum. M. Adamczyk, w „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” [dalej: PPHZ]. T. 16. Katowice 1992, s. 122–132. Tekst w języku angielskim dostępny także na stronie: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html. Ustawa modelowa UNCITRAL nie jest wiążącym źródłem prawa.

² Termin „sąd arbitrażowy” odpowiada spotykanym w innych krajach (por. np. ang. *arbitral tribunal*). W polskim k.p.c. używa się terminu „sąd polubowny”.

spór pod jego rozstrzygnięcie (zapis na sąd polubowny/umowa o arbitraż³; *arbitration agreement, convention d'arbitrage*).

Zapis na sąd polubowny może dotyczyć zarówno sporu już zaistniałego (tzw. kompromis; *compromis, submission agreement*), jak i takiego, który wyniknie dopiero w przyszłości na tle łączącego strony stosunku umownego⁴. W tym drugim przypadku umowa o arbitraż może przybrać postać bądź to samodzielnej umowy, bądź klauzuli arbitrażowej zamieszczonej w umowie głównej (*arbitration clause, clause compromissoire*). Wymienione rozróżnienia pozbawione są jednak dzisiaj większego znaczenia⁵. W międzynarodowych konwencjach dotyczących arbitrażu⁶ w ogóle pominięto pierwsze z nich, uważając za oczywiste, że zarówno kompromis, jak i umowa o spór, który wyniknąć może w przyszłości, mieszczą się w pojęciu *arbitration agreement*, a o drugim wspomina się wyłącznie w celu wskazania sposobów sporządzenia umowy o arbitraż. Oba podziały znalazły swe od-

³ Terminów tych używa się zamiennie.

⁴ Polskie pojęcie „zapis na sąd polubowny” obejmuje zarówno kompromis, jak i umowę o poddanie sporu, który może wyniknąć dopiero w przyszłości. Por. art. 1161 znowelizowanego kodeksu postępowania cywilnego oraz art. 698 poprzednio obowiązujących przepisów.

⁵ Por. np. M. Tomaszewski: *Umowa o arbitraż, podstawowe problemy prawne*. „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” [dalej: PUG] 1994, nr 1, s. 15; A. Lizer-Klatka: *Umowa o arbitraż w międzynarodowym arbitrażu handlowym*. Katowice 2001 [niepubl.], s. 27. Wskazany rozróżnieniom nadawano znaczenie w przeszłości. Na przykład we Francji do 1925 r. w arbitrażu krajowym za skuteczne uważano tylko umowy o arbitraż, które obejmowały spory już zaistniałe. Zob. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague 1999, s. 193. W stosunku do drugiego rozróżnienia wskazywano zaś, że – w przeciwieństwie do samodzielnej umowy o arbitraż – klauzula zamieszczona w kontrakcie dzieli jego losy prawne. Zob. np. Z. Fenichel: *Polskie prawo prywatne i procesowe – Studia*. Kraków 1936, s. 873. Co do aktualnego znaczenia tego rozróżnienia por. przyp. 101.

⁶ Artykuł II(2) Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z dnia 10 czerwca 1958 r. Dz.U. 1962, nr 9, poz. 41 i 42 oraz art. I(2)(a) Konwencji europejskiej (genewskiej) o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1961 r. Dz.U. 1964, nr 40, poz. 270 i 271. Por. na ten temat E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 194. Konwencja nowojorska przewiduje przesłanki uznawania orzeczeń zagranicznych sądów arbitrażowych; została przyjęta przez wiele państw, a od 1961 r. wiąże również Polskę. Por. listę państw członkowskich: <http://www.uncitral.org>. Konwencja europejska ma zastosowanie do „umów o arbitraż, zawieranych w celu rozstrzygania sporów wynikających przy dokonywaniu transakcji handlu międzynarodowego między osobami tak fizycznymi, jak i prawnymi, które w chwili zawierania takich umów mają stałe miejsce zamieszkania bądź swą siedzibę w różnych umawiających się państwach”. Artykuł I(1)(a). Stronami Konwencji są prawie wyłącznie kraje europejskie. Od 1964 r. związana jest nią także Polska.

zwierciedlenie w ustawie modelowej o międzynarodowym arbitrażu opracowanej przez UNCITRAL, ale tylko po to, by podkreślić, iż pozbawione są znaczenia prawnego⁷.

Zapis na sąd polubowny stanowiący podstawę jego kompetencji musi spełniać przesłanki ważności przewidziane przez prawo właściwe dla jego oceny⁸. Strony muszą więc dopełnić wymagań zarówno co do zdolności (*capacity*) i formy (*formal validity*), jak i treści oraz przedmiotowego zakresu dopuszczalności zapisu (ta ostatnia przesłanka dotyczy rodzaju sporów, które mogą zostać poddane pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego, tzw. *arbitrability*)⁹.

Współcześnie zapis na sąd polubowny przybiera najczęściej postać jednej z klauzul umowy podstawowej (klauzuli arbitrażowej). W przypadku nieważności lub innej wadliwości tej umowy pojawia się pytanie o wpływ tej wadliwości na ważność lub skuteczność klauzuli arbitrażowej zamieszczonej w umowie. W tym właśnie miejscu pole do działania ma zasada niezależności klauzuli arbitrażowej.

Zasada niezależności klauzuli arbitrażowej – pojęcie

Autonomiczny charakter umowy arbitrażowej (*autonomy, separability, severability*)¹⁰ oznacza, że klauzula arbitrażowa, choć zamieszczona w umowie głównej, traktowana jest jak niezależne porozumienie stron¹¹. Jej ważność nie jest uzależniona od ważności umowy

⁷ Por. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 195.

⁸ Problematyka dotycząca tych kwestii określana jest w literaturze mianem *validity of the arbitration agreement*. Por. A. Redfern, M. Hunter: *Law...*, s. 141 i nast.

⁹ Por. np. krótki przegląd przesłanek ważności umowy o arbitraż, którego dokonał M. Tomaszewski: *Umowa...*, s. 16–17. Więcej na ten temat A. Lizer-Klatka: *Umowa...*

¹⁰ Pojęciem *autonomy* posługują się prawnicy kontynentalni. Pozostałe pojęcia rozpowszechnione są na obszarze państw *common law*. Pojęcie „autonomiczność umowy o arbitraż” używane jest czasem – zwłaszcza we Francji – także w zupełnie innym znaczeniu, dla podkreślenia „autonomiczności” umowy o arbitraż w stosunku do wszelkich praw krajowych. Kwestia ta wiąże się z zagadnieniem prawa właściwego dla umowy o arbitraż i nie jest przedmiotem niniejszego opracowania. Zob. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 197; A. Dimolitsa: *Autonomie et Competenz-Kompetenz*. „Revue de l'arbitrage” [dalej: *Rev. Arb.*] 1998, N° 2, s. 305.

¹¹ E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 198, 210; A. Redfern, M. Hunter: *Law...*, s. 154; M. Rubino-Sammartano: *International Arbi-*

głównej. Podobnie wygaśnięcie umowy głównej nie powoduje wygaśnięcia klauzuli arbitrażowej¹².

Niezależność klauzuli arbitrażowej przejawia się także w tym, że ważność umowy głównej nie może uzdrowić braków klauzuli arbitrażowej. W każdym przypadku muszą zostać spełnione przesłanki wymagane dla umowy o arbitraż wedle prawa dla niej właściwego. Oznacza to między innymi, że wymagania co do formy umowy o arbitraż nie mogą ulec złagodzeniu na skutek umieszczenia klauzuli arbitrażowej w umowie podstawowej, dla której ustawa przewiduje formę łagodniejszą¹³.

W doktrynie niezależność klauzuli arbitrażowej tłumaczy się na dwa sposoby. Wedle pierwszej koncepcji przyjmuje się fikcję, że klauzula arbitrażowa jest zupełnie samodzielnym, odrębnym od kontraktu

tration Law and Practice. 7th ed. The Hague–London–Boston, s. 225; A.J. van den Berg: *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Hague 1981, s. 145; S. Walt: *Decision by Division: The Contractarian Structure of Commercial Arbitration*. „Rutgers Law Review” [dalej: Rutgers L. Rev.] 1999, Vol. 51, s. 381; C. Svernlöv: *What Isn't, Ain't: The Current Status of the Doctrine of Separability*. „Journal of International Arbitration” [dalej: J. Int. Arb.] 1991, Vol. 8, No. 4, s. 37 i nast.; P. Gross: *Separability Comes of Age in England: Harbour v. Kansa and Clause 3 of The Bill*. „Arbitration International” [dalej: Arb. Int'l] 1995, Vol. 11, No. 1, s. 85 i nast.; B. Dutoit, F. Knoepfler, P. Lalive, P. Marcier: *Répertoire de droit international privé suisse*. Vol. 1. Berne 1982, s. 271; R. David: *L'arbitrage dans le commerce international*. Paris 1982, s. 265; J. Robert, B. Moreau: *L'arbitrage: droit interne, droit international privé*. Paris 1993, s. 249 i nast.; R. Bourdin, in: Y. Derains: *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*. Paris 1984, s. 14; N. Coipel-Cordonnier: *Les Conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*. Paris 1999, s. 301 i nast. W literaturze polskiej na temat autonomicznego charakteru klauzuli arbitrażowej zob.: R. Morek: *Mediacja i arbitraż: komentarz*. Warszawa 2006, s. 200; A. Lizer-Klatka: *Umowa...*, s. 30; L. Łabęcki: *Międzynarodowy arbitraż handlowy w sporach między stronami z państw członkowskich RWPG*. Warszawa 1984, s. 97; S. Dalka: *Sądownictwo polubowne w PRL*. Warszawa 1987, s. 61; M. Tomaszewski: *Umowa...*, s. 15; M. Pazdan: *Prawo właściwe do oceny zapisu na sąd polubowny*. „Rejent” 2003, nr 10, s. 174–175; J. Pazdan: *Umocowanie do zawarcia umowy o arbitraż*. „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2003, 3.2, s. 301; A. Tyneł, J. Funk, W. Chwałej, M. Pazdan (red.): *Międzynarodowe prawo handlowe*. Warszawa 2002, s. 320–321; R. Ludwikowski: *Regulacje handlu i biznesu międzynarodowego*. T. 2: *Międzynarodowe transakcje handlowe*. Warszawa 1998, s. 488; T. Szurski: *Arbitraż – skuteczny sposób likwidowania sporów*. „Monitor Prawniczy” [dalej: MoP] 1998, nr 12, s. 471.

¹² Jak słusznie podkreśla się w literaturze, właśnie w tych przypadkach klauzula okazuje się potrzebna. Tak A. Redfern, M. Hunter: *Law...*, s. 154.

¹³ Tak – moim zdaniem – słusznie M. Dragun-Gertner w głosie (krytycznej) do Postanowienia SA w Gdańsku z dnia 11 grudnia 1996 r. OSP 1997/7–8, s. 400. To samo dotyczy sytuacji odwrotnej, tzn. wymagania co do formy umowy arbitrażowej nie ulegają zaostrzeniu ze względu na surowsze wymagania przewidziane dla umowy głównej.

podstawowego porozumieniem¹⁴. Dzięki temu tak samo oceniać będziemy klauzulę arbitrażową zamieszczoną w kontrakcie oraz umowę arbitrażową sporządzoną w odrębnym dokumencie. Zwolennicy drugiej koncepcji wskazują natomiast, iż klauzula arbitrażowa stanowi tę część umowy głównej, która „przeżywa” ją w przypadku jej nieważności lub wygaśnięcia¹⁵. Klauzula arbitrażowa nie pełni, ich zdaniem, żadnej samodzielnej funkcji gospodarczej, nie może zatem stanowić odrębnej umowy¹⁶. Nie rozstrzygając powyższego sporu, wystarczy stwierdzić, że na potrzeby ustalenia jurysdykcji sądu arbitrażowego klauzulę arbitrażową traktujemy jako odrębną, gdyż dotyczy ona praw i obowiązków zupełnie innego rodzaju niż pozostałe postanowienia umowne, mianowicie wyznaczenia sądu, który będzie właściwy do rozstrzygnięcia sporu, a nie materialnych praw i obowiązków stron wynikających z umowy głównej¹⁷.

Najważniejszą konsekwencją autonomicznego charakteru klauzuli arbitrażowej jest kompetencja sądu arbitrażowego do rozstrzygania o ważności i skuteczności umowy głównej. Stwierdzenie przez sąd nieważności umowy łączącej strony nie pociąga za sobą konieczności zanegowania własnej jurysdykcji w sprawie¹⁸. Sąd arbitrażowy władny jest również orzekać o roszczeniach przysługujących stronom na sku-

¹⁴ Koncepcję tę nazywa się czasem *collateral contract theory*. Zob. A. Samuel: *Separability in English Law-Should an Arbitration Clause Be Regarded as an Agreement Separate and Collateral to a Contract in Which It Is Contained?* J. Int. Arb. 1986, Vol. 3, No. 3, s. 95 i cytowana tam literatura oraz orzecznictwo, w szczególności orzeczenie angielskiego Court of Appeals w sprawie *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation Ltd.* (1981) A.C., s. 980, 998. Por. także A. Redfern, M. Hunter: *Law...*, s. 154; S. Schwebel: *International Arbitration: Three Salient Problems*. Cambridge 1987, s. 5; V.V. Veeder: *International Handbook on Commercial Arbitration*, Supplement [dalej: *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl.] 1997, England, s. 23–68, rozdz. II(4); P. Sanders: *Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules*. „ICCA Yearbook” 1977, Vol. 2, pkt 4.2; A. Samuel: *Recenzja pracy: S. Schwebel, International Arbitration: Three Salient Problems*. J. Int. Arb. 1988, Vol. 5, No. 1, s. 119–125. Zdaniem tego autora, założenie, że mamy do czynienia z dwiema samodzielnymi umowami z reguły nie odpowiada rzeczywistej woli stron.

¹⁵ Na gruncie prawa angielskiego za koncepcją tą – zwaną czasem *one-contract theory* – zdecydowanie opowiada się A. Samuel: *Separability...*, s. 95–110. Podobnie P. Mayer: *Les limites de la séparation de la clause compromissoire*. Rev. Arb. 1998, N° 2, s. 359. Zob. także A. Redfern, M. Hunter: *Law...*, s. 154.

¹⁶ Tak P. Mayer: *Les limites...*, s. 361.

¹⁷ Zob. A. Samuel: *Separability...*, tekst za przyp. 76; A. Dimolitsa: *Autonomie...*, s. 308.

¹⁸ A. Broches: *Commentary on the UNCITRAL Model Law*. *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1990, art. 16, pkt 6; A. Rogers, R. Launders: *Separability – the Indestructible Arbitration Clause*. Arb. Int'l 1994, Vol. 10, No. 1, s. 17; L. Łabęcki: *Międzynarodowy...*, s. 97.

tek stwierdzenia nieważności umowy, np. z tytułu nienależnego świadczenia. Skutkiem, ale zarazem także celem zasady niezależności klauzuli arbitrażowej jest więc istotne rozszerzenie jurysdykcji sądu arbitrażowego¹⁹. Patrząc na to z jeszcze innej strony, orzekanie o ważności i skuteczności umowy głównej mieści się w przedmiotowym zakresie spraw poddanych sądowi pod rozstrzygnięcie w klauzuli arbitrażowej.

Zasada niezależności klauzuli arbitrażowej powiązana jest z zasadą *Kompetenz-Kompetenz* (*competence – competence, compétence de la compétence*), na podstawie której arbitrzy mogą decydować o swej własnej kompetencji do rozstrzygnięcia sporu²⁰. Rozpatrują oni zarówno zarzuty dotyczące ważności i skuteczności klauzuli arbitrażowej, jak również wszelkie inne zarzuty co do właściwości sądu arbitrażowego, nie korzystając w tym zakresie z pomocy sądu państwowego. Zasada niezależności klauzuli arbitrażowej, określana często jako korelat zasady *Kompetenz-Kompetenz* (obie zasady służą bowiem podobnemu celowi), ma jednakże swą samodzielną treść²¹. Z zasady *Kompetenz-Kompetenz* wynika wyłącznie kompetencja sądu arbitrażowego do orzekania o własnej właściwości. Gdyby nie towarzyszyła jej zasada niezależności klauzuli, sąd arbitrażowy musiałby jednak orzec o swej niewłaściwości w przypadku nieważności samej umowy głównej. Utrzymanie kompetencji do rozstrzygnięcia sporu powstałego na tle nieważnej umowy możliwe jest więc dzięki autonomicznemu charakterowi klauzuli arbitrażowej²². Obydwie zasady, wzajemnie się uzupełniając, wzmacniają niezależność orzecznictwa arbitrażowego (względem orzecznictwa państwowego).

¹⁹ Por. A. Redfern, M. Hunter: *Law...*, s. 155.

²⁰ Por. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 213; A. Redfern, M. Hunter: *Law...*, s. 156.

²¹ Por. na ten temat: E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 213; P. Gross: *Separability...*, tekst za przyp. 7; A. Broches: *Commentary...*, art. 16, pkt 6; C. Svernlöv: *What Isn't, Ain't...*, s. 37 i nast.; J. Rosen: *Arbitration under Private International Law: The Doctrines of Separability and Compétence de la Compétence*. „Fordham International Law Journal” [dalej: *Fordham Int'l L. J.*] 1994, Vol. 17, s. 608; R. David: *L'arbitrage...*, s. 265; A. Dimolitsa: *Autonomie...*, s. 307. Z kolei S. Schwebel (*International...*, s. 2, 3, 10) traktuje zasadę *Kompetenz-Kompetenz* jako teoretyczną podstawę uzasadniającą autonomiczny charakter umowy arbitrażowej. Inaczej: A. Samuel: *Recenzja...*, s. 119–125 i autorzy tam cytowani oraz R. David: *L'arbitrage...*, s. 265, których zdaniem, po pierwsze, zasada *Kompetenz-Kompetenz* ma charakter procesowy, a zasada niezależności klauzuli – charakter materialnoprawny, po drugie, zasada *Kompetenz-Kompetenz* ma szerszy zakres, dotyczy bowiem wszelkich zarzutów co do właściwości sądu arbitrażowego, a nie tylko kwestii ważności lub skuteczności klauzuli arbitrażowej.

²² Tak E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 214.

Dodatkowym uzasadnieniem niezależności klauzuli arbitrażowej jest możliwość uniknięcia błędnego koła, które pojawi się, jeśli zasadę tę odrzucimy. Jeżeli bowiem sąd arbitrażowy miałby odmówić rozstrzygnięcia sprawy ze względu na nieważność umowy głównej, to musiałby przedtem zbadać podstawę owego zarzutu, tj. dokonać oceny merytorycznej owej umowy, tylko po to, by stwierdzić, że jednak nie ma jurysdykcji do rozstrzygnięcia sporu. To z kolei oznaczałoby, że tak naprawdę nigdy nie miał kompetencji do rozstrzygania o nieważności umowy głównej²³. Przewycięzeniu zarzutu błędnego koła sprzyja autonomiczny charakter klauzuli arbitrażowej, gdyż nie pozwala sądowi arbitrażowemu uzależniać swej jurysdykcji od ważności umowy głównej.

Problem „błędnego koła” mógłby pojawić się (z braku uznania autonomicznego charakteru klauzuli) także przed sądem państwowym, gdyby sąd ten rozstrzygał spór poddany przez strony pod rozstrzygnięcie sądu polubownego tylko dlatego, że jedna ze stron, przekonana o nieważności umowy głównej, wniosła sprawę do sądu państwowego, który z kolei, rozstrzygając o nieważności umowy głównej, wkraczałby w kompetencje sądu polubownego, powołanego do rozstrzygania co do meritum sporu²⁴. Dlatego również sąd państwowy powinien ograniczyć swą kompetencję do badania skuteczności samego tylko zapisu na sąd polubowny, a dopiero w razie stwierdzenia jego nieskuteczności może przystąpić do rozstrzygania o meritum sprawy. Nie wolno mu jednak uzależniać własnej jurysdykcji od ważności umowy głównej.

O rozwoju zasady niezależności klauzuli arbitrażowej zadecydowała również konieczność uniemożliwienia stronom blokowania postępowania arbitrażowego przez podnoszenie zarzutu nieważności umowy głównej²⁵. Zasada niezależności klauzuli służy w istocie przyspiesze-

²³ Takie orzeczenie sądu arbitrażowego pociągałoby za sobą konieczność rozstrzygnięcia kwestii ważności umowy przez sąd państwowy, co w istocie oznaczałoby orzekanie po raz drugi w przedmiocie tej samej kwestii. Z tego powodu podnoszono w literaturze argument, że odmowa przyjęcia zasady niezależności umowy arbitrażowej rodzi konsekwencje trudne do zaakceptowania z punktu widzenia ochrony powagi rzeczy osądzonej. Por. J.D. Stiner: *Arbitration: Schaffer v. Jaffery: The Oklahoma Supreme Court Reject the Separability Doctrine and Takes Step Back in the Enforcement of Arbitration Clauses Under Oklahoma Law*. „Oklahoma Law Review” [dalej: Okla. L. Rev.] 1997, Vol. 50, s. 243.

²⁴ Także tu pojawia się problem sprzeczności z zasadą ochrony powagi rzeczy osądzonej.

²⁵ Zob. T. Szurski, in: P. Sanders: *UNCITRAL'S Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*. „ICCA Congress Series” 1984, No. 2, s. 76; C. Svernlöv: *The Evolution of the Doctrine of Separability in England: Now Virtual-*

niu²⁶ procedury oraz zmniejszeniu udziału sądów państwowych w postępowaniu przed sądem polubownym²⁷. Dzięki zasadzie niezależności klauzuli kompetencja sądów arbitrażowych ulega poszerzeniu także o spory dotyczące ważności i skuteczności umowy głównej²⁸.

Istotnym argumentem podnoszonym na poparcie autonomicznego charakteru umowy o arbitraż jest także konieczność uwzględnienia woli stron. Z reguły bowiem jest tak, że jeżeli strony poddały pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego spory wynikające z łączącego je stosunku umownego, to zamiarem ich było, aby rozstrzygał on o wszystkich kwestiach związanych z tym stosunkiem, w tym także o nieważności umowy czy innej postaci wadliwości, jak również o wzajemnych rozliczeniach wynikających z tego tytułu²⁹. Ponieważ decydującą rolę

ly Complete? J. Int. Arb. 1992, Vol. 9, No. 3, s. 115; S. Schwebel: *International...*, s. 3–6; A. Rogers, R. Launders: *Separability...*, tekst za przyp. 9. J.G. Wetter: *The Importance of Having a Connection*. Arb. Int'l 1987, Vol. 3, No. 4, s. 329–336, tekst za przyp. 5; S. Walt: *Decision...*, s. 381. Bez przyjęcia zasady niezależności klauzuli arbitrażowej łatwo byłoby zablokować postępowanie, przez podniesienie zarzutu nieważności umowy głównej. Sąd arbitrażowy, wobec *prima facie* uzasadnionego zarzutu nieważności umowy głównej, musiałby odmówić rozstrzygnięcia sporu. W konsekwencji wszystkie spory odnoszące się do ważności umowy podstawowej pozostawałyby poza jurysdykcją sądu polubownego.

²⁶ A. Rogers, R. Launders: *Separability...*, tekst za przyp. 9.

²⁷ A. Samuel: *Recenzja...*, tekst za przyp. 11.

²⁸ Pozostaje to w zgodzie z lansowaną w wielu krajach polityką poddawania pod rozstrzygnięcie sądów arbitrażowych jak największej liczby rodzajów spraw i ograniczania ingerencji sądownictwa krajowego w postępowanie arbitrażowe. W USA polityka ta określana jest mianem *pro-arbitration policy*, zob. np.: R. Layton: *Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America*. J. Int. Arb. 1993, Vol. 10, No. 2, s. 123–141, tekst za przyp. 4; N. Kaplan: *A Case by Case Examination of Whether National Courts Apply Different Standards When Assisting Arbitral Proceedings and Enforcing Awards in International Cases as Contrasting with Domestic Disputes. Is There a Worldwide Trend towards Supporting an International Arbitration Culture?* „ICCA Congress series” 1998, No. 8, s. 218; E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 84 oraz orzeczenia sądów federalnych po przystąpieniu USA do Konwencji nowojorskiej (1970), np. *Scherck v. Alberto-Culver Co* (1974), 417 U.S., s. 506 oraz „wiodące” orzeczenie w sprawie *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (1985), 473 U.S., s. 614, ale także starsze *Kulukundis Shipping Co. v. Amtorg Trading Corp.* (1942), 126 F.2d, s. 985. W USA uważa się nawet, że wątpliwości co do jurysdykcji należy rozstrzygać na korzyść arbitrażu. Zob. np. *Wick v. Atlantic Marine, Inc.* (1979), 605 F.2d, s. 166 oraz *Austin Mun. Sec., Inc. v. NASD* (1985), 757 F.2d, s. 676. Na temat poglądów wyrażanych we Francji i Szwajcarii (w tej ostatniej istotnym krokiem we wspomnianym kierunku była Ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym z 1987 r.) zob. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 68, 76–78.

²⁹ Por. S. Schwebel: *International...*, s. 3–6; A. Rogers, R. Launders: *Separability...*, tekst za przyp. 9; R. Goode: *The Adaptation of English Law to International*

ma tu odegrać interpretacja woli stron, istotna staje się uważna analiza treści klauzuli arbitrażowej. Strony mogą ograniczyć jej zakres, wyłączając pewne rodzaje sporów, mimo że dotyczą one umowy głównej łączącej strony. Co do zasady jednak, w przypadku gdy strony posługują się typową klauzulą arbitrażową (w tym jedną ze standardowych klauzul proponowanych przez instytucje arbitrażowe³⁰), należy uznać, iż jest ona wystarczająco szeroka, aby zmieściły się w jej zakresie także spory co do ważności i skuteczności umowy głównej. Inter-

Commercial Arbitration. Arb. Int'l 1992, Vol. 8, No. 1, s. 1–16, tekst za przyp. 5; G.L. Benton, R. Rogers: *The Arbitration of International Technology – Disputes Under the English Arbitration Act 1996*, Arb. Int'l 1997, Vol. 13, No. 4, s. 361–374, tekst za przyp. 31; J.G. Wetter: *The Importance...*, tekst za przyp. 8. Istotną rolę woli stron w tym kontekście podkreśla się także w orzecznictwie arbitrażowym i państwowym; zob. np. orzeczenie sądu arbitrażowego *ad hoc* w sprawie *Texaco Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. v. The Government of the Libyan Arab Republic* (1977). „International Law Reports” 1979, Vol. 53, s. 389–409, pkt 19; *Orzeczenie bułgarskiego sądu arbitrażowego (Arbitration Court of the Bulgarian Chamber of Commerce and Industry)* z 23 czerwca 1973. „ICCA Yearbook” 1979, Vol. 4, s. 189–189; *Harbour Assurance v. Kansa* (1993), Court of Appeal (Anglia). „ICCA Yearbook” 1995, Vol. 20, s. 771–790, pkt 16, 26; *Westcare Investments Inc. v. Judoimport-SDPR Holdings Co. Ltd.* (1997), High Court, Queen’s Bench Division (Anglia). „ICCA Yearbook” 1998, Vol. 23, s. 836–879, pkt 59; *Orzeczenie niemieckiego Sądu Najwyższego (Bundesgerichtshof)* z 27 lutego 1970. Arb. Int'l 1990, Vol. 6, No. 1, s. 79. Przypisywanie tak istotnej roli woli stron spotyka się również z krytyką w literaturze. Tak np. I. Yoshida: *Interpretation of Separability of an Arbitration Agreement and its Practical Effects on Rules of Conflict of Laws in Arbitration in Russia*. Arb. Int'l 2003, Vol. 19, No. 1, s. 95–112, tekst za przyp. 41.

³⁰ Jak się wydaje, w taki sposób należy interpretować np. standardową klauzulę Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej z 1998 r. (*Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce*). „ICCA Yearbook” 1997, Vol. 22, s. 347–362: „Wszelkie spory wynikające z niniejszego kontraktu albo z nim związane...” (tekst Regulaminu dostępny także w języku polskim na stronie: www.iccwbo.org/court/english/arbitration/rules.asp). Podobne klauzule wzorcowe zawierają: Regulamin Międzynarodowego Arbitrażu Amerykańskiego Stowarzyszenia Arbitrażowego (*American Arbitration Association International Rules*) z 1997 r. (www.adr.org/ftp); Regulamin Międzynarodowy Singapurskiego Centrum Arbitrażu Międzynarodowego (*SIAC International Rules*) z 1997 r. (www.siac.org.sg); Regulamin Arbitrażowy Niemieckiego Instytutu Arbitrażu (*Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration*) z 1998. „ICCA Yearbook” 1998, Vol. 23, s. 288–306; Regulamin Sądu Arbitrażowego przy Węgierskiej Izbie Przemysłowo-Handlowej (*Rules of the Hungarian Chamber of Commerce and Industry Arbitration Court*). „ICCA Yearbook” 1995. Vol. 20. s. 295–320. Niektóre regulaminy uszczegółowiają zakres standardowej klauzuli za pomocą wyliczenia, jakie rodzaje sporów dotyczących umowy poddane są pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego. Por. np. Regulamin Weneckiego Sądu Arbitrażu Krajowego i Międzynarodowego (*Rules of the Venice court of National and International Arbitration*). J. Int. Arb. 1999, Vol. 16, No. 2, s. 81–92, zgodnie z którym klauzula obejmuje spory doty-

pretacja taka nie wymaga posłużenia się przez strony żadnymi dodatkowymi, szczególnymi sformułowaniami.

Zasada niezależności klauzuli arbitrażowej w instrumentach prawa międzynarodowego i krajowego

Współcześnie³¹ zasada niezależności klauzuli arbitrażowej jest w świecie powszechnie uznawana. Stała się „prawdziwie międzynarodową normą prawa”³², akceptowaną jako jedna z podstawowych zasad międzynarodowego arbitrażu handlowego³³, choć formalnie rzecz biorąc, nie została zapisana w międzynarodowych konwencjach dotyczących arbitrażu. Przepis jej poświęcony znalazł się natomiast w ustawie modelowej UNCITRAL-u i w wielu regulaminach arbitrażowych. Jest też akceptowana w orzecznictwie sądów arbitrażowych oraz w prawach krajowych poszczególnych państw, także w prawie polskim.

Konwencje o międzynarodowym arbitrażu handlowym

W Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z 1958 r.³⁴ brak jest wyraźnego przepisu dotyczącego zasady niezależności klauzuli arbitrażowej. Zdaniem niektórych autorów, wynika ona jednak pośrednio z art. V(1)(a)

czące m.in.: zawarcia, wykonania, ważności, naruszenia, zakończenia oraz roszczeń odszkodowawczych wynikających z umowy, oraz Regulamin Londyńskiego Sądu Arbitrażu Międzynarodowego z 1998 r. (*Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration*). „ICCA Yearbook” 1998, Vol. 23, s. 369–393, <http://www.lcia-arbitration.com>, w którym wskazano, że klauzula arbitrażowa obejmuje m.in. spory dotyczące istnienia, ważności i zakończenia umowy.

³¹ Por. dalsze uwagi na temat nieuznawania tej zasady w przeszłości.

³² Określenie to, którego użył P. Sander s: *L'Autonomie de la clause compromissoire*. In: *Hommage à Frederic Eisemann*. Paris 1978, s. 42, jest często przytaczane w doktrynie i orzecznictwie.

³³ Zob. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 199; A. Redfern, M. Hunter: *Law...*, s. 154.

³⁴ Zob. przyp. 6.

Konwencji. Podnoszą oni dwa argumenty na poparcie swej tezy. Po pierwsze, w Konwencji wskazano prawo właściwe dla umowy o arbitraż (art. V(1)(a)), które może być inne niż prawo właściwe dla umowy głównej³⁵. Po drugie, wśród konwencyjnych podstaw odmowy uznania orzeczenia sądu arbitrażowego brak jest nieważności umowy głównej³⁶, co może pośrednio świadczyć o niezależności klauzuli arbitrażowej. Takie stanowisko zostało jednak poddane krytyce. Wielość praw mających zastosowanie do tej samej umowy jest bowiem zjawiskiem występującym także w innych sytuacjach (*depeçage*) i samo przez się nie decyduje jeszcze o autonomicznym charakterze klauzuli arbitrażowej³⁷. Nie wydaje się także słuszne wnioskowanie o zasadzie niezależności klauzuli z samego tylko faktu, że w Konwencji nie nadano nieważności umowy głównej atrybutu przesłanki odmowy uznania orzeczenia sądu arbitrażowego. Należy więc, jak się wydaje, podzielić pogląd, że Konwencja pozostaje neutralna wobec problemu niezależności klauzuli arbitrażowej³⁸.

W przeciwieństwie do Konwencji nowojorskiej, w Konwencji europejskiej (genewskiej) o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1961 r.³⁹ można – jak się wydaje – próbować dopatrywać się rozstrzygnięcia kwestii niezależności klauzuli arbitrażowej. Nie posłużono się w niej wprawdzie pojęciem „niezależność”, ale w art. V(3) wyraźnie przyznano sądowi arbitrażowemu kompetencję do orzekania o istnieniu i ważności umowy głównej⁴⁰. Postanowienie to samo w sobie nie oznacza jeszcze przyjęcia zasady niezależności klauzuli, nie przeszkadza bowiem sądowi w uznaniu za nieważną zarówno samej umowy głównej, jak i – w konsekwencji – klauzuli arbitrażowej. Wydaje się, że art. V(3) wyraża przede wszystkim zasadę *Kompetenz-Kompetenz*. Można jednak, jak sądzę, twierdzić, że w Konwencji europejskiej, przez przyznanie sądowi arbitrażowemu kompetencji do orzekania

³⁵ Tak P. Schlosser: *Das Recht der Internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit*. Tübingen 1978, przyp. 316. Cyt. za: A.J. van den Berg: *The New York...*, s. 146, a także A.S. El-Kosheri, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Supl. 1990, Egypt, s. 19–52, rozdz. II(4); A. Rogers, R. Launders: *Separability...*, tekst za przyp. 19.

³⁶ Tak S. Schwebel: *International...*, s. 22.

³⁷ Tak A.J. van den Berg: *The New York...*, s. 146.

³⁸ Ibidem; C. Svernlöv: *What Isn't, Ain't...*, tekst za przyp. 26; A. Samuel: *Re-cenzja...*, tekst za przyp. 33; A. Lizer-Klatka: *Umowa...*, s. 33.

³⁹ Zob. przyp. 6.

⁴⁰ Artykuł V(3) brzmi: „Sąd arbitrażowy, przeciw któremu zgłoszono zarzut niewłaściwości, nie powinien uchylać się od rozpoznania sprawy i ma prawo sam orzec co do swej właściwości albo co do istnienia lub ważności umowy o arbitraż lub kontraktu, którego częścią składową jest ta umowa [...]”.

w kwestii ważności i istnienia umowy głównej, uznano zarazem zasadę niezależności klauzuli arbitrażowej⁴¹.

Ustawa modelowa UNCITRAL-u

Kwestię autonomicznego charakteru klauzuli arbitrażowej rozstrzygnięto w sposób wyraźny w art. 16(1) ustawy modelowej UNCITRAL-u. W zdaniu pierwszym tego artykułu wyrażono zasadę *Kompetenz-Kompetenz*. Ze zdania drugiego wynika zaś, że klauzula arbitrażowa stanowi porozumienie samodzielne w stosunku do innych klauzul kontraktu, oraz że stwierdzenie przez sąd arbitrażowy nieważności kontraktu nie pociąga za sobą z mocy prawa nieważności klauzuli arbitrażowej⁴².

Regulaminy sądów arbitrażowych

Zasadę niezależności klauzuli arbitrażowej zapisano w wielu regulaminach międzynarodowych sądów arbitrażowych, w tym także w Regulaminie Arbitrażowym UNCITRAL-u z 1976 r. (*UNCITRAL*

⁴¹ Tak M. Blessing: *The Major Western and Soviet Arbitration Rules: A comparison of the Rules of UNCITRAL, UNCITRAL Model Law, LCIA, ICC, AAA and the Rules of the USSR Chamber of Commerce and Industry*. J. Int. Arb. 1989, Vol. 6, No. 3, s. 8–76, część 1, pkt 18; K. Hobér: *Arbitration in Moscow*. Arb. Int'l 1987, Vol. 3, No. 2, s. 119–163, tekst za przyp. 67. Śluszne wątpliwości co do takiego wniosku wyraził C. Svernlöv: *What Isn't, Ain't...*, tekst za przyp. 19, nie rozstrzygając jednak tej kwestii. Przytacza on z kolei orzeczenie sądu arbitrażowego, który zajął w tej sprawie stanowisko negatywne: Orzeczenie ICC w sprawie nr 2091 z 14 maja 1972 r. Rev. Arb. 1975, № 3, s. 252. Neutralność postanowień konwencji genewskiej w stosunku do kwestii niezależności klauzuli arbitrażowej przyjmuje również A. Lizer-Klatka: *Umoowa...*, s. 33. Prawdą jest bowiem, że w trakcie prac nad Konwencją nie dyskutowano tej kwestii. Zob. D. Hascher: *European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 – Commentary*. „ICCA Yearbook” 1995, Vol. 20, s. 1006–1038, pkt 46.

⁴² Artykuł 16(1) brzmi: „Sąd arbitrażowy może orzekać o swej właściwości, włączając w rozpatrywaniem wszelkich zarzutów dotyczących istnienia lub ważności umowy o arbitraż. W związku z tym przyjmuje się, że klauzula arbitrażowa kontraktu stanowi porozumienie odrębne od innych klauzul kontraktu. Stwierdzenie przez sąd arbitrażowy nieważności kontraktu nie pociąga za sobą z mocy prawa nieważności klauzuli arbitrażowej”. [tłum. M. Adamczyk].

Arbitration Rules)⁴³. W art. 21(2) Regulaminu wyrażono zarówno kompetencję sądu arbitrażowego do rozstrzygania o istnieniu i ważności umowy głównej, jak i niezależność klauzuli arbitrażowej.

Niezależność klauzuli zapisano również w art. 6(4) Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej z 1998 r.⁴⁴ Wskazano mianowicie, że sąd arbitrażowy nie traci kompetencji do rozstrzygnięcia sprawy z powodu nieważności lub nieistnienia umowy głównej. W Regulaminie rozróżnia się wyraźnie zarzuty wobec skuteczności umowy głównej (które nie mają wpływu na kompetencję sądu arbitrażowego) oraz zarzuty dotyczące skuteczności klauzuli arbitrażowej (od której kompetencja ta zależy), tym samym dając wyraz zasadzie niezależności umowy arbitrażowej.

Zasadę niezależności klauzuli arbitrażowej – i to w ujęciu ustawy modelowej i Regulaminu UNCITRAL-u – zapisano również w regulaminach wielu innych stałych sądów arbitrażowych, w tym między innymi: w art. 15(2) Regulaminu Międzynarodowego Arbitrażu Amerykańskiego Stowarzyszenia Arbitrażowego (*American Arbitration Association International Rules*) z 1997 r.⁴⁵, w art. 23(1) Regulaminu Arbitrażowego Londyńskiego Sądu Arbitrażu Międzynarodowego z 1998 r. (*Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration*)⁴⁶, w art. 5 Regulaminu Arbitrażowego Chińskiej Międzynarodowej Arbitrażowej Komisji Ekonomii i Handlu z 1995 r. (*CIETAC Arbitration Rules*)⁴⁷, w art. 21(2) Szwajcarskiego Regulaminu Międzynarodowego Arbitrażu z 2004 r. (*Swiss Rules of International Arbitration*)⁴⁸,

⁴³ Regulamin ten – jako wzorcowy – został przygotowany przez Komisję Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ i przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 15 grudnia 1976 r. Mogą go także wybrać same strony, i to zarówno w przypadku arbitrażu *ad hoc*, jak i arbitrażu instytucjonalnego, jeżeli zezwala na to regulamin danego stałego sądu arbitrażowego. Regulamin w tłum. A. Wiśniewskiego. PPHZ 1979, T. 3, s. 161–175. Tam też omówienie Regulaminu autorstwa J. Jakubowskiego i A. Wiśniewskiego, s. 25. Tekst w języku angielskim dostępny na stronie: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html.

⁴⁴ Zob. przyp. 30. Por. Y. Derains, E.A. Schwartz: *A guide to the ICC Rules of Arbitration*. The Hague 2006, s. 111; M.W. Bühler, Th.H. Webster: *Handbook of ICC Arbitration. Commentary, Precedents, Materials*. London 2005, s. 100. Międzynarodowa Izba Handlowa była pierwszą instytucją arbitrażową na świecie, w której regulaminie znalazło się postanowienie uznające zasadę niezależności klauzuli arbitrażowej. Zob. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 200.

⁴⁵ Tekst dostępny na stronie: www.adr.org/ftp.

⁴⁶ Zob. przyp. 30.

⁴⁷ Tekst dostępny na stronie: www.cietac.org.cn/english/rules/rules.html.

⁴⁸ Tekst dostępny na stronie: www.swissarbitration.ch/rules.html.

w art. 26(1) Regulaminu Międzynarodowego Singapurskiego Centrum Arbitrażu Międzynarodowego z 1997 r. (*SIAC International Rules*)⁴⁹.

Brak natomiast wyraźnego przepisu poświęconego niezależności klauzuli arbitrażowej w Regulaminie Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie⁵⁰. W §2(3) Regulaminu zapisano jedynie, że „zespół orzekający ma kompetencje do orzekania o właściwości sądu oraz istnieniu, ważności lub zakresie umowy o arbitraż”. Wskazano więc na zasadę *Kompetenz-Kompetenz*, pomijając kwestię niezależności klauzuli arbitrażowej w stosunku do umowy podstawowej. Nie stoi to jednak – jak sądzę – na przeszkodzie, aby składy orzekające sądu arbitrażowego przyjmowały niezależność klauzuli arbitrażowej jako regułę powszechnie uznaną w międzynarodowym arbitrażu handlowym. Wyraźne zapisanie tej kwestii w regulaminie byłoby natomiast wskazane.

Orzecznictwo sądów arbitrażowych

Zasada niezależności klauzuli arbitrażowej uznawana jest powszechnie także w orzecznictwie międzynarodowych sądów arbitrażowych⁵¹

⁴⁹ Zob. przyp. 30.

⁵⁰ Tekst dostępny na stronie: www.sad-arbitrazowy.pl.

⁵¹ Zob. np.: *orzeczenie końcowe ICC w sprawie nr 5485 z 18 sierpnia 1987 r.* „*ICCA Yearbook*” 1989, Vol. 14, s. 156–173; *orzeczenie wstępne i końcowe ICC z 1983 r. 1984 r. oraz 1986 r. w sprawie nr 4145.* „*ICCA Yearbook*” 1987, Vol. 12, s. 97–110; *orzeczenie wstępne ICC z 1994 r. w sprawie nr 7263.* „*ICCA Yearbook*” 1997, Vol. 22, s. 92–106; *orzeczenie sądu arbitrażowego w sprawie British Petroleum Company Ltd. v. The Government of the Libyan Arab Republic z 1 sierpnia 1974 r.* „*International Law Reports*” 1979, Vol. 53, s. 297–388 oraz „*ICCA Yearbook*” 1980, Vol. 5, s. 158–167; *orzeczenie wstępne sądu arbitrażowego w sprawie Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Company z 14 stycznia 1982 r.* „*ICCA Yearbook*” 1986, Vol. 11, s. 97–104; *orzeczenie bułgarskiego sądu arbitrażowego z 23 czerwca 1973 r., orzeczenie niemieckiego sądu arbitrażowego z 28 stycznia 1976 r.* „*Aus der Spruchpraxis des Schiedsgerichts bei der Kammer für Aussenhandel der Deutschen Demokratischen Republik 1969–1976*” [Berlin] 1978, s. 93–97, oraz „*ICCA Yearbook*” 1979, Vol. 4, s. 197–198; *orzeczenie amerykańskiego sądu arbitrażowego w sprawie nr 1569: Pollux Marine Agencies Inc. v. Louis Dreyfus Corp. (American Arbitration Association).* „*ICCA Yearbook*” 1983, Vol. 8, s. 171–180; *orzeczenie końcowe ICC z 1982 r. w sprawie nr 3572.* „*ICCA Yearbook*” 1989, Vol. 14, s. 111–121; *pierwsze orzeczenie wstępne ICC z 18 grudnia 1967 r. w sprawie nr 1512.* „*ICCA Yearbook*” 1980, Vol. 5, s. 171–173; *orzeczenia wstępne nr 1–9 Pełnego Składu Irańsko-Amerykańskiego Trybunału Skargowego w sprawach nr 6, 51, 68, 121, 140, 159, 254, 293 oraz 466 z 5 listopada 1982 r. (Iran-US Claims Tribunal).* „*ICCA Yearbook*”

jako tak oczywista, że dla jej uzasadnienia nie jest potrzebne powoływanie się na jakiekolwiek prawo krajowe⁵².

Prawa krajowe

Na przestrzeni drugiej połowy XX w. zasada niezależności klauzuli arbitrażowej przyjęta została również w wewnętrznych porządkach prawnych wielu państw. W uproszczeniu można wyróżnić tu trzy grupy państw. Czwartą grupę stanowią zaś kraje, w których autonomiczny charakter klauzuli arbitrażowej wydaje się nie akceptowany.

Po pierwsze, w wielu krajach zasada niezależności klauzuli arbitrażowej – czasami z dużym trudem – torowała sobie drogę przez orzecznictwo, aby w końcu mogła zostać wyraźnie usankcjonowana w ustawie.

Do grupy tej należy między innymi Anglia, gdzie zasadę zaakceptowała Izba Lordów już w 1942 r. w sprawie *Heyman v. Darwins*⁵³, choć w ograniczonym zakresie. Przez wiele lat odmawiano jej zastosowania w przypadku nieważności kontraktu od samego początku (*void ab initio*, np. z powodu sprzeczności z przepisami bezwzględnie wiążącymi)⁵⁴. Ograniczenie to przełamano dopiero w 1993 r., w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w sprawie *Harbour Assurance v. Kansa*⁵⁵. Podsumowaniem ewolucji orzecznictwa stała się Ustawa o arbitrażu z 1996 r. (*Arbitration Act*)⁵⁶, w której twórcy – wzorując się na ustawie

1983, Vol. 8, s. 282–315; orzeczenie sądu arbitrażowego „ad hoc” z 17 listopada 1994 r. w sprawie *Banque Arabe et Internationale D'Investissement et al. v. Inter-Arab Investment Guarantee Corporation*. „ICCA Yearbook” 1996, Vol. 21, s. 13–39; orzeczenie sądu arbitrażowego „ad hoc” w sprawie *Texaco Overseas Petroleum*.

⁵² Zob. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 206.

⁵³ (1942) AC, s. 356.

⁵⁴ W ten m.in. sposób angielskie sądy dawały wyraz swej tradycyjnej niechęci do arbitrażu w ogóle.

⁵⁵ Por. przyp. 29. Por. także orzeczenie w sprawie *Westcare Investments Inc. v. Judoimport-SDPR Holdings Co. Ltd* (cyt. w przyp. 29), które kontynuuje linię orzeczniczą rozpoczętą przez *Harbour Assurance v. Kansa* oraz wcześniejsze orzeczenia w sprawach *Bremer Vulcan v. South India Shipping Corporation Limited* (1981), Court of Appeals, AC, s. 909 oraz *Paul Smith Limited v. H & S International Holdings Company, Inc.* (1991), High Court, Queen's Bench Division. „ICCA Yearbook” 1994, Vol. 19, s. 725–730, które stały się zapowiedzią zmian, jakie przyniosło *Harbour Assurance v. Kansa*.

⁵⁶ *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1997, England, Annex I. Zasadę niezależności umowy o arbitraż wyrażono w art. 7 ustawy.

modelowej UNCITRAL-u – przyjęli szeroki zakres zastosowania zasady niezależności umowy o arbitraż⁵⁷.

Charakterystyczne dla rozwoju zasady niezależności klauzuli arbitrażowej w Anglii było duże znaczenie, jakie przywiązywano do interpretacji sformułowań użytych w klauzuli arbitrażowej. Właśnie w treści klauzuli sądy angielskie poszukiwały odpowiedzi na pytanie, czy sąd arbitrażowy kompetentny jest do orzekania o ważności umowy głównej⁵⁸.

Do państw, które wprowadziły do swego ustawodawstwa wyraźne postanowienie dotyczące niezależności umowy o arbitraż (często wzorując się na ustawie modelowej UNCITRAL-u), należą także: Szwajcaria⁵⁹, Niemcy⁶⁰, Belgia⁶¹, Hiszpania⁶², Holandia⁶³, Portugalia⁶⁴, Szwecja⁶⁵,

⁵⁷ Na temat rozwoju zasady niezależności umowy o arbitraż na gruncie prawa angielskiego zob. J.G. Wetter: *The Importance...*; C. Svernlöv: *What Isn't Ain't...*; Idem: *The Evolution...*; A. Rogers, R. Launders: *Separability...*, tekst za przyp. 27; P. Gross: *Separability...* Na temat współczesnego prawa angielskiego zob. w szczególności V.V. Veeder, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1990.

⁵⁸ Por. literaturę za przyp. 29.

⁵⁹ Artykuł 178(3) federalnej ustawy Prawo prywatne międzynarodowe z 1987 r. Zob. także A. Bucher, P.-Y. Tschanz: *International Arbitration in Switzerland*. Basle-Frankfurt 1989, s. 40; R. Briner, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1998, Switzerland, s. 27–46, rozdz. II(4).

⁶⁰ Artykuł 1040 znowelizowanego w 1997 r. kodeksu postępowania cywilnego (Księga X: Arbitraż). Zob. K.-H. Böckstiegel, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1998, Germany, s. 26–38, rozdz. II(4); orzeczenie *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* z 12 marca 1998 r. „*ICCA Yearbook*” 2004, Vol. 29, s. 663–672. Por. także wydane pod rządami starego prawa, wyraźnie sankcjonujące zasadę niezależności umowy o arbitraż, orzeczenie *Sądu Najwyższego (Bundesgerichtshof)* z 27 lutego 1970 r. *Arb. Int'l* 1990, Vol. 6, No. 1, s. 79.

⁶¹ Artykuł 1697 znowelizowanego w 1985 r. kodeksu sędziowskiego (Część VI: Arbitraż). Zob. L. Matray, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl., Belgium, s. 20–36, rozdz. II(4).

⁶² Artykuł 22 ustawy o arbitrażu z 2003 r. Zob. R.M. Obe: *Spain Joins the Model Law*. *Arb. Int'l* 2004, Vol. 20, No. 2, s. 139–149, tekst za przyp. 5.

⁶³ Artykuł 1053 kodeksu postępowania cywilnego z 1986 r. (Księga IV: Arbitraż). Zob. A.J. van den Berg, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1987, The Netherlands, s. 7–37, rozdz. II(4).

⁶⁴ Artykuł 21(2) ustawy z 1986 r. o dobrowolnym arbitrażu. Zob. F. Cruz, D.M. Vicente, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1991, Portugal, s. 12–18, rozdz. II(4).

⁶⁵ Artykuł 3 ustawy o arbitrażu z 1999 r. Zob. C. Söderlund: *A Comparative Overview of Arbitration Laws: Swedish Arbitration Act 1999, English Arbitration Act 1996 and Russian Federal Law on International Commercial Arbitration 1993*. *Arb. Int'l* 2004, Vol. 20, No. 1, s. 73–84, tekst za przyp. 7.

Ukraina⁶⁶, Rosja⁶⁷, Chiny⁶⁸, Meksyk⁶⁹, Singapur⁷⁰, Tunezja⁷¹, Brazylia⁷² i Indie⁷³. Od niedawna do pierwszej grupy zaliczyć można także Polskę.

W polskiej doktrynie przedwojennej – podobnie zresztą jak w większości innych państw w tamtych czasach – nie uznawano samodzielności klauzuli arbitrażowej. Podnoszono, iż nieważność umowy podstawowej pociąga za sobą automatycznie nieważność klauzuli arbitrażowej w tej umowie zamieszczonej, na pytanie zaś o skuteczność umowy podstawowej odpowiedzi może udzielić jedynie sąd państwowy⁷⁴.

Do niedawna obowiązujące przepisy Księgi III Części I polskiego kodeksu postępowania cywilnego, regulujące postępowanie przed sądem polubownym, nie odnosiły się w żaden sposób do kwestii autonomicznego charakteru klauzuli arbitrażowej. Nie została również nigdzie wyrażona zasada *Kompetenz-Kompetenz*. Orzecznictwo oraz literatura dały jednakże wyraz przekonaniu, że także na gruncie polskiego prawa klauzulę arbitrażową należy traktować jako prawnie samodzielną. Po raz pierwszy – chociaż tylko pośrednio – myśl taką wyraził Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 9 stycznia 1969 r.⁷⁵ Już wprost wskazał na zasadę niezależności klauzuli arbitrażowej Sąd Apelacyjny w Warszawie w orzeczeniu z 1997 r., stwierdzając, że „wygaśnięcie umowy głównej nie jest przyczyną nieskuteczności zapisu na sąd polubowny”⁷⁶.

⁶⁶ Artykuł 16(1) ustawy o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1994 r. Zob. I.G. Pobirichenko, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1995, Ukraine, rozdz. II(4).

⁶⁷ Artykuł 16(1) ustawy federalnej o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1993 r. Zob. C. Söderlund: *A Comparative...* oraz I. Yoshida: *Interpretation...*, s. 95–112.

⁶⁸ Artykuł 19 ustawy o arbitrażu z 1994 r. Zob. T. Houzhi, W. Shengchang, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl., P.R. China, s. 25–46, rozdz. II(4).

⁶⁹ Artykuł 1432 znowelizowanego w 1993 r. kodeksu handlowego (Księga V, Tytuł IV: *Arbitraż handlowy*). Zob. J.L. Siqueiros, A.C. Hoagland, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1997, Mexico, s. 19–28, rozdz. II(4).

⁷⁰ Artykuł 21 ustawy o arbitrażu z 2002 r.

⁷¹ Artykuł 61 kodeksu arbitrażowego z 1993 r. Zob. H. Malouche, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1996, Tunisia, s. 21–18, rozdz. II(4).

⁷² Ustawa o arbitrażu z 1996 r. Zob. C. Nehring, „ICCA Yearbook” 1997, Vol. 22, s. 572–574.

⁷³ A. Dimolitsa: *Autonomie...*, s. 313.

⁷⁴ Z. Fenichel: *Polskie...*, s. 873; R. Kuratowski: *Sądownictwo polubowne*. Warszawa 1932, s. 40–41. Por. także przyp. 5.

⁷⁵ *Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 9 stycznia 1969 r.* OSNCP 1970/5, poz. 79.

⁷⁶ *Postanowienie SA w Warszawie z dnia 21 sierpnia 1997 r.* „Prawo Gospodarcze” 1998, nr 2, s. 44.

Choć zasada niezależności klauzuli arbitrażowej nie była jak dotąd przedmiotem głębszego zainteresowania doktryny, dotychczasowe wypowiedzi są zgodne w poparciu dla niej⁷⁷.

Autonomiczny charakter klauzuli arbitrażowej, jak również zasadę *Kompetenz-Kompetenz* wyraźnie reguluje przepis wprowadzony niedawną zmianą kodeksu postępowania cywilnego (ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. zmieniająca kodeks postępowania cywilnego z dniem 17 października 2005 r.⁷⁸), dodającą do niego Część V, poświęconą postępowaniu przed sądem polubownym⁷⁹. Artykuł 1180 §1 wprost przewiduje, że „nieważność albo wygaśnięcie umowy podstawowej, w której zamieszczono zapis na sąd polubowny, samo przez się nie oznacza nieważności lub wygaśnięcia zapisu”, a także wyraża zasadę *Kompetenz-Kompetenz* stwierdzając, że „sąd polubowny może orzekać o swej właściwości, w tym o istnieniu, ważności albo skuteczności zapisu na sąd polubowny”.

Istnieją systemy prawne, w których do dziś inaczej traktuje się problem niezależności klauzuli arbitrażowej na tle stosunków w arbitrażu międzynarodowym i w arbitrażu krajowym. Nie wydaje się, aby były podstawy do przyjmowania jakichkolwiek różnic w tym zakresie na tle prawa polskiego. Nie uzasadniają tego ani nowe przepisy kodeksu postępowania cywilnego, które mają zastosowanie zarówno w stosunkach krajowych, jak i międzynarodowych, ani praktyka orzecznicza na tle dotychczas obowiązujących przepisów. Choć w oczywisty sposób arbitraż międzynarodowy rządzi się do pewnego stopnia własnymi prawami (specyfika może wynikać np. z regulaminów arbitrażowych)⁸⁰, nie należy – jak się wydaje – kwestionować autonomicznego charakteru klauzuli arbitrażowej, także w ramach krajowego sądownictwa polubownego.

Do drugiej grupy państw należą kraje, w których zasada niezależności klauzuli arbitrażowej wynika z orzecznictwa, a także pośrednio z przepisów przyznających sądowi arbitrażowemu kompetencję do decydowania o skuteczności umowy o arbitraż.

⁷⁷ Zob. T. Szurski, A. Wiśniewski, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1993, Poland, s. 14–30, rozdz. II(4). Por. przyp. 11.

⁷⁸ Dz.U. 2005, nr 178, poz. 1478.

⁷⁹ Przy opracowywaniu noweli kodeksu postępowania cywilnego uwzględniona została ustawa modelowa UNCITRAL-u. Zob. *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie – kodeksu postępowania cywilnego i ustawy prawo upadłościowe i naprawcze w części dotyczącej sądownictwa polubownego*. Druk sejmowy nr 3434 z dnia 8 listopada 2004 r.

⁸⁰ Nie zagłębiając się w to zagadnienie, można jedynie wyjaśnić, że chodzi o sposób traktowania arbitrażu międzynarodowego jako oderwanego w pewnym stopniu od lokalnego systemu prawnego.

Należy tu wymienić między innymi Francję. Po raz pierwszy zasadę niezależności przyjęto⁸¹ w znanym orzeczeniu w sprawie *Raymond Gosset v. Carapelli* z 1963 r.⁸², w którym Sąd Kasacyjny wskazał jednak na możliwość zaistnienia wyjątkowych okoliczności, uzasadniających odejście od tej zasady. Reguła sformułowana w orzeczeniu Sądu Kasacyjnego była wielokrotnie powtarzana w późniejszych orzeczeniach sądów francuskich⁸³. W żadnej jednak sprawie nie doszukano się „wyjątkowych okoliczności”, które uzasadniałyby odmowę zastosowania zasady niezależności klauzuli arbitrażowej⁸⁴.

W prawie francuskim istniał od dawna wyraźny podział na arbitraż międzynarodowy i krajowy⁸⁵. Mimo zaakceptowania niezależności umowy o arbitraż w arbitrażu międzynarodowym już w 1963 r., długo nie była ona uznawana w ramach krajowego sądownictwa polubownego. Dopiero po reformie kodeksu postępowania cywilnego z 1981 r.⁸⁶ w art. 1466 wyraźnie przewidziano kompetencję sądu arbitrażowego do orzekania o swej właściwości. W literaturze wskazuje się jednak, że wspomniany przepis w sposób dorozumiany sankcjonuje również autonomiczny charakter klauzuli arbitrażowej⁸⁷. Taką interpretację przepisu art. 1466 potwierdził także paryski sąd w orzeczeniu z 26 listopada 1981 r.⁸⁸

⁸¹ Por. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 198 i nast.; J. Robert, B. Moreau: *L'arbitrage...*, s. 249 i nast.; Y. Derains, R. Goodman-Everard, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1998, France, s. 26–70, rozdz. II(4); R. David: *L'arbitrage...*, s. 265 i nast.; R. Bourdin, in: Y. Derains: *Droit...*, s. 14 i nast.

⁸² Cour de Cassation – Chambre Civile, 7 maj 1963. „Journal-Classeur Périodique”, Edition Générale, 1963, N° 13, s. 405.

⁸³ Liczne orzecznictwo podają E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 199.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Podział taki istnieje również w innych państwach, ale we Francji zarysował się szczególnie wyraźnie.

⁸⁶ Przepisy dotyczące arbitrażu znajdują się w Księdze IV; zmiana weszła w życie 14 maja 1981 r.; tłum. w języku angielskim w *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1998, France, Annex I. Dla wyjaśnienia warto w tym miejscu zaznaczyć, że przepisy zamieszczone w Księdze IV Kodeksu postępowania cywilnego dotyczą zarówno arbitrażu krajowego, jak i międzynarodowego. Inaczej jednak niż w przypadku arbitrażu międzynarodowego, w stosunku do arbitrażu krajowego reforma tych przepisów z 1981 r. stanowiła przełom w zakresie uznania niezależności umowy o arbitraż.

⁸⁷ Zob. J. Robert, B. Moreau: *L'arbitrage...*, s. 134; Y. Derains, R. Goodman-Everard: *France...*

⁸⁸ *SIS v. Bocuir*. Rev. Arb. 1982, N° 4, s. 439, cyt. za: Y. Derains, R. Goodman-Everard: *France...*

Innym krajem, w którym zasada niezależności klauzuli arbitrażowej wyrażona została wyraźnie wyłącznie w orzecznictwie, są Stany Zjednoczone. Po raz pierwszy zastosował ją dla arbitrażu międzynarodowego, na podstawie interpretacji przepisów federalnej ustawy o arbitrażu (*United States Arbitration Act*), amerykański Sąd Najwyższy w 1967 r., w orzeczeniu w sprawie *Prima Paint v. Flood & Conklin*⁸⁹. W orzeczeniu tym sąd nakazał przekazanie sprawy do sądu arbitrażowego, uznając, że ustawa o arbitrażu nie pozwala sądowi państwowemu na rozstrzyganie o ważności umowy głównej. Sąd państwowy musi bowiem przekazać sprawę sądowi arbitrażowemu, jak tylko dojdzie do przekonania, że umowa o arbitraż jest ważna. Sąd Najwyższy podkreślił, że ustawa nie daje podstaw do szerszego zakreszenia kompetencji sądu państwowego i tym samym zaakceptował na gruncie prawa federalnego zasadę niezależności klauzuli arbitrażowej⁹⁰. W kolejnych latach amerykańskie sądy wielokrotnie potwierdzały obowiązywanie zasady niezależności klauzuli arbitrażowej, często powołując się na orzeczenie w sprawie *Prima Paint*⁹¹. W orzecznictwie USA nie rozstrzygnięto natomiast kwestii obowiązywania zasady niezależności klauzuli w arbitrażu krajowym.

Do krajów mieszczących się w drugiej grupie zaliczyć można także Danię⁹² oraz Japonię⁹³.

⁸⁹ 388 U.S. (1967), s. 395. Por. także H. Holtzmann, D. Donovan, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1999, United States, s. 1–76, rozdz. II(4); C. Svernlöv: *What Isn't, Ain't...*, tekst za przyp. 35; A. Samuel: *Separability...*, tekst za przyp. 20.

⁹⁰ Amerykański sąd nie działał więc w „pustce prawnej”, lecz – w sposób typowy dla sądów amerykańskich – wyprowadził obowiązywanie zasady niezależności z postanowień ustawy federalnej, stosując jej „twórczą” interpretację.

⁹¹ Por. na przykład orzeczenia sądów federalnych: *Sauer-Getriebe KG v. White Hydraulics, Inc.* (1983), 715 F.2d, s. 348; *Municipal Energy Agency v. Big Rivers Elec. Corp.* (1986), 804 F.2d, s. 338; *Mesa Operating Ltd. Partnership v. Louisiana Intrastate Gas Corp.* (1986), 797 F.2d, s. 238; *Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Company* (1990), 937 F.2d, s. 469; *Belship Navigation, Inc. v. Sealift, Inc.* (1995). „ICCA Yearbook” 1996, Vol. 21, s. 799–807; *Twi Lite International, Inc. v. Anam Pacific Corp.* (1996). „Mealey’s International Arbitration Report” [dalej: Mealey’s Int. Arb. Rep.] 1996, No. 11, s. E-1–E-8 oraz „ICCA Yearbook” 1998, Vol. 23, s. 910–918; *BHP Petroleum v. Walter F. Baer Reinhold* (1997), Mealey’s Int. Arb. Rep. 1997, No. 5, s. I-1–I-4 oraz „ICCA Yearbook” 1998, Vol. 23, s. 949–955; *Malarky Enterprises v. Healthcare Technology, Ltd.* (1997). „ICCA Yearbook” 1998, Vol. 23, s. 945–948; *Consortio Rive, S.A. de C.V. v. Briggs of Cancun, Inc. & David Briggs Enterprises Inc.* (2003). „ICCA Yearbook” 2004, Vol. 29, s. 1160–1171; *Boston Telecommunications Group, Inc. v. Deloitte Touche* (2003). „ICCA Yearbook” 2004, Vol. 29, s. 1043–1050.

⁹² Artykuł 2(1) ustawy o arbitrażu z 1972 r. Zob. A. Philip, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1986, Denmark, s. 5–25, rozdz. II(4).

⁹³ Zob. T. Do, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1995, Japan, s. 20–40, rozdz. II(4) i cytowane tam orzecznictwo.

Do trzeciej grupy państw należą kraje, w których niezależność umowy o arbitraż uznaje się wyłącznie w doktrynie. Tak jest na przykład w Luksemburgu⁹⁴.

Wreszcie ostatnią grupę stanowią kraje – nielicznie zresztą reprezentowane – w których niezależność klauzuli arbitrażowej wydaje się traktowana z niechęcią. Wymienić tu należy przykładowo Turcję⁹⁵ i Koreę Południową⁹⁶.

Zakres zastosowania zasady niezależności klauzuli arbitrażowej

Pomimo że współcześnie samo obowiązywanie zasady niezależności klauzuli arbitrażowej nie jest już kwestionowane, kontrowersyjna pozostaje kwestia zakresu jej działania⁹⁷. Głównie sporne jest, czy zasadę tę stosujemy we wszystkich przypadkach wadliwości (tj.: nieważności, wzruszalności, bezskuteczności) oraz nieistnienia umowy głównej, czy też istnieją takie jej postacie, które automatycznie wpływają na skuteczność klauzuli arbitrażowej. Dotyczy to zwłaszcza wpływu nieistnienia umowy głównej na skuteczność klauzuli arbitrażowej⁹⁸,

⁹⁴ M.E. Arendt, T. Harles-Walch, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1994, Luxembourg, s. 18–20, rozdz. II(4).

⁹⁵ Zob. R. Koral, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1989, Turkey, s. 10–36, rozdz. II(4) i orzeczenia tam cytowane, w których turecki Sąd Najwyższy odmówił klauzuli arbitrażowej prawnej samodzielności. Nieuznawanie niezależności umowy o arbitraż jest jednak w Turcji krytykowane przez przedstawicieli doktryny, zwłaszcza gdy chodzi o sprawy z zakresu arbitrażu międzynarodowego.

⁹⁶ S. Lee, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1996, Korea, s. 21–26, rozdz. II(4).

⁹⁷ Na brak jednolitego stanowiska w tej kwestii wskazują np.: A. Lizer-Klatka: *Umowa...*, s. 34; J. Pazdan: *Umocowanie...*, s. 301; C. Svernlöv: *What Isn't, Ain't...*, tekst za przyp. 77; H. Holtzmann, D. Donovan, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*

⁹⁸ Pojawiają się również orzeczenia (głównie w USA), które odmawiają sądom arbitrażowym kompetencji do rozstrzygania sporu także w przypadkach, gdy zarzuca na jest bezwzględna nieważność umowy głównej. Por. np. orzeczenie amerykańskiego federalnego Sądu Apelacyjnego w sprawie *Sphere Drake Insurance Limited v. Clarendon National Insurance Company* (2001). „*ICCA Yearbook*” 2002, Vol. 27, s. 700, w którym sąd wyraźnie nakreślił różnice pomiędzy umowami, które są nieważne (*void*) i wzruszalne (*voidable*), przyjmując, że zasada niezależności klauzuli arbitrażowej dotyczy tylko tej drugiej grupy umów.

na przykład z powodu niespełnienia którejś z przesłanek tworzenia konsensu⁹⁹.

Kwestia kluczowa, jaką należy więc rozstrzygnąć, dotyczy pytania o to, czy sąd arbitrażowy może orzekać w przedmiocie nieistnienia umowy głównej, w której zamieszczona była klauzula arbitrażowa. Przynajmniej *prima facie* wydawać się bowiem może, że jeżeli nigdy nie zaistniała umowa podstawowa, to nie mogła zaistnieć klauzula arbitrażowa w niej zamieszczona. Z reguły kwestii tej nie rozstrzygają w pełni regulaminy arbitrażowe i przepisy praw krajowych. Tradycyjny, ciągle często wypowiedany, pogląd w tej materii wyraził

⁹⁹ Zarzut nieistnienia umowy głównej może się pojawić w kilku różnych przypadkach. Po pierwsze, jedna ze stron może zarzucić, że umowa nie powstała, gdyż w istocie nie zostały złożone zgodne oświadczenia woli (miał więc miejsce dyssens), lub też że nie zostały ustalone wszystkie konieczne postanowienia umowy składające się na tzw. minimum konsensu (na przykład strony nie ustaliły ceny w umowie kupna-sprzedaży, której określenie jest konieczne w świetle prawa właściwego dla umowy). Po drugie, może się okazać, że proces zawarcia umowy w rzeczywistości nigdy nie został ukończony, np. przez zerwanie negocjacji przed podpisaniem ostatecznej umowy. Po trzecie, jedna ze stron może zarzucić, że nie nastąpiło wydanie rzeczy przy zawarciu umowy o charakterze realnym, co uważane jest za przesłankę istnienia umowy. Można sobie również wyobrazić, że – jak wskazuje C. Svernlöv: *What Isn't, Ain't*..... tekst za przyp. 78. – pozwany przeciwstawia się postępowaniu przed sądem arbitrażowym podnosząc, że nie jest stroną umowy. Taki przypadek miał miejsce w sprawie *Arab Republic of Egypt v. Southern Pacific Properties*, rozstrzyganej najpierw przez sąd arbitrażowy MIH (Orzeczenie ICC z 16 lutego 1983 r. nr 3493. „ICCA Yearbook” 1984, Vol. 9, s. 111–123), a następnie w ramach skargi o uchylenie orzeczenia sądu arbitrażowego przez sądy francuskie (Orzeczenie paryskiego sądu apelacyjnego z 12 lipca 1984 r. Rev. Arb. 1986, N° 1, s. 75). W sprawie tej egipski rząd podnosił, że sąd arbitrażowy nie ma kompetencji do orzekania w stosunku do państwa egipskiego, gdyż to nigdy nie było stroną umowy, a więc i klauzuli arbitrażowej. Umowa została bowiem zawarta między inwestorem zagranicznym (Southern Pacific Properties) a niezależną od rządu Egipską Organizacją Turystyki i Hotelarstwa; jedynie w późniejszym czasie, opatrzona formułą „zgoda wyrażona, zatwierdzone i ratyfikowane”, została podpisana przez ministra reprezentującego rząd. Rząd egipski twierdził, że to oznaczało, iż wykonywał w tym przypadku wyłącznie nadzór publicznoprawny, dlatego nigdy nie był stroną umowy i nie może się przeciwko niemu toczyć postępowanie przed sądem arbitrażowym. Argumentację taką odrzucił sąd arbitrażowy MIH i wydał rozstrzygnięcie merytoryczne w sprawie. Sądy francuskie przyznały jednakże rację rządowi egipskiemu i uchyliły orzeczenie sądu arbitrażowego. Jeśli chodzi o samą kwestię niezależności klauzuli arbitrażowej, to trzeba zauważyć, że sąd arbitrażowy nie odrzucił swej kompetencji ze względu na zarzut nieistnienia umowy między stronami procesu. Przeciwnie, zbadał taki zarzut i ocenił, że jest on niezasadny (czyli uznał, że Egipt był stroną umowy). Wydaje się, że choć krajowy sąd francuski nie zgodził się następnie z wynikiem takiej oceny (uznał, że Egipt jednak nie był stroną umowy), jak również zapisu na sąd polubowny, to jednakże sam fakt dokonania oceny istnienia umowy głównej przez sąd arbitrażowy został zaakceptowany.

P. Sanders: „[...] jeżeli umowa w ogóle nie istnieje, nie może istnieć również podstawa prawna dla kompetencji arbitra, która płynie z klauzuli arbitrażowej zamieszczonej w umowie”¹⁰⁰. Zwolennicy wspomnianego poglądu wskazują, że mamy tu do czynienia z wyjątkiem od zasady niezależności klauzuli arbitrażowej, który nie pozwala sądowi arbitrażowemu orzekać o istnieniu umowy głównej¹⁰¹. W literaturze, jak również w orzecznictwie, wyrażane jest jednak również inne stanowisko, wedle którego nawet w przypadku nieistnienia umowy głównej zasada niezależności klauzuli arbitrażowej znajduje swe zastosowanie¹⁰². Co ważniejsze, nieistnienie umowy głównej zostało wyrażone wymienione jako przyczyna, od której nie jest zależna skuteczność klauzuli arbitrażowej w niektórych regulaminach arbitrażowych (art. 21(2) Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL¹⁰³, art. 6(4) Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej¹⁰⁴, art. 15(2) Regulaminu Międzynarodowego Arbitrażu Amerykańskiego Stowarzyszenia Arbitrażowego, art. 23(1) Regulaminu Arbitrażowego Londyńskiego Sądu Arbitrażu Międzynarodowego¹⁰⁵ oraz art. 5 Regulaminu Arbitrażowego Chińskiej Międzynarodowej Arbitrażowej Komisji Ekonomii i Handlu) i przepisach prawa krajowego (art. 7 angielskiej ustawy o arbitrażu z 1996 r.¹⁰⁶).

¹⁰⁰ P. Sanders: *L'Autonomie...*, s. 34 [tłum. M.Z.]. Takie stanowisko wyrazili również: A. Broches: *Commentary...*, pkt 15; S. Schwebel: *International...*, s. 11; C. Svernlöv: *The Evolution...*, tekst za przyp. 26; M. Rubino-Sammartano: *International...*, s. 225; J.G. Wetter: *The Importance...*, tekst za przyp. 5; a w literaturze polskiej – jak się wydaje – A. Lizer-Klatka: *Umowa...*, s. 35 oraz J. Pazdan: *Umocowanie...*, s. 301. Pogląd ten poparł także sąd apelacyjny na Bermudach, w sławnym orzeczeniu *Sojuznefteexport v. Joc Oil* (1989). „ICCA Yearbook” 1990, Vol. 15, s. 384, oraz amerykańskie sądy federalne w sprawach *Jolley v. Welch* (1990), 904 F.2d, s. 988 i *Sandvik AB v. Advent International Corp.* (2000). „ICCA Yearbook” 2001, Vol. 25, s. 961 (chodziło o nieprawidłowości w reprezentacji osoby prawnej; nie jest jednak jasne, czy sąd potraktował tę okoliczność jako kwestię ważności, czy istnienia umowy).

¹⁰¹ Takie stanowisko oznaczać będzie, że znaczenie zachowa podział na umowę arbitrażową zawartą odrębnie i klauzulę arbitrażową zamieszczoną w kontrakcie. Takim tokiem rozumowania poszedł np. sąd indyjski z Bombaju w orzeczeniu z 19 listopada 1999 r. „ICCA Yearbook” 2002, Vol. 27, s. 455 (chodziło o zarzut, że umowa nigdy nie została podpisana).

¹⁰² Szczególnie przekonująco pogląd ten wyrazili E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 210. Zob. także A. Samuel: *Recenzja...*, tekst za przyp. 29 i cytowane przez autora orzeczenie szwedzkiego sądu najwyższego w sprawie *Hermansson v. AB Asfalt/belaggnigar* (1976).

¹⁰³ Zob. przyp. 43.

¹⁰⁴ Zob. przyp. 30.

¹⁰⁵ Zob. ibidem.

¹⁰⁶ Por. s. 99.

Sądzę, że należy przychylić się do drugiego stanowiska. Jeśli bowiem traktujemy klauzulę arbitrażową jako samodzielną w stosunku do umowy głównej, to trudno znaleźć przekonujące powody, dla których samodzielność ta ma podlegać ograniczeniu, a w konsekwencji inaczej traktować mielibyśmy przypadki nieważności i nieistnienia umowy głównej. W szczególności wydaje się, że zwolennicy ograniczania zasady niezależności klauzuli arbitrażowej opierają się na dwóch błędnych założeniach. Po pierwsze, upierają się, że zasada polega na tym, aby klauzulę arbitrażową „oderwać” od umowy głównej, co prowadzi ich do wniosku, że trzeba „mieć z czego odrywać”¹⁰⁷, a więc umowa główna musi co najmniej zaistnieć. Takie założenie jest, w moim przekonaniu, niesłuszne, gdyż nie ma przeszkód, aby klauzulę arbitrażową traktować jako odrębną także z punktu widzenia jej powstania. Po drugie, pragnąc zapobiec sytuacjom skrajnym, w których spór zawisłby przed sądem arbitrażowym nawet wtedy, gdy „strony nigdy się nie spotkały”, wspomniani autorzy próbują narzucić zasadzie niezależności klauzuli jakieś ograniczenie i dlatego odrzucają możliwość rozstrzygnięcia przez sąd arbitrażowy o kwestii istnienia umowy głównej. Założenie to wynika, jak sądzę, z błędu logicznego. Pamiętać trzeba, że autonomiczny charakter dotyczy wyłącznie kwestii niezależności klauzuli arbitrażowej. Nie oznacza to bynajmniej, że nie należy badać przesłanek jej ważności i istnienia. Sąd arbitrażowy może oprzeć swą właściwość wyłącznie na ważnym i istniejącym zapisie na sąd polubowny. Często oczywiście będzie tak, że przyczyna, która powoduje nieważność czy nieistnienie umowy podstawowej, zarazem powoduje nieważność lub nieistnienie klauzuli arbitrażowej. Nie stanowi to jednak żadnego ograniczenia zasady niezależności jako takiej. Chodzi tu raczej o badanie skuteczności samej klauzuli arbitrażowej¹⁰⁸.

Warto również zauważyć, że precyzyjne oddzielenie przypadków nieważności umowy od jej nieistnienia może często okazać się bardzo trudne¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Ten sposób myślenia jest szczególnie widoczny w tradycji anglo-amerykańskiej. Zob. np. orzeczenie arbitrażowe w sprawie *Pollux Marine Agencies Inc. v. Louis Dreyfus Corp.*

¹⁰⁸ Por. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 211; Y. Derains, E.A. Schwartz: *A guide to the ICC Rules of Arbitration...*; Y. Derains: *Glosa do orzeczenia paryskiego Sądu Apelacyjnego w sprawie Societe Gefimex v. Societe Transgrain z 14 listopada 1996 r.* Rev. Arb. 1997, N° 3, s. 436. Cyt. za: A. Lizer-Klatka: *Umowa...*, s. 35.

¹⁰⁹ E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 211. Dodatkowym problemem byłoby to, że jeśli nastąpić ma precyzyjne odróżnienie nieistnienia od nieważności umowy, to wskazane najpierw musi zostać prawo właściwe dla umowy, na podstawie którego ma to nastąpić.

Wreszcie podnieść należy te same argumenty, które przemawiają za zasadą niezależności w ogóle. Po pierwsze, chodzi o uniemożliwienie stronom stosunkowo łatwego zablokowania postępowania arbitrażowego przez podniesienie zarzutu nieistnienia umowy głównej. Po drugie, warto mieć także na względzie ogólny – jak sądzę słuszny – postulat przyznawania sądom arbitrażowym jak najszerszych kompetencji.

Po poczynionych uwagach ogólnych warto się przyjrzeć kilku konkretnym przypadkom, gdy jedna ze stron zarzuci nieistnienie umowy głównej zawierającej klauzulę arbitrażową. Spór o istnienie umowy pojawi się między innymi wtedy, gdy strona podniesie, że nie ustalono koniecznych elementów konsensu (np. nie określono ceny w umowie sprzedaży). Jeżeli sąd arbitrażowy stwierdzi, że została sporządzona ważna, spełniająca wszystkie wymagania klauzula arbitrażowa, sądzę, że może on rozstrzygać także w przedmiocie pytania o istnienie wszystkich koniecznych elementów umowy, nawet gdyby miał dojść do wniosku, że umowa główna nie istnieje z tego powodu. Nie wydaje się bowiem, aby okoliczność nieustalenia koniecznych elementów umowy głównej miała jakikolwiek wpływ na wolę stron co do zawarcia samej umowy arbitrażowej.

Podobnie w przypadku, gdy jedna ze stron zarzuci, że umowa nie istnieje, gdyż negocjacje nie zostały doprowadzone do końca i umowa nie została podpisana, sądzę, że sąd arbitrażowy nie powinien automatycznie odmawiać rozstrzygnięcia sporu w tym przedmiocie¹¹⁰.

¹¹⁰ Na marginesie można wspomnieć o zagadnieniu zamieszczenia klauzuli arbitrażowej w instrumencie przygotowującym dalszą umowę lub umowy. Klauzula arbitrażowa może się więc znaleźć w umowie przedwstępnej (*Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Company* (1990), 937 F.2d, s. 469), liście intencyjnym (*Anderra Energy Corp v. SAPET Development Corporation* (1995). „ICCA Yearbook” 1997, Vol. 22, s. 1077–1085) czy też umowie ramowej. Zasadniczy problem, jaki się tu pojawi, to pytanie o zakres sporów, jakie będą podlegały sądowi arbitrażowemu na skutek sporządzenia takiej klauzuli arbitrażowej. Każdorazowo zależeć to będzie przede wszystkim od sposobu sformułowania klauzuli. Jeżeli chodzi o umowę przedwstępną, to najczęściej mowa będzie, po pierwsze, o sporach związanych z samą umową przedwstępną, jej ważnością i interpretacją, po drugie zaś – o sporach związanych z kwestiami dotyczącymi skutecznego zawarcia umowy przyrzeczonej. Klauzula arbitrażowa zamieszczona w liście intencyjnym obejmować będzie przede wszystkim spory dotyczące negocjacji toczących się pomiędzy stronami, ale także skutecznego zawarcia planowanej umowy (we wspomnianej już sprawie *Sandvik AB. v. Advent International Corp.* [przyp. 100] amerykański sąd – choć przeciwny zasadzie niezależności w przypadkach nieistnienia umowy głównej – zasugerował, że spory o jej istnienie mogłyby podlegać sądowi arbitrażowemu, gdyby strony zamieściły klauzulę arbitrażową w liście intencyjnym [pkt 41 orzeczenia]). Z kolei, jeśli klauzula arbitrażowa znajdzie się w umowie ramowej, to obejmie najprawdopodobniej spory dotyczące samej umowy ramowej, a także

Może on, jak się wydaje, podjąć próbę odszukania ważnej umowy arbitrażowej, w ramach ustaleń podjętych już przez strony w trakcie negocjacji. Jeżeli możliwe będzie odnalezienie „kompletnej” woli stron w przedmiocie poddania sporów wynikających z umowy pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego, to sądzę, że spór o istnienie umowy może zostać rozstrzygnięty przez sąd arbitrażowy. Dodatkową trudnością będzie kwestia dochowania wymogu formy, który przewiduje większość praw regulujących przesłanki ważności umowy o arbitraż. Trzeba będzie bowiem odnaleźć pomiędzy dokumentami wymienianymi przez strony w trakcie negocjacji takie, które spełnią wymagania danego prawa w tej materii.

W literaturze polskiej wyrażono przekonanie, że zasada niezależności klauzuli arbitrażowej doznaje wyjątku również w sytuacjach, gdy umowa podstawowa została zamieszczona pod wpływem podstęp¹¹¹. Także w takich przypadkach klauzula arbitrażowa dzieli los umowy głównej, w przekonaniu autora broniącego tego zapatrywania, dlatego, że przyczyna jej nieważności (wada oświadczenia woli) istniała już w momencie podpisania umowy głównej¹¹². Wydaje się, że taki pogląd jest błędny. Podstęp – przynajmniej na tle prawa polskiego – polega na świadomym wprowadzeniu drugiej strony w błąd¹¹³. Błąd jest natomiast mylnym wyobrażeniem o rzeczywistości, dotyczącym treści czynności prawnej lub motywów jej dokonania¹¹⁴. W jednym i drugim przypadku błąd, a więc także podstęp, który go wywołał, nakierowany jest na merytoryczną część umowy. Podstęp nie

dotyczące zawarcia dalszych umów. We wskazanych przypadkach (szczególnie zaś w ostatnim) może być jednak i tak, że klauzula arbitrażowa o szeroko ujętym zakresie zastosowania rozciągać się będzie na spory dotyczące ważności i interpretacji późniejszych umów, zawieranych w wykonaniu umowy ramowej albo przedwstępnej, nawet wtedy, gdyby klauzula arbitrażowa nie została w nich powtórzona. Tak, jak się wydaje, należałoby interpretować klauzulę arbitrażową, która przewiduje poddanie pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego wszystkich sporów, które zaistnieć mogą pomiędzy stronami, także w przyszłości (tak we wspomnianym orzeczeniu *Anderra Energy Corp v. SAPET Development Corporation*, pkt 13). Niezwykle istotne będzie tu jednak badanie prawdziwej woli stron.

Jeśli zaś chodzi o samą zasadę niezależności klauzuli arbitrażowej, to warto podkreślić, że dzięki niej klauzula arbitrażowa, która znajdzie się w instrumencie przygotowującym dalszą umowę, jest tak samo niezależna od ważności tego instrumentu, jak w przypadkach, gdy znajduje się w umowie głównej.

¹¹¹ Taki pogląd wyraził L. Łabęcki: *Międzynarodowy....* s. 97.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Artykuł 86 polskiego k.c. Zob. Z. Radwański: *Prawo cywilne – część ogólna*. Warszawa 2003, s. 264.

¹¹⁴ Ibidem, s. 262.

dotyczy w normalnym układzie w żaden sposób klauzuli arbitrażowej towarzyszącej umowie. Nie będzie więc zasadne uzależnianie skuteczności tej ostatniej od wadliwości umowy głównej spowodowanej podstępem. Może się jednakże zdarzyć tak, że podstęp oraz błąd nim wywołany będą dotyczyły samej umowy arbitrażowej. W takim przypadku sąd arbitrażowy musi odrzucić rozpoznanie sporu, ze względu jednak na wadliwość umowy o arbitraż, a nie umowy głównej¹¹⁵.

Inaczej jeszcze kształtuje się sytuacja w przypadku groźby¹¹⁶. Groźba, w przeciwieństwie do błędu, który dotyczy mylnego wyobrażenia o jakimś fragmencie czynności prawnej, jest bowiem skierowana na sam fakt dokonania czynności prawnej. Trudno, jak sądzę, wskazać przypadek, w którym mimo iż umowa zostałaby wymuszona groźbą nie dotyczyłoby to klauzuli arbitrażowej w tej umowie zamieszczonej. Także jednak w tym przypadku nie chodzi o ograniczenie zakresu działania zasady niezależności klauzuli arbitrażowej, ale o taką samą przyczynę będącą podstawą wadliwości zarówno umowy podstawowej, jak i klauzuli arbitrażowej.

Problem niezależności klauzuli arbitrażowej pojawić się może również w kontekście wadliwej reprezentacji osób prawnych¹¹⁷. Powstanie on, gdy nie zostaną spełnione przesłanki prawidłowej reprezentacji w stosunku do umowy podstawowej, ale zostaną spełnione, różne od tych pierwszych, przesłanki reprezentacji w stosunku do umowy arbitrażowej. W danym systemie prawnym niedochowanie przesłanek prawidłowej reprezentacji może być traktowane jako przypadki nieważności¹¹⁸ lub nieistnienia czynności prawnej. Wydaje się, że i w tym wypadku nie powinno to mieć znaczenia dla zasto-

¹¹⁵ Warto w tym miejscu przytoczyć idącą w tym kierunku wypowiedź amerykańskiego sądu w sprawie *Prima Paint...*: „If the claim is fraud in the inducement of the arbitration clause itself – an issue which goes to the making of the agreement to arbitrate – the federal court may proceed to adjudicate it. But the statutory language does not permit the federal court to consider claims of fraud in the inducement of the contract generally”.

¹¹⁶ Artykuł 87 polskiego k.c.

¹¹⁷ Por. orzeczenie sądu na Bermudach w sprawie *Sojuznefteexport v. Joc Oil...* Sprawa dotyczyła sporu w przedmiocie prawidłowości reprezentacji w stosunku do umowy zawartej przez rosyjskie przedsiębiorstwo handlu zagranicznego. Sąd, po długich rozważaniach na temat zasady niezależności i jej zakresu, stając na stanowisku, że przypadki nieistnienia umowy podstawowej nie podlegają zasadzie niezależności, doszedł do wniosku, że na gruncie prawa rosyjskiego chodzi jednak o przypadek nieważności umowy, i że orzeczenie sądu w przedmiocie skuteczności umowy głównej należy utrzymać w mocy (spór toczył się w ramach skargi o uchylenie orzeczenia arbitrażowego).

¹¹⁸ Tak art. 39 polskiego k.c.

sowania zasady niezależności klauzuli arbitrażowej. Sąd arbitrażowy może więc rozstrzygać w przedmiocie skuteczności reprezentacji w stosunku do umowy podstawowej, jeżeli ustali w pierwszej kolejności, że skutecznie sporządzona została umowa arbitrażowa, a więc, że zarzut nieprawidłowej reprezentacji jej nie dotyczy.

Przytoczone uwagi stanowią uproszczoną analizę typowych przypadków. Nie można jednak zapominać, że próbując w konkretnej sytuacji odpowiedzieć na pytanie, czy sąd arbitrażowy może orzekać w przedmiocie ważności lub istnienia umowy głównej, wziąć należy pod uwagę wolę stron wyrażoną w klauzuli arbitrażowej¹¹⁹. Strony mogą bowiem określić kompetencję sądu arbitrażowego wężiej lub szerzej, poddając określonego typu spory pod jego rozstrzygnięcie lub wyłączając je spod rozstrzygnięcia sądu. Zasada niezależności klauzuli nie może prowadzić do rozszerzenia kompetencji sądu arbitrażowego wbrew woli stron.

Prawo właściwe miarodajne dla kwestii niezależności klauzuli arbitrażowej

Niezależność klauzuli arbitrażowej wyraża się także w tym, że może ona podlegać innemu prawu niż kontrakt podstawowy¹²⁰. Zasadniczo oznacza to, że ocena przesłanek zawarcia i ważności (np. reguły dotyczące zawarcia umowy, wady oświadczeń woli) przebiegać może w odniesieniu do klauzuli arbitrażowej i umowy głównej w świetle różnych systemów prawnych. Takie rozwiązanie może powodować dużą niedogodność praktyczną. Problem do pewnego stopnia upraszcza rozwiązanie przyjęte w projekcie nowej polskiej Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym¹²¹. W świetle art. 38 projektu prawem właściwym dla umowy o arbitraż jest bowiem prawo wybrane przez strony albo prawo państwa, na obszarze którego znajduje się uzgodnione przez strony miejsce arbitrażu, albo prawo właściwe dla sto-

¹¹⁹ Por. np. P. Mayer: *Les limites...*, s. 360 i nast.

¹²⁰ Zob. art. V(1)(a) Konwencji nowojorskiej. Zob. także: M. Pazdan: *Prawo właściwe...*, s. 175; P. Mayer: *Les Limites...*, s. 367; E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 212.

¹²¹ Publikowanym w niniejszym numerze „Problemów Prawa Prywatnego Międzynarodowego”.

sunku umownego, którego spór dotyczy. Wspomniana niedogodność powstanie więc tylko wówczas, gdy strony spowodują ją swymi uzgodnieniami. W art. 39 projekt przewiduje jednakże, że „istnienie oraz forma umowy o arbitraż podlegają prawu państwa miejsca arbitrażu”. Takie „usamodzielnienie” oceny istnienia oraz formy umowy o arbitraż oznacza, że stosunkowo często będzie ona podlegać postanowieniom innego systemu prawnego niż ocena tych samych kwestii w odniesieniu do umowy podstawowej (zawsze wtedy, gdy prawem właściwym dla umowy będzie prawo innego państwa niż prawo miejsca arbitrażu).

Powstaje jednakże pytanie, do zakresu którego ze statutów należy samo zagadnienie niezależności klauzuli arbitrażowej. Problem pojawi się, gdy prawo właściwe dla klauzuli arbitrażowej różnić się będzie w kwestii zasady niezależności od prawa, które w danym przypadku właściwe jest dla umowy głównej¹²². Wątpliwość nasuwa się, gdyż zasada niezależności dotyczy, w jakimś sensie, zarówno klauzuli arbitrażowej, o której niezależności stanowi, jak i umowy głównej, od której klauzulę usamodzielnia. Zasada niezależności odnosi się jednak w istocie do problemu kompetencji sądu arbitrażowego, wynikającej z klauzuli arbitrażowej. W konsekwencji należy przyjąć, że prawem decydującym o niezależności klauzuli jest prawo właściwe dla klauzuli arbitrażowej, a nie prawo właściwe dla umowy podstawowej¹²³.

¹²² W rzeczywistości pojawi się on jednak rzadko. Po pierwsze bowiem, większość systemów prawnych akceptuje zasadę niezależności klauzuli arbitrażowej. Pozostanie więc co najwyżej kwestia wyznaczenia jej precyzyjnego zakresu. Po drugie, prawem właściwym dla klauzuli arbitrażowej często jest to samo prawo, które właściwe jest dla umowy głównej. Po trzecie wreszcie, jeśli chodzi o arbitraż międzynarodowy, to jest on w dużym stopniu niezależny od praw narodowych i rozstrzygnięcia często podejmowane są wyłącznie na podstawie międzynarodowej akceptacji autonomicznego charakteru klauzuli arbitrażowej.

¹²³ Tak D. Hascher: *European...*; V.V. Veeder, *Intl. Handbook on Comm Arb.*, Suppl. 1997. Inaczej natomiast P. Mayer: *Les Limites...*, s. 367, który stwierdza, że niezależność klauzuli arbitrażowej jest ściśle uzależniona od interpretacji woli stron. Nie istnieje więc potrzeba odwoływania się do prawa jakiegoś państwa, gdyż każdy sędzia/arbiter we własnym zakresie interpretował będzie oświadczenia stron. Problem prawa właściwego nie ma więc żadnego znaczenia. Z takim stanowiskiem nie można się zgodzić. Trzeba bowiem co najmniej wskazać prawo, którego reguły interpretacji oświadczeń woli będziemy stosować.

Materiały

Projekt ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z dnia 9 października 2006 r.

Ustawa z dnia... Prawo prywatne międzynarodowe

Rozdział 1 Przepisy ogólne

Art. 1. Ustawa niniejsza określa prawo właściwe dla stosunków z zakresu prawa prywatnego powiązanych z więcej niż jednym państwem.

Art. 2. Przepisy niniejszej ustawy nie naruszają uregulowań właściwości prawa dla stosunków, o których mowa w art. 1, zawartych w obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej umowach międzynarodowych i w prawie Unii Europejskiej.

Art. 3. § 1. Jeżeli ustawa przewiduje właściwość prawa ojczystego, osoba będąca obywatelem więcej niż jednego państwa podlega, jako prawu ojczystemu, prawu tego z nich, z którym jest związana najściślej.

§ 2. Jeżeli ustawa uzależnia właściwość prawa od tego, czy określone osoby są obywatelami tego samego państwa, do przyjęcia, iż wymaganie to jest spełnione wystarczy, że prawo tego państwa osoby te uznaje za swych obywateli.

Art. 4. § 1. Jeżeli ustawa przewiduje właściwość prawa ojczyściego, a obywatelstwa danej osoby ustalić nie można albo osoba ta nie ma obywatelstwa żadnego państwa, stosuje się prawo państwa, w którym znajduje się jej miejsce zamieszkania; w razie braku miejsca zamieszkania stosuje się prawo państwa, w którym znajduje się miejsce jej zwyczajnego pobytu.

§ 2. Przepis § 1 stosuje się odpowiednio do uchodźców, których więzy z państwem ojczystym uległy zerwaniu.

Art. 5. § 1. W wypadkach przewidzianych w ustawie można dokonać wyboru prawa właściwego.

§ 2. Wybór prawa powinien być wyraźny lub wynikać z okoliczności sprawy, chyba że przepis dopuszczający wybór prawa stanowi inaczej.

§ 3. Wybór prawa, jego zmiana lub uchylenie dokonane po powstaniu stosunku prawnego nie naruszają praw osób trzecich.

§ 4. Jeżeli przed wyborem prawa, jego zmianą lub uchyleniem zostały przy dokonaniu czynności prawnej dopełnione wymagania w zakresie formy przewidziane w prawie co do jej formy właściwym, jej ważność – z punktu widzenia wymagań dotyczących formy – nie może być podważana na podstawie prawa, któremu czynność prawna podlega w wyniku wyboru prawa, jego uchylenia lub zmiany, jeśli do nich doszło po dokonaniu czynności prawnej.

§ 5. Przy ustalaniu, czy dokonano wyboru prawa, oraz do oceny ważności wyboru prawa stosuje się przepisy artykułów 13, 19, 22 i 23.

Art. 6. § 1. Jeżeli prawo obce, wskazane jako właściwe przez ustawę niniejszą, każe stosować do danego stosunku prawnego prawo polskie, stosuje się prawo polskie.

§ 2. Jeżeli obce prawo ojczyście, wskazane jako właściwe przez ustawę niniejszą, każe stosować do danego stosunku inne prawo obce, stosuje się to prawo, chyba że ono samo nie uznaje się za właściwe do oceny tego stosunku.

§ 3. Przepisów § 1 i § 2 nie stosuje się, jeżeli wskazanie prawa właściwego:

- a) nastąpiło w drodze dopuszczonego w ustawie wyboru prawa,
- b) dotyczy formy czynności prawnej lub papierów wartościowych,
- c) nastąpiło na podstawie przepisów, o których mowa w art. 2, chyba że z przepisów tych wynika co innego.

Art. 7. Prawo właściwe stosowane na podstawie przepisów ustawy obejmuje także normy publicznoprawne, które według tego prawa znajdują zastosowanie do danego stosunku.

Art. 8. Jeżeli prawo właściwe dla ocenianego stosunku prawnego zawiera przepisy ustanawiające ustawowe domniemania lub inne reguły określające ciężar dowodu odnoszące się do tego stosunku, stosuje się te przepisy.

Art. 9. Prawa obcego stosować nie można, jeżeli jego stosowanie miałyby skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (klauzula porządku publicznego).

Art. 10. § 1. Wskazanie prawa obcego nie wyłącza zastosowania tych norm prawa polskiego, z których treści lub celów w sposób niewątpliwy wynika, że regulują one podlegający ocenie stosunek bez względu na to, jakiemu prawu on podlega.

§ 2. Przy stosowaniu prawa właściwego można uwzględnić normy bezwzględnie wiążące innego państwa, z którymi oceniany stosunek jest ściśle związany, jeżeli normy te, według prawa tego państwa, stosuje się bez względu na to, jakiemu prawu ów stosunek podlega. Podczas rozstrzygania o uwzględnieniu tych norm należy mieć na uwadze ich naturę i cel oraz skutki, które wynikną z ich uwzględnienia, oraz te, które wyniknęłyby w razie ich pominięcia.

Art. 11. Jeżeli w państwie, którego prawo jest właściwe, obowiązują różne systemy prawne, prawo tego państwa rozstrzyga, który z tych systemów należy stosować. W razie braku rozstrzygnięcia w tym prawie, stosuje się system prawny związany z ocenianym stosunkiem prawnym najściślej.

Art. 12. § 1. Sąd jest obowiązany z urzędu ustalić okoliczności, od których zależy właściwość prawa, oraz stosować zarówno przepisy prawa prywatnego międzynarodowego, jak i prawo na podstawie tych przepisów właściwe.

§ 2. Jeżeli stwierdzenie w rozsądnym terminie treści właściwego prawa obcego nie jest możliwe, stosuje się prawo polskie.

Rozdział 2 Osoby fizyczne

Art. 13. § 1. Zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych osoby fizycznej podlegają jej prawu ojczystemu.

§ 2. Jeżeli osoba fizyczna dokonuje czynności prawnej w zakresie prowadzonego przez siebie przedsiębiorstwa, wystarczy, że ma ona zdolność do dokonania tej czynności według prawa państwa, w którym przedsiębiorstwo jest prowadzone.

§ 3. Jeżeli umowę zawarły osoby przebywające w tym samym państwie, osoba fizyczna, która ma zdolność według prawa tego państwa, może się powołać na swą niezdolność wynikającą z prawa wskazanego w przepisie § 1 tylko wtedy, gdy w chwili zawarcia umowy druga strona o niezdolności wiedziała.

§ 4. Osoba mająca zdolność według prawa miejsca dokonania czynności, która dokonała jednostronnej czynności prawnej, może się powołać na niezdolność wynikającą z prawa wskazanego w przepisie § 1 tylko wtedy, gdy nie przyniesie to uszczerbku osobom, które postępując z należytą starannością działały w zaufaniu do jej zdolności.

§ 5. Jeżeli osoba działa za pośrednictwem przedstawiciela, przy ustalaniu przesłanek stosowania przepisów § 3 i § 4 rozstrzygają okoliczności zachodzące po stronie przedstawiciela.

§ 6. Przepis § 1 nie wyłącza zastosowania prawa, któremu czynność prawna podlega, jeżeli z tego prawa wynikają szczególne wymagania w zakresie zdolności w odniesieniu do tej czynności prawnej.

§ 7. Przepisów § 3 i § 4 nie stosuje się do czynności prawnych z zakresu prawa rodzinnego i spadkowego ani do rozporządzeń dotyczących nieruchomości położonych w innym państwie niż państwo, w którym czynność prawna została dokonana.

Art. 14. § 1. Wykonywanie władzy rodzicielskiej albo opieki wobec osoby nie mającej pełnej zdolności do czynności prawnych oraz stosowanie innych środków służących do jej ochrony lub ochrony jej majątku podlegają prawu państwa, na którego terytorium osoba ta ma swój zwyczajny pobyt w chwili, gdy uprawnienia z tytułu władzy rodzicielskiej albo opieki są wykonywane lub gdy zachodzi potrzeba zastosowania odpowiedniego środka ochronnego.

§ 2. Jeżeli zastosowanie środków ochronnych przewidzianych w prawie obcym, wskazanym w przepisie § 1, jest w Rzeczypospolitej Polskiej niemożliwe lub wysoce utrudnione, sąd polski stosuje w tym zakresie prawo polskie.

Art. 15. § 1. Ubezważnowolnienie podlega prawu ojczystemu osoby, której ono dotyczy.

§ 2. Jeżeli o ubezważnowolnieniu cudzoziemca orzeka sąd polski, stosuje się prawo polskie.

Art. 16. § 1. Do stwierdzenia zgonu albo uznania osoby za nieobecna, zaginioną lub zmarłą stosuje się jej prawo ojczyste.

§ 2. Jeżeli o uznaniu za zmarłego albo o stwierdzeniu zgonu cudzoziemca orzeka sąd polski, stosuje się prawo polskie.

Art. 17. § 1. Imię i nazwisko osoby fizycznej podlegają jej prawu ojczystemu.

§ 2. Do nabycia albo utraty imienia lub nazwiska stosuje się prawo właściwe do oceny skutków zdarzenia, które prowadzi do nabycia albo utraty imienia lub nazwiska.

§ 3. Wybór nazwiska przy zawarciu lub rozwiązaniu małżeństwa podlega prawu ojczystemu każdego z małżonków.

Art. 18. § 1. Dobra osobiste osoby fizycznej podlegają jej prawu ojczystemu.

§ 2. Osoba fizyczna może korzystać z ochrony dóbr osobistych przewidzianej w jej prawie ojczystym lub w prawie właściwym do oceny odpowiedzialności z tytułu naruszenia dobra.

§ 3. Jeżeli do naruszenia dobra osobistego doszło w środkach masowego komunikowania, o prawie do odpowiedzi, sprostowania lub innego podobnego środka ochronnego rozstrzyga prawo państwa, w którym ma siedzibę albo zwyczajny pobyt nadawca lub wydawca.

Rozdział 3

Osoby prawne i inne jednostki organizacyjne

Art. 19. § 1. Osoba prawna podlega prawu państwa, na którego terytorium ma siedzibę główną.

§ 2. Jeżeli jednak prawo wskazane w przepisie § 1 przewiduje właściwość prawa państwa, na podstawie którego osoba prawna została utworzona, stosuje się prawo tego państwa.

§ 3. Prawu wskazanemu w przepisach § 1 i § 2 podlegają w szczególności:

a) powstanie, łączenie, podział, przekształcenie lub ustanie osoby prawnej,

b) charakter prawny,

c) nazwa oraz firma,

d) zdolność,

e) kompetencje i zasady działania oraz powoływanie i odwoływanie członków organów,

- f) reprezentacja,
- g) nabycie i utrata członkostwa oraz prawa i obowiązki z nim związane,
- h) odpowiedzialność członków za zobowiązania osoby prawnej,
- i) skutki naruszenia przez osobę reprezentującą osobę prawną ustawy, aktu założycielskiego lub statutu.

§ 4. Jeżeli osoba prawna dokonuje czynności prawnej w zakresie prowadzonego przez siebie przedsiębiorstwa, wystarczy, że ma zdolność do dokonania tej czynności według prawa państwa, w którym to przedsiębiorstwo jest prowadzone.

§ 5. Osoba prawna nie może się powołać wobec drugiej strony na ograniczenia dotyczące jej zdolności lub reprezentacji, wynikające z prawa wskazanego w przepisach § 1 lub § 2, jeżeli ograniczeń takich nie przewiduje prawo państwa, w którym czynność prawna została dokonana, chyba że druga strona o nich wiedziała. Przepisu tego nie stosuje się do rozporządzeń dotyczących nieruchomości położonych w innym państwie niż państwo, w którym czynność prawna została dokonana.

§ 6. Z chwilą przeniesienia siedziby głównej do innego państwa osoba prawna podlega prawu tego państwa. Osobowość prawna uzyskana w państwie dotychczasowej siedziby jest zachowana, jeżeli przewidują to prawa obu zainteresowanych państw. Jednakże przeniesienie siedziby głównej w obrębie Europejskiego Obszaru Gospodarczego nie może prowadzić do utraty osobowości prawnej.

§ 7. Fuzja osób prawnych mających siedziby główne w różnych państwach wymaga dopełnienia wymagań określonych w prawie tych państw.

§ 8. Przepisy §§ 1–7 stosuje się odpowiednio do jednostek organizacyjnych nie mających osobowości prawnej.

Art. 20. Do ochrony dóbr osobistych osób prawnych i jednostek organizacyjnych, o których mowa w art. 19 § 8, stosuje się odpowiednio przepis art. 18.

Rozdział 4 Pełnomocnictwo

Art. 21. § 1. Pełnomocnictwo podlega prawu wybranemu przez mocodawcę. Jednakże wobec osoby trzeciej, z którą pełnomocnik do-

konał czynności prawnej, można się powołać na prawo wybrane tylko wtedy, gdy osoba ta o wyborze wiedziała albo mogła się z łatwością o nim dowiedzieć. Mocodawca może się powołać wobec pełnomocnika na prawo wybrane tylko wtedy, gdy ten o wyborze prawa wiedział lub mógł się z łatwością o nim dowiedzieć.

§ 2. W razie braku wyboru prawa pełnomocnictwo podlega:

a) prawu państwa siedziby pełnomocnika, w której on stale działa, albo

b) prawu państwa, w którym znajduje się przedsiębiorstwo należące do mocodawcy, jeżeli tu stale działa pełnomocnik;

c) w innych wypadkach – prawu państwa, w którym pełnomocnik rzeczywiście działał, reprezentując mocodawcę, lub w którym wedle woli mocodawcy powinien działać.

Rozdział 5

Istnienie czynności prawnej i jej forma

Art. 22. § 1. Istnienie czynności prawnej podlega prawu dla niej właściwemu.

§ 2. Strona, która twierdzi, że nie złożyła oświadczenia woli, może się powołać na prawo państwa, w którym ma miejsce zwyczajnego pobytu, jeżeli z okoliczności wynika, że ocena skutków jej zachowania według prawa wskazanego w przepisie § 1 nie byłaby zasadna.

Art. 23. § 1. Forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla tej czynności. Wystarczy jednak zachowanie formy przewidzianej w prawie państwa, w którym czynność zostaje dokonana. Jeżeli umowę zawierają osoby przebywające w chwili złożenia oświadczeń woli w różnych państwach, wystarczy wówczas zachowanie formy przewidzianej dla tej czynności w prawie jednego z tych państw.

§ 2. Przepisu § 1 zdanie 2 i 3 nie stosuje się do rozporządzeń dotyczących nieruchomości oraz do czynności prawnych, których przedmiotem jest utworzenie, łączenie, podział, przekształcenie lub likwidacja osoby prawnej albo jednostki organizacyjnej, o której mowa w art. 19 § 8 ustawy.

§ 3. Jeżeli czynności prawnej dokonał przedstawiciel, w razie stosowania przepisu § 1 zdanie 2 i 3, bierze się pod uwagę okoliczności dotyczące przedstawiciela.

Rozdział 6

Przedawnienie i inne postacie dawności

Art. 24. Przedawnienie roszczenia podlega prawu właściwemu dla tego roszczenia.

Art. 25. Przepis art. 24 stosuje się odpowiednio do innych instytucji będących wyrazem oddziaływania upływu czasu na stosunek prawny.

Rozdział 7

Zobowiązania ze zdarzeń nie będących czynnościami prawnymi

Art. 26. § 1. Zobowiązanie z czynu niedozwolonego podlega prawu państwa, w którym powstało zagrożenie poniesienia szkody albo szkodę poniesiono.

§ 2. Zobowiązanie z tytułu powstania zagrożenia lub wyrządzenia szkody przez produkt niebezpieczny podlega prawu państwa, w którym znajduje się miejsce zwyczajnego pobytu poszkodowanego, chyba że osoba, której przypisuje się odpowiedzialność, wykaze, iż produkt został wprowadzony do obrotu w tym państwie bez jej zgody. W takim wypadku właściwe jest prawo państwa, w którym osoba, której przypisuje się odpowiedzialność, ma miejsce zwyczajnego pobytu albo siedzibę.

§ 3. Jeżeli osoba, której przypisuje się odpowiedzialność, i poszkodowany mają, w chwili powstania zagrożenia lub wyrządzenia szkody, miejsce zwyczajnego pobytu lub siedzibę w tym samym państwie, stosuje się prawo tego państwa.

§ 4. Jeżeli jednak z okoliczności wynika, że zobowiązanie z czynu niedozwolonego pozostaje w ściślejszym związku z prawem innego państwa niż wskazane w przepisach §§ 1–3, stosuje się prawo tego innego państwa.

§ 5. Po powstaniu zobowiązania strony mogą wybrać prawo dla niego właściwe.

§ 6. Jeżeli przewiduje to prawo właściwe dla czynu niedozwolonego lub dla stosunku ubezpieczenia, poszkodowanemu przysługuje roszczenie bezpośrednio przeciwko ubezpieczycielowi osoby odpowiedzialnej za szkodę.

§ 7. Prawo właściwe według przepisów §§ 1–5 rozstrzyga także o zdolności osoby do ponoszenia odpowiedzialności z tytułu czynu niedozwolonego.

Art. 27. Prawo właściwe dla pozaumownej odpowiedzialności cywilnej wynikającej z wypadków drogowych określa Konwencja o prawie właściwym dla wypadków drogowych, podpisana w Hadze dnia 4 maja 1971 r. (Dz.U. 2003, nr 63, poz. 585).

Art. 28. Prawem właściwym dla zobowiązania wynikającego z wyrządzenia szkody w środowisku jest prawo wskazane w przepisach art. 26 § 1 i § 6. Poszkodowany może oprzeć roszczenie także na prawie państwa, w którym nastąpiło zdarzenie skutkujące wyrządzeniem szkody.

Art. 29. § 1. Zobowiązanie wynikające z czynu nieuczciwej konkurencji podlega prawu państwa, na którego terytorium konkurencja lub zbiorowe interesy konsumentów zostały naruszone albo mogą zostać naruszone bezpośrednio i w znacznym stopniu.

§ 2. Jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji narusza wyłącznie interesy określonego konkurenta, stosuje się przepis art. 26.

Art. 30. § 1. Zobowiązanie wynikające z bezpodstawnego wzbogacenia podlega prawu państwa, w którym nastąpiło wzbogacenie.

§ 2. Zobowiązanie wynikające z nienależnego świadczenia podlega prawu właściwemu dla zamierzonego lub łączącego strony stosunku prawnego, w związku z którym świadczenie zostało spełnione.

§ 3. Zobowiązanie wynikające z prowadzenia cudzej sprawy bez zlecenia podlega prawu państwa, w którym ma miejsce zwyczajnego pobytu albo siedzibę osoba, której sprawy były prowadzone. Jeżeli jednak prowadzenie cudzej sprawy polega na ochronie osoby lub mienia, stosuje się prawo państwa, w którym przebywa osoba, której sprawy były prowadzone, albo prawo państwa, w którym znajduje się mienie w chwili prowadzenia cudzej sprawy.

§ 4. Do zobowiązań, o których mowa w §§ 1–3, stosuje się odpowiednio przepisy art. 26 §§ 3–5.

Rozdział 8

Zobowiązania wynikające z czynności prawnych

Art. 31. § 1. Prawo właściwe dla zobowiązań umownych określa Konwencja o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, podpisana w Rzymie dnia 19 czerwca 1980 r.

Jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, do zobowiązań umownych wyłączonych przez Konwencję spod jej zasięgu stosuje się postanowienia artykułów 3–15 Konwencji.

§ 2. Zobowiązanie wynikające z papieru wartościowego innego niż weksel i czek podlega prawu państwa, w którym papier wartościowy został wystawiony.

Art. 32. § 1. Zobowiązanie wynikające z jednostronnej czynności prawnej podlega prawu wybranemu przez dokonującego tej czynności. Od chwili gdy obie strony takiego zobowiązania są zindywidualizowane, wybór prawa, jego zmiana lub uchylenie wymagają porozumienia obu stron tego stosunku.

§ 2. W razie braku wyboru prawa do zobowiązania z jednostronnej czynności prawnej stosuje się prawo państwa, w którym osoba dokonująca czynności prawnej ma miejsce zwyczajnego pobytu albo siedzibę. Jeżeli z okoliczności wynika, że zobowiązanie pozostaje w ściślejszym związku z prawem innego państwa, stosuje się prawo tego państwa.

Art. 33. § 1. Prawo państwa, w którym zbywca wierzytelności ma miejsce zwyczajnego pobytu albo siedzibę w chwili przelewu, rozstrzyga o jego skutkach wobec osób trzecich.

Art. 34. § 1. Prawo państwa, któremu podlega przejmowany dług, rozstrzyga o dopuszczalności i przesłankach jego przejęcia, skuteczności przejęcia wobec wierzyciela oraz o stosunkach między przejmującym dług a wierzycielem.

§ 2. Skutki przejęcia długu wobec osób trzecich podlegają prawu państwa, w którym przejmujący dług ma miejsce zwyczajnego pobytu albo siedzibę w chwili przejęcia.

Art. 35. § 1. Potrącenie podlega prawu właściwemu dla wierzytelności, z którą dokonywane jest potrącenie. Jeżeli potrącenie następuje na podstawie umowy, przy ustalaniu prawa dla niej właściwego stosuje się przepis art. 31.

Art. 36. Wpływ zmiany wartości waluty na wysokość zobowiązania ocenia się według prawa właściwego dla tego zobowiązania.

Art. 37. W stosunkach pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą konsument korzysta z ochrony, jaką zapewnia mu, jako konsumentowi, prawo państwa miejsca jego zwyczajnego pobytu, chyba że przed-

siębiorca – z uwagi na zakres i charakter swej działalności – nie mógł w sposób rozsądny spodziewać się zastosowania tego prawa.

Rozdział 9

Umowy o arbitraż

Art. 38. § 1. Strony umowy o arbitraż mogą wybrać prawo dla niej właściwe.

§ 2. Jeżeli wyboru prawa nie dokonano, umowa o arbitraż podlega prawu państwa, na którego obszarze znajduje się uzgodnione przez strony miejsce arbitrażu. W razie braku takiego uzgodnienia umowa o arbitraż podlega prawu właściwemu dla stosunku prawnego, którego spór dotyczy; wystarczy jednak, że umowa jest skuteczna według prawa państwa, na którego terytorium postępowanie się toczy lub sąd arbitrażowy wydał orzeczenie.

Art. 39. Istnienie oraz forma umowy o arbitraż podlegają prawu państwa miejsca arbitrażu.

Rozdział 10

Własność i inne prawa rzeczowe. Posiadanie

Art. 40. § 1. Własność i inne prawa rzeczowe podlegają prawu państwa, w którym znajduje się ich przedmiot.

§ 2. Nabycie i utrata własności, jak również nabycie i utrata oraz zmiana treści lub pierwszeństwa innych praw rzeczowych podlegają prawu państwa, w którym przedmiot tych praw znajdował się w chwili, gdy nastąpiło zdarzenie pociągające za sobą wymienione skutki prawne.

Art. 41. Prawa rzeczowe na statkach powietrznych i wodnych oraz na pojazdach szynowych podlegają prawu państwa, w którym wpisane są do rejestru, a w razie braku wpisu – prawu państwa macierzystego portu, stacji lub innego podobnego miejsca.

Art. 42. Prawa rzeczowe na rzeczach w transporcie podlegają prawu państwa, z którego rzeczy wysłano, chyba że z okoliczności

wynika, iż są one powiązane ściślej z prawem innego państwa. Stosuje się wówczas prawo tego innego państwa.

Art. 43. § 1. Prawa zapisane na kontach depozytowych w systemie rozrachunku papierów wartościowych podlegają prawu państwa, w którym znajduje się siedziba podmiotu prowadzącego konto depozytowe.

§ 2. Prawu wskazanemu w przepisie § 1 podlegają również zabezpieczenia na papierach wartościowych zdeponowanych na kontach depozytowych.

§ 3. Prawa na papierach wartościowych nie zdeponowanych na kontach depozytowych podlegają prawu państwa, w którym znajduje się papier wartościowy.

Art. 44. Jeżeli rzecz uznana w prawie państwa jej miejsca położenia za prawnie chronione dobro kultury zostanie z naruszeniem prawa tego państwa wywieziona do innego państwa, roszczenia zmierzające do jej odzyskania podlegają – w zależności od wyboru uprawnionego – prawu państwa, z którego rzecz wywieziono, albo prawu państwa, w którym się ona znajduje.

Art. 45. Przepisy artykułów 40–44 stosuje się odpowiednio do posiadania.

Rozdział 11

Własność intelektualna

Art. 46. § 1. Powstanie, treść i ustanie prawa własności intelektualnej podlegają prawu państwa, na którego terytorium ma miejsce korzystanie z tego prawa.

§ 2. Przepis § 1 stosuje się także do rozporządzeń prawem własności intelektualnej oraz do ustalenia pierwszeństwa tych praw.

Art. 47. Uprawnienia pracownika wobec pracodawcy z tytułu praw własności intelektualnej związanych z jego działalnością w ramach stosunku pracy podlegają prawu właściwemu dla tego stosunku.

Rozdział 12

Sprawy małżeńskie

Art. 48. O możliwości zawarcia małżeństwa rozstrzyga w stosunku do każdej ze stron jej prawo ojczyste z chwili zawarcia małżeństwa.

Art. 49. § 1. Forma zawarcia małżeństwa podlega prawu państwa, w którym jest ono zawierane.

§ 2. Jeżeli małżeństwo zawierane jest poza granicami Polski, wystarcza zachowanie formy wymaganej w prawach ojczystych obojga małżonków albo we wspólnym prawie miejsca zamieszkania lub zwyczajnego pobytu małżonków z chwili zawarcia małżeństwa.

§ 3. Ważne pod względem formy jest małżeństwo osób, z których żadna nie jest obywatelem państwa miejsca zawarcia małżeństwa, zawarte przed osobą upoważnioną przez władze państwa, którego obywatelem jest jedna z tych osób, w formie przewidzianej w prawie tego państwa.

Art. 50. § 1. Stosunki osobiste i majątkowe między małżonkami podlegają każdorazowemu wspólnemu prawu ojczystemu.

§ 2. W razie braku wspólnego prawa ojczystego stosuje się prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mają miejsce zwyczajnego pobytu, a jeżeli małżonkowie nie mają miejsca zwyczajnego pobytu w tym samym państwie – prawo państwa, z którym małżonkowie w inny sposób są wspólnie najściślej związani.

Art. 51. § 1. Małżonkowie mogą poddać swe stosunki majątkowe prawu ojczystemu jednego z nich albo prawu państwa, w którym jedno z nich ma miejsce zamieszkania lub miejsce zwyczajnego pobytu. Wyboru prawa można dokonać także przed zawarciem małżeństwa.

§ 2. Przy zawarciu umów, o których mowa w paragrafie poprzedzającym, wystarczy dopełnienie wymagań dotyczących formy, przewidzianych dla majątkowych umów małżeńskich w prawie wybranym lub w prawie państwa miejsca zawarcia umowy.

§ 3. Majątkowa umowa małżeńska podlega prawu wybranemu przez strony zgodnie z przepisem § 1. W razie braku wyboru prawa do majątkowej umowy małżeńskiej stosuje się prawo właściwe dla stosunków osobistych i majątkowych między małżonkami z chwili zawarcia takiej umowy.

Art. 52. § 1. Jeżeli małżonek i osoba trzecia będąca wierzyicielem mają w chwili powstania zobowiązania miejsce zwyczajnego pobytu w tym samym państwie, prawo tego państwa stosuje się do oceny skuteczności małżeńskiego ustroju majątkowego wobec osób trzecich, chyba że osoba trzecia w chwili powstania zobowiązania знаła charakter i treść tego ustroju lub przy dołożeniu należytej staranności zdołałaby je poznać albo były dopełnione wymagania dotyczące jawności i wpisów przewidziane w prawie właściwym dla małżeńskiego ustroju majątkowego lub – w odniesieniu do praw rzeczowych na nieruchomościach – w prawie państwa, na którego terytorium nieruchomości się znajduje.

§ 2. Przepis § 1 stosuje się odpowiednio do odpowiedzialności małżonka za zobowiązania zaciągnięte przez drugiego małżonka w sprawach wynikających z zaspokajania zwykłych potrzeb rodziny.

Art. 53. § 1. Rozwiązanie małżeństwa podlega wspólnemu prawu ojczystemu małżonków z chwili żądania rozwiązania małżeństwa.

§ 2. W razie braku wspólnego prawa ojczystego małżonków właściwe jest prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mają w chwili żądania rozwiązania małżeństwa miejsce zwyczajnego pobytu, a jeżeli małżonkowie nie mają w owej chwili miejsca zwyczajnego pobytu w tym samym państwie – prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mieli ostatnio miejsce zwyczajnego pobytu.

§ 3. W razie braku okoliczności rozstrzygających o właściwości prawa na podstawie przepisów § 1 i § 2 do rozwiązania małżeństwa stosuje się prawo polskie.

§ 4. Postanowienia poprzedzających paragrafów stosuje się odpowiednio do separacji.

§ 5. Jeżeli prawo właściwe na podstawie przepisów §§ 1–2 i § 4 nie przewiduje ani rozwodu, ani separacji, do rozwodu lub separacji stosuje się prawo polskie.

Rozdział 13

Przysposobienie

Art. 54. § 1. Przysposobienie podlega prawu ojczystemu przysposabiającego.

§ 2. Przysposobienie nie może jednakże nastąpić bez zachowania przepisów prawa ojczystego osoby, która ma być przysposobiona, do-

tyczących zgody tej osoby, zgody jej przedstawiciela ustawowego oraz zezwolenia właściwego organu państwowego.

Art. 55. Przysposobienie wspólne małżonków podlega ich wspólnemu prawu ojczystemu. Jeżeli małżonkowie nie mają obywatelstwa tego samego państwa, do przysposobienia stosuje się prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mają miejsce zwyczajnego pobytu, a w razie braku takiego miejsca – prawo państwa, z którym małżonkowie są w inny sposób wspólnie najściślej związani.

Rozdział 14

Stosunki między rodzicami a dzieckiem

Art. 56. § 1. Stosunki osobiste i majątkowe między rodzicami a dzieckiem podlegają prawu ojczystemu dziecka.

§ 2. Ustalenie i zaprzeczenie ojcostwa albo macierzyństwa – z zastrzeżeniem przepisu § 3 – podlegają prawu ojczystemu dziecka z chwili jego urodzenia.

§ 3. Uznanie dziecka podlega prawu państwa, którego dziecko jest obywatelem w chwili uznania. W razie gdy prawo to nie przewiduje uznania dziecka, stosuje się prawo ojczyste dziecka z chwili jego urodzenia, jeżeli to prawo uznanie przewiduje.

Art. 57. § 1. Do legitymacji – z zastrzeżeniem przepisu § 2 – stosuje się prawo ojczyste rodzica dokonującego legitymacji z chwili jej dokonania. Jednakże do legitymacji mającej wywrzeć skutki po śmierci rodzica, który dokonuje legitymacji, stosuje się prawo ojczyste rodzica z chwili jego śmierci.

§ 2. Do legitymacji przez następcze małżeństwo rodziców dochodzi, jeżeli prawo ojczyste jednego z rodziców z chwili zawarcia małżeństwa wiąże taki skutek z zawarciem małżeństwa.

Rozdział 15

Obowiązki alimentacyjne

Art. 58. Prawo właściwe dla obowiązków alimentacyjnych określa Konwencja o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych,

podpisana w Hadze dnia 2 października 1973 r. (Dz.U. 2000, nr 39, poz. 444).

Rozdział 16

Sprawy spadkowe

Art. 59. § 1. Spadkodawca w testamencie lub w innym rozrządzeniu ostatniej woli może poddać sprawę spadkową swemu prawu ojczystemu, prawu miejsca swego zamieszkania albo prawu miejsca swego zwyczajnego pobytu z chwili dokonania tej czynności lub z chwili swej śmierci.

§ 2. W razie braku wyboru prawa w sprawie spadkowej właściwe jest prawo ojczyste spadkodawcy z chwili jego śmierci.

Art. 60. Z zastrzeżeniem art. 61 o ważności testamentu i innych czynności prawnych na wypadek śmierci rozstrzyga prawo ojczyste spadkodawcy z chwili dokonywania tych czynności.

Art. 61. § 1. Prawo właściwe dla formy testamentu określa konwencja dotycząca kolizji praw w przedmiocie formy rozrządzeń testamentowych, podpisana w Hadze dnia 5 października 1961 r. (Dz.U. 1969, nr 34, poz. 284).

§ 2. Prawo wskazane na podstawie § 1 stosuje się także do formy innych rozrządzeń na wypadek śmierci.

Rozdział 17

Przepisy końcowe

Art. 62. W razie braku wskazania prawa właściwego w niniejszej ustawie, w przepisach wymienionych w art. 2 lub w przepisach szczególnych, do stosunku objętego zakresem zastosowania niniejszej ustawy stosować należy prawo państwa, z którym stosunek ten jest najściślej związany.

Art. 63. Traci moc ustawa z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. nr 46, poz. 290; zm. Dz.U. 1995, nr 83, poz. 417, Dz.U. 1999, nr 52, poz. 532).

Art. 64. W ustawie z dnia 18 września 2001 r. Kodeks morski (Dz.U. nr 138, poz. 1545; zm. Dz.U. 2002, nr 41, poz. 365, Dz.U. 2003, nr 229, poz. 2277, Dz.U. 2004, nr 93, poz. 895, nr 173, poz. 1808, Dz.U. 2005, nr 155, poz. 1298) uchyla się art. 355, art. 356 i art. 359.

Art. 65. W ustawie z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze (Dz.U. nr 130, poz. 1112; zm. Dz.U. 2004, nr 54, poz. 535, nr 96, poz. 959, nr 99, poz. 1002, nr 172, poz. 1805, nr 173, poz. 1808, nr 273, poz. 2703, nr 99, poz. 1002, Dz.U. 2005, nr 163, poz. 1362, nr 180, poz. 1490, nr 90, poz. 757, nr 175, poz. 1462, nr 180, poz. 1490) uchyla się art. 6, art. 7, art. 10, art. 11, art. 12, art. 13, art. 14 i art. 15 ust. 2.

Art. 66. W ustawie z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (tekst jednolity Dz.U. 1998, nr 21, poz. 94; zm. Dz.U. 1998, nr 106, poz. 668, nr 113, poz. 717, Dz.U. 1999, nr 99, poz. 1152, Dz.U. 2000, nr 19, poz. 239, nr 43, poz. 489, nr 107, poz. 1127, nr 120, poz. 1268, Dz.U. 2001, nr 11, poz. 84, nr 28, poz. 301, nr 52, poz. 538, nr 99, poz. 1075, nr 111, poz. 1194, nr 123, poz. 1354, nr 128, poz. 1405, nr 154, poz. 1805, Dz.U. 2002, nr 74, poz. 676, nr 135, poz. 1146, nr 196, poz. 1660, nr 199, poz. 1673, nr 200, poz. 1679, Dz.U. 2003, nr 166, poz. 1608, nr 213, poz. 2081, Dz.U. 2004, nr 96, poz. 959, nr 99, poz. 1001, nr 120, poz. 1252, nr 240, poz. 2407, Dz.U. 2005, nr 10, poz. 71, nr 68, poz. 610, nr 86, poz. 732, nr 167, poz. 1398) uchyla się art. 6.

Art. 67. W ustawie z dnia 23 maja 1991 r. o pracy na morskich statkach handlowych (Dz.U. nr 61, poz. 258; zm. Dz.U. 1994, nr 113, poz. 547, Dz.U. 1998, nr 113, poz. 717, Dz.U. 2000, nr 109, poz. 1156, Dz.U. 2002, nr 240, poz. 2060, Dz.U. 2003, nr 229, poz. 2277, Dz.U. 2004, nr 96, poz. 959) uchyla się art. 2.

Art. 68. Pozostają w mocy przepisy szczególne dotyczące przedmiotów unormowanych w niniejszej ustawie.

Art. 69. Ustawa wchodzi w życie z dniem...

Glosy

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2003 r., III CK 80/02

Teza: Artykuł 25 § 1 prawa prywatnego międzynarodowego nie uprawnia do wyboru prawa dla przelewu wierzytelności. Przelew określonej wierzytelności podlega prawu właściwemu dla tej wierzytelności.

Uzasadnienie

W pozwie z 29 września 2000 r. strona powodowa, O.O. AG w M. w Szwajcarii, wniosła o zasądzenie solidarnie od Leszka W. i Zbigniewa W. jako współników spółki cywilnej kwoty 85 670,08 zł, z ustawowymi odsetkami od 25 listopada 1999 r. Pozwani w odpowiedzi podnieśli zarzut przedawnienia oraz zarzut potrącenia dochodzonych roszczeń.

Wyrokiem z dnia 25 kwietnia 2001 r. Sąd Okręgowy w Lublinie uwzględnił w całości powództwo w stosunku do pozwanego Zbigniewa W.

Sąd Okręgowy dokonał następujących ustaleń:

Zbigniew W. i Leszek W., wcześniej nabywający gotowe drzwi harmonijkowe od współników spółki cywilnej „Korporacja Braci K.”, którzy je montowali z elementów nabywanych od włoskiego przedsiębiorstwa „A.P.”, od kwietnia 1997 r. sami zaczęli nabywać elementy do produkcji drzwi harmonijkowych od przedsiębiorstwa „A.P.”. Przedsiębiorstwo „A.P.” dostarczyło pozwanym towary, za które wy-

stawiło cztery faktury. Faktura nr 655 z 7 kwietnia 1997 r. opiewała na kwotę 47 030 460 lirów, faktura nr 1399 z 14 lipca 1997 r. – na kwotę 59 568 565 lirów, faktura nr 2378 z 26 listopada 1997 r. – na kwotę 55 699 381 lirów, a faktura nr 2529 z 15 grudnia 1997 r. na kwotę 38 141 626 lirów. W dniu 24 sierpnia 1999 r. przedsiębiorstwo „A.P.” zawarło w Warszawie umowę ze stroną powodową, szwajcarską spółką akcyjną O.O. w M., na podstawie której przeniosło na nią swe wierzytelności, przysługujące mu wobec Zbigniewa W. i Leszka W. jako współników spółki cywilnej, w kwocie 93 841 007 lirów, płatne częściowo 26 stycznia 1998 r., a częściowo 16 lutego 1998 r. W aneksie nr 1 do umowy z dnia 24 sierpnia 1999 r. zastrzeżono, że przeniesienie wierzytelności nastąpiło w celu podjęcia przez stronę powodową w imieniu własnym, ale na rzecz zbywcy, czynności pozasądowych i procesowych dla odzyskania tych wierzytelności (pkt 1). Strona powodowa kwotę należną tytułem nabycia wierzytelności powinna uiszczyć przed upływem trzech miesięcy od daty podpisania tej umowy (pkt 3 aneksu nr 1). Po bezskutecznym upływie wymienionego okresu umowa ta miała stracić ważność w zakresie obejmującym niezapłacone wierzytelności (pkt 6 aneksu nr 1). Załącznikiem nr 4 przedłużono jednak wspomniany okres do 30 kwietnia 2001 r. W art. 6 umowy z dnia 24 sierpnia 1999 r. postanowiono, że „podlega ona szwajcarskiemu prawu rzeczowemu”. W dniu 15 listopada 1999 r. Zbigniew W. udzielił radcy prawnemu Aleksandrowi H. pisemnego pełnomocnictwa do podejmowania wszelkich czynności faktycznych i prawnych, mających na celu zawarcie ugody w sprawie zobowiązań wobec strony powodowej. Na podstawie tego pełnomocnictwa Aleksander H. pismem z 25 listopada 1999 r. uznał częściowo, tj. do kwoty 95 270,08 zł dług pozwanych w stosunku do strony powodowej, zaciągnięty uprzednio przez nich względem przedsiębiorstwa „A.P.”; pozostałą część roszczenia określił jako sporną. Co do uznanej części roszczenia na kwotę 95 270,08 zł zaproponował spłatę w ratach: 10%, tj. 9600 zł, do 15 grudnia 1999 r., a pozostałe 90% w 24 miesięcznych ratach. Pismo to zostało przesłane Krystynowi W. – przedstawicielowi strony powodowej w Polsce – najpierw faksem, a następnie listem poleconym. Dnia 17 grudnia 1999 r. pozwani wpłacili na konto przedstawiciela strony powodowej sumę 9600 zł. Innych wpłat nie dokonali.

W ocenie Sądu Okręgowego pomiędzy przedsiębiorstwem „A.P.” mającym siedzibę we Włoszech a pozwanymi mającymi zamieszkanie w Polsce doszło do zawarcia czterech umów sprzedaży towarów opisanych w wymienionych wyżej fakturach. Do umów tych nie miało zastosowania prawo wskazane przez art. 27 § 1 pkt 1 ustawy z dnia

12 listopada 1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. Nr 46, poz. 290 ze zm. – dalej: p.p.m.), tj. prawo włoskie, lecz stosownie do art. 1 § 2 p.p.m. należało stosować do nich Konwencję Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, sporządzoną w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 45, poz. 287 – dalej: konwencja wiedeńska), a w zakresie przedawnienia roszczeń Konwencję o przedawnieniu w międzynarodowej sprzedaży towarów, sporządzoną w Nowym Jorku dnia 14 czerwca 1974 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 45, poz. 282 ze zm. – dalej: konwencja nowojorska). Sąd Okręgowy uznał za skuteczny dokonany w Warszawie przelew na stronę powodową przez przedsiębiorstwo „A.P.” wierzytelności z dwóch ostatnich umów sprzedaży zawartych przez to przedsiębiorstwo ze Zbigniewem W. i Leszkiem W. Wyjaśnił, że zgodnie z art. 12 p.p.m., dla ważności czynności prawnej wystarcza zachowanie formy wymaganej przez prawo państwa miejsca dokonania tej czynności. Ponadto podkreślił, że instytucja przelewu jest znana wszystkim systemom prawnym opartym na prawie rzymskim. Jako „pewnik należy uznać, że także w szwajcarskim prawie rzeczowym zawarcie takiej umowy wywołuje skutek w postaci przejścia na nabywcę objętej umową wierzytelności”. Według Sądu Okręgowego, strona powodowa wykazała, że w wyniku przelewu nabyła wobec pozwanych dochodzoną część wierzytelności. Niezapłacony przez pozwanych dług w tej kwocie uznał skutecznie radca prawny Aleksander H. pismem z dnia 25 listopada 1999 r., złożonym w imieniu pozwanego Zbigniewa W. na podstawie otrzymanego od niego pełnomocnictwa rodzajowego. W następstwie złożonego przez niego oświadczenia o uznaniu doszło też do zmiany waluty długu z lirów włoskich na złote polskie.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił podniesionego przez pozwanych zarzutu przedawnienia. Przyjął, że roszczenie o zapłatę ceny objętej trzecią fakturą stało się wymagalne w dniu 26 stycznia 1998 r., a roszczenie o zapłatę ceny objętej czwartą fakturą – 14 lutego 1998 r. Zgodnie z art. 8 konwencji nowojorskiej, termin przedawnienia roszczeń wynikających z międzynarodowej umowy sprzedaży towarów wynosi 4 lata. Według art. 13 wspomnianej konwencji, bieg terminu przedawnienia przerywa się, gdy wierzyciel podejmie jakiekolwiek działanie, które w myśl przepisów prawa właściwego dla sądu, przed którym wszczęto postępowanie, zostanie uznane za rozpoczynające postępowanie sądowe przeciwko dłużnikowi, a według art. 20 tej konwencji – przez pisemne uznanie zobowiązania ze strony dłużnika. Pozew w niniejszej sprawie został wniesiony w dniu 29 września 2000 r., czyli przed upływem czteroletniego terminu przedawnienia przewidzianego w art. 8 konwencji.

Apelacja pozwanego Zbigniewa W. od wyroku Sądu Okręgowego została oddalona przez Sąd Apelacyjny w Lublinie wyrokiem z dnia 14 listopada 2001 r. Oddalając apelację pozwanego po przeprowadzeniu oceny zawartych w niej zarzutów na tle faktów ustalonych przez Sąd pierwszej instancji. Sąd Apelacyjny podkreślił w szczególności, że strona powodowa skutecznie nabyła wierzytelności przedsiębiorstwa „A.P.” względem pozwanych, i że oświadczenie radcy prawnego Aleksandra H. złożone w imieniu pozwanego Zbigniewa W. przerwało bieg terminu przedawnienia.

Pozwany Zbigniew W., skarżąc w całości wyrok Sądu Apelacyjnego, jako podstawy kasacyjne wskazał naruszenia: 1) art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 2 ust. 2 i art. 9 pkt 8 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. – Prawo dewizowe (Dz.U. Nr 160, poz. 1063 ze zm. – dalej: prawo dewizowe z 1998 r.) przez ich niezastosowanie, 2) art. 25 § 1 p.p.m. przez niezastosowanie w sprawie prawa szwajcarskiego wybranego przez strony dla umowy przelewu, 3) art. 481 § 1 oraz art. 68 k.c. przez zasądzenie odsetek od dnia 25 listopada 1999 r., 4) art. 316 § 1 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. przez nieuwzględnienie faktu utraty przez umowę przelewu ważności przed dniem wyrokowania, 5) art. 382 w związku z art. 233 i art. 328 § 1 k.p.c. przez pominięcie wszechstronnego rozważenia wybranego materiału dowodowego oraz zaniechanie ustalenia stanu faktycznego, 6) art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. przez zaniechanie wskazania podstawy prawnej rozstrzygnięcia, w szczególności zaś przepisów prawa szwajcarskiego mających zastosowanie do umowy przelewu.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Wyrok Sądu drugiej instancji musi się opierać na ustalonej samodzielnie przez ten sąd podstawie faktycznej i prawnej, ponieważ postępowanie apelacyjne jest, stosownie do art. 382 w związku z art. 381 k.p.c., kontynuacją merytorycznego rozpoznania sprawy (por. w szczególności uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 1999 r. – zasadę prawną – III CZP 59/98. OSNC 1999, nr 7–8, poz. 124, oraz postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 1999 r., I CKN 504/99. OSNC 2000, nr 1, poz. 17, i z dnia 4 października 2002 r., III CZP 62/02. OSNC 2004, nr 1, poz. 7). Przyjmuje się, że jeżeli sąd odwoławczy uznaje ustalenia faktyczne i oceny prawne sądu pierwszej instancji za trafne, to może się wywiązać z przewidzianego w art. 328 § 2 k.p.c. obowiązku wskazania w uzasadnieniu wyroku podstaw rozstrzygnięcia przez samo twierdzenie, że podziela ustalenia faktyczne i oceny prawne sądu pierwszej instancji (por. przede wszystkim orzeczenia Sądu Najwyższego: z dnia 13 grudnia 1935 r., C III 680/34. Zb. Urz. 1935, nr 10, poz. 379, i z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98.

OSNC 1999, nr 4, poz. 83). Podanie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku informacji o przeprowadzeniu oceny zarzutów apelacyjnych na tle faktów ustalonych przez Sąd pierwszej instancji i niezakwestionowanie tych faktów wystarczało więc do wywiązania się z zawartego w art. 328 § 2 k.p.c. obowiązku wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. Oznaczało ono podzielenie tych ustaleń i uznanie ich za podstawę faktyczną także własnego wyroku. Twierdzenie skarżącego o zaniechaniu przez Sąd Apelacyjny ustalenia stanu faktycznego powiązane z zarzutem naruszenia przepisów art. 328 § 2 i art. 382 k.p.c. należy więc uznać za chybione. Skarżący nie wykazał też, aby się Sąd Apelacyjny również dopuścił – możliwego raczej tylko wyjątkowo – naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. (por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 1998 r., II CKN 704/97. OSNC 1998, nr 12, poz. 214).

Trafnie natomiast w skardze kasacyjnej zarzucono naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. przez zaniechanie wskazania podstawy prawnej rozstrzygnięcia. Twierdzenie Sądu Apelacyjnego, że strona powodowa skutecznie nabyła wierzytelności przedsiębiorstwa „A.P.” względem pozwanych trudno uznać za wystarczające w tym względzie. W twierdzeniu tym nie sposób się dopatrzeć nawet ogólnego wskazania podstawy prawnej rozstrzygnięcia przez odwołanie się do ocen prawnych Sądu pierwszej instancji. Takie wskazanie byłoby zresztą w niniejszej sprawie niemożliwe w odniesieniu do przelewu, jeżeli zważyć, że Sąd pierwszej instancji nie przytoczył przepisów prawa szwajcarskiego mających, jego zdaniem, zastosowanie do przelewu, lecz jedynie poprzestał na swym wyobrażeniu o ich treści, opartym na wywodzeniu się szwajcarskiego prawa cywilnego z tradycji romanistycznej; jak wiadomo, art. 328 § 2 k.p.c. wymaga wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. Wskazane uchybienie przepisowi art. 328 § k.p.c. uniemożliwia przeprowadzenie kontroli kasacyjnej zaskarżonego wyroku w zakresie mogącym mieć wpływ na wynik sprawy i tym samym stanowi, zgodnie z art. 393¹ pkt 2 k.p.c., skuteczną podstawę kasacyjną, uzasadniającą uwzględnienie opartej na niej skargi (co do naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. jako podstawy skargi kasacyjnej, zob. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1999 r., III CKN 460/98. OSNC 2000, nr 5, poz. 100, oraz z dnia 20 lutego 2003 r., I CKN 65/01. LEX nr 782711).

Bardzo złożone problemy powstają w związku z podniesionym w skardze kasacyjnej zarzutem naruszenia art. 25 § 1 p.p.m. przez niezastosowanie w sprawie prawa szwajcarskiego wybranego przez strony dla umowy przelewu.

Polska ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym, inaczej niż kodyfikacje niektórych innych państw oraz Konwencja EWG

o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, sporządzona w Rzymie dnia 19 czerwca 1980 r. (nr 80/934, opublikowana między innymi w „Kwartalniku Prawa Prywatnego” 1994, z. 2, s. 300 – dalej: konwencja rzymska), nie zawiera przepisu wskazującego prawo właściwe dla przelewu wierzytelności. Z badań prawnoporównawczych wynika, że możliwe są tutaj trzy zasadnicze rozwiązania: właściwość prawa, któremu podlega wierzytelność (statutu wierzytelności, *legis causae*), właściwość prawa, któremu podlega czynność prawna stanowiąca podstawę prawną przelewu (rozwiązanie przyjmowane dla kwestii wchodzących w zakres stosunku pomiędzy cedentem a cesjonariuszem), właściwość prawa miejsca „położenia wierzytelności”, tj. z reguły prawa miejsca zamieszkania (siedziby) dłużnika.

Akcentowana powszechnie w poszczególnych ustawodawstwach potrzeba ochrony dłużnika przelanej wierzytelności przemawia za poddaniem co do zasady problematyki przelewu prawu właściwemu dla wierzytelności, a więc za przyjęciem pierwszego rozwiązania. Rozwiązanie to znalazło wyraz np. w art. 12 ust. 2 konwencji rzymskiej, art. 145 ust. 1 zd. 1 *in fine* prawa prywatnego międzynarodowego szwajcarskiego, § 45 prawa prywatnego międzynarodowego austriackiego oraz art. 33 ust. 2 prawa prywatnego międzynarodowego niemieckiego (przejętego z konwencji rzymskiej). I jest ono także przyjmowane przez literaturę przedmiotu na tle obowiązującego ustawodawstwa polskiego. Zakresem prawa właściwego ustalonego zgodnie z miarodajnymi normami kolizyjnymi dla stosunku zobowiązaniowego, z którego wynika wierzytelność, obejmuje się trafnie również kwestie dotyczące przelewu tej wierzytelności.

Według omawianego rozwiązania, statut wierzytelności rozstrzyga więc o negatywnych i pozytywnych przesłankach przelewu – a zatem przede wszystkim o tym, czy wierzytelność jest zbywalna, jaka umowa przenosi wierzytelność: w szczególności czy czyni to już sama umowa zobowiązująca do przelewu, czy też dopiero umowa rozporządzająca, abstrakcyjna lub kauzalna – o ewentualnych wymaganiach dotyczących skuteczności przelewu wobec dłużnika, o skutkach przelewu, tj. w szczególności o chwili nabycia wierzytelności przez cesjonariusza, o zakresie uprawnień nabywanych przez cesjonariusza, o możliwości zwolnienia się dłużnika przez zapłatę do rąk cedenta, o zarzutach przysługujących dłużnikowi względem cesjonariusza.

O ile statut wierzytelności decyduje wyłącznie, jakie zdarzenia stanowią przesłanki przelewu, o tyle spełnienie określonej przesłanki przelewu nie musi już podlegać ocenie według tego statutu. Tak jest przede wszystkim wtedy, gdy statut wierzytelności przewiduje, że wierzytelność przechodzi na podstawie umowy zobowiązującej do

przelewu. To, czy została zawarta ważna umowa zobowiązująca do przelewu, stanowi dla rozstrzygnięcia o tym, czy na podstawie tej umowy nastąpił przelew, tzw. kwestię wstępną. Prawo właściwe dla tej umowy należy ustalić na podstawie odrębnej miarodajnej dla niej polskiej normy kolizyjnej, a więc np. na podstawie art. 25 § 1 lub art. 27 § 1 pkt 1, jeżeli chodzi o sprzedaż wierzytelności (por. odpowiednio tu aktualne uwagi zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2002 r., I CKN 1137/99. OSNC 2003, nr 4, poz. 51). Należy więc w takim przypadku odróżnić statut przelewu, którym jest statut wierzytelności określający przesłanki przelewu, od statutu właściwego dla jednej z tych przesłanek, a mianowicie dla umowy zobowiązującej do przelewu. Odróżnienie statutu wierzytelności jako statutu przelewu od statutu kontraktowego jako prawa właściwego dla umowy zobowiązującej do przelewu jest tym bardziej uzasadnione wtedy, gdy według statutu wierzytelności umowa ta nie jest przesłanką przeniesienia wierzytelności. Rozgraniczenie zakresów zastosowania obu tych statutów może jednak niekiedy nastęrczać trudności. Niektóre problemy dotyczące przelewu, a mianowicie odnoszące się do stosunku pomiędzy cedentem i cesjonariuszem, jak w szczególności odpowiedzialność cedenta wobec cesjonariusza za istnienie wierzytelności i wypłacalność dłużnika, łączą się przede wszystkim z umową między cedentem a cesjonariuszem leżącą u podstaw przelewu. W związku z tym warto w tym miejscu zwrócić uwagę na wspomniane już wyżej, przyjęte w niektórych kodyfikacjach, rozwiązanie, zgodnie z którym zagadnienia dotyczące wyłącznie stosunku między stronami umowy o przelew podlegają prawu właściwemu dla stosunku prawnego, który stanowi podstawę przelewu (tak art. 145 ust. 4 prawa prywatnego międzynarodowego szwajcarskiego; zob. też art. 12 ust. 1 konwencji rzymskiej oraz art. 33 ust. 1 prawa prywatnego międzynarodowego niemieckiego). Oczywiście, podobnie jak w przypadku innych czynności prawnych, wskazanie prawa właściwego dla formy przelewu i zdolności prawnej oraz zdolności do czynności prawnych stron następuje odpowiednio na podstawie art. 12 i art. 9 p.p.m.

W świetle powyższych uwag prawem właściwym dla przelewu objętych sporem wierzytelności powinno być więc prawo mające zastosowanie do tych wierzytelności, czyli to, któremu podlegają stosunki zobowiązaniowe (umowy) będące źródłem tych wierzytelności. Należy zgodzić się z Sądem Okręgowym, że dwie ostatnie, doniosłe dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, dostawy towarów na rzecz Leszka W. i Zbigniewa W. przez przedsiębiorstwo „A.P.” (stwierdzone fakturami nr 2378 z 26 listopada 1997 r. i nr 2529 z 15 grudnia 1997 r.) nastąpiły w ramach zawartych przez te strony umów międzynarodo-

wej sprzedaży towarów podlegających konwencji wiedeńskiej. W odniesieniu do tych umów spełnione bowiem zostały wymagania art. 1 ust. 1 lit. a oraz art. 100 ust. 2 tej konwencji. Konwencja wiedeńska nie reguluje jednak przelewu roszczeń o zapłatę ceny, wynikających z podlegających jej umów sprzedaży. Choć więc jest ona prawem właściwym dla wspomnianych umów sprzedaży zawartych pomiędzy przedsiębiorstwem „A.P.” a Leszkiem W. i Zbigniewem W., i tym samym prawem właściwym dla wynikających z niej wierzytelności o zapłatę ceny, to jednak ze względu na brak w niej przepisów normujących przelew nie może być uznana za prawo właściwe dla przelewu tych wierzytelności (statut przelewu). Wobec niemożności wypełnienia tej luki w inny sposób prawo właściwe dla przelewu omawianych wierzytelności należy ustalić, zgodnie ze wskazówką zawartą w art. 7 ust. 2 *in fine* konwencji wiedeńskiej, na podstawie norm polskiego prawa prywatnego międzynarodowego. Według miarodajnego w niniejszej sprawie art. 27 § 1 pkt 1 p.p.m., prawem tym, tj. statutem wierzytelności i tym samym – co ma obecnie tylko znaczenie – statutem przelewu, jest prawo włoskie, a więc przede wszystkim art. 1260–1267 kodeksu cywilnego włoskiego, jeżeli ich zastosowania nie wyłączają przepisy szczególne; powinny tu być brane pod uwagę zwłaszcza przepisy dotyczące przelewu roszczeń przedsiębiorstwa. Przy okazji warto zaznaczyć, że zgodnie z art. 13 p.p.m. prawu włoskiemu poddane jest także przedawnienie dochodzonych w sprawie roszczeń. Konwencja nowojorska nie ma bowiem do tych roszczeń zastosowania ani na podstawie jej art. 3 ust. 1 lit. a, ani na podstawie jej art. 3 ust. 1 lit. b, ponieważ Włochy nie są stroną tej konwencji (zob. oświadczenie rządowe z dnia 22 marca 1996 r. w sprawie ratyfikacji konwencji nowojorskiej (Dz.U. Nr 45, poz. 283) oraz oświadczenie rządowe z dnia 22 marca 1996 r. w sprawie przystąpienia przez Rzeczpospolitą Polską do Protokołu o zmianie Konwencji o przedawnieniu w międzynarodowej sprzedaży towarów z 1974 r., sporządzonego w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r. (Dz.U. Nr 43, poz. 285)).

Zgodnie z powyższymi uwagami, prawo włoskie jako właściwe dla przelewu dochodzonych wierzytelności powinno więc decydować o przesłankach tego przelewu – a zatem przede wszystkim o tym, czy wierzytelności te były zbywalne i jaka umowa była wymagana do ich przeniesienia – o ewentualnych wymaganiach dotyczących skuteczności przelewu wobec dłużników, o skutkach przelewu, tj. w szczególności o chwili nabycia wierzytelności przez stronę powodową, o zakresie uprawnień nabytych przez stronę powodową, o zarzutach przysługujących dłużnikom względem strony powodowej. Wypada wspo-

mniej, że prawo włoskie nie wyróżnia w zakresie przelewu dwóch czynności: zobowiązującej i rozporządzającej, lecz ujmuje przelew jako jeden akt – umowę przeniesienia wierzytelności opartą na sprzedaży wierzytelności lub jakiejkolwiek innej umowie stanowiącej podstawę przelewu. Umowa taka przenosi wierzytelność ze skutkiem także wobec dłużnika; według stanowiska włoskiego orzecznictwa, za wiadomienie dłużnika o przelewie (art. 1264 kodeksu cywilnego włoskiego) ma na celu – jak informują wypowiedzi włoskich autorów przeznaczone dla cudzoziemców – jedynie wyłączenie skutku zwalnającego świadczenia dłużnika spełnionego do rąk cedenta.

Twierdzenie skarżące o naruszeniu art. 25 § 1 p.p.m. przez niezastosowanie w sprawie prawa szwajcarskiego wybranego przez strony dla umowy przelewu może być rozumiane dwojako. Po pierwsze, w ten sposób, że cedent i cesjonariusz mogą poddać przelew wybranemu przez siebie prawu ze skutkiem wyłączającym właściwość dla niego statutu wierzytelności. Po drugie, twierdzenie to może być rozumiane w ten sposób, że chodzi w nim jedynie o możliwość wyboru prawa dla umowy leżącej u podstaw przelewu; za takim rozumieniem przemawia to, że klauzula wyboru prawa zawarta w umowie z dnia 24 sierpnia 1999 r. mówi o wyborze prawa dla „tej umowy”, a w „tej umowie” zawarte są postanowienia określające podstawę przelewu.

Twierdzenie skarżące rozumiane w pierwszy sposób nie zasługuje na akceptację. Oznaczałoby ono rozciągnięcie możliwości przewidzianej w art. 25 § 1 p.p.m. wyboru prawa także na kwestie, których nie sposób uznać za „swe stosunki w zakresie zobowiązań”. Jak wiadomo, w przypadku przelewu powstaje kompleks doniosłych zagadnień związanych z osobą dłużnika. Wybór dla przelewu przez cedenta i cesjonariusza innego prawa niż prawo właściwe dla wierzytelności mogłoby zatem naruszać interesy dłużnika. Rzecz znamienna, że nawet w tych systemach prawnych, w których dopuszcza się wybór prawa dla przelewu (art. 145 ust. 1 zd. 1 *in principio* prawa prywatnego międzynarodowego szwajcarskiego), skuteczność tego wyboru wobec dłużnika przelanej wierzytelności uzależnia się od jego zgody (art. 145 ust. 1 zd. 2 prawa prywatnego międzynarodowego szwajcarskiego). Jeżeli więc dłużnik i wierzyciel poddali swój stosunek zobowiązaniowy wybranemu przez siebie prawu, prawo to jako statut wierzytelności decydować będzie także o przelewie wierzytelności. Wybór natomiast przez cedenta i cesjonariusza dla przelewu innego prawa niż prawo właściwe dla wierzytelności jest na podstawie art. 25 § 1 p.p.m. niedopuszczalny i tym samym bezskuteczny.

W okolicznościach niniejszej sprawy prawem właściwym dla przelewu dochodzonych wierzytelności jest więc ostatecznie (oczywiście

z wyłączeniem formy (art. 12 p.p.m.) i zdolności (art. 9 p.p.m.)) prawo włoskie. Jak jednak już była o tym mowa, właściwość tego prawa nie wyklucza oceny niektórych przewidzianych w nim przesłanek przelewu według innego prawa. W związku z tym, że prawo włoskie łączy przeniesienie wierzytelności z umową stanowiącą podstawę przelewu (sprzedażą lub jakąkolwiek inną), ocena skuteczności takiej umowy, jako kwestia wstępna, podlega ocenie na podstawie prawa dla niej właściwego według miarodajnych polskich norm kolizyjnych. Taką miarodajną normą kolizyjną może być także art. 25 § 1 p.p.m. W związku z tym, rozumiejąc twierdzenie skarżącego o naruszeniu art. 25 § 1 p.p.m. przez niezastosowanie w sprawie prawa szwajcarskiego w drugi z przedstawionych wyżej sposobów, należałoby klauzulę wyboru prawa szwajcarskiego zawartą w art. 6 umowy z dnia 24 sierpnia 1999 r. respektować w odniesieniu do samej tej umowy jako przesłanki przelewu wierzytelności według prawa włoskiego. Nie powinno przy tym budzić wątpliwości, że w klauzuli tej nie chodzi o szwajcarskie prawo rzeczowe w rozumieniu norm odpowiadających przepisom książki drugiej polskiego kodeksu cywilnego, lecz o szwajcarskie (cywilne) prawo materialne, innymi słowy – prawo merytoryczne (w oryginale włoskim – *diritto materiale*).

Dotychczasowe uwagi na temat prawa właściwego dla dochodzonych wierzytelności i ich przelewu rzutują także na ocenę dwóch innych zarzutów zawartych w skardze kasacyjnej. Kwestia utraty ważności, a raczej skuteczności, umowy z dnia 24 sierpnia 1999 r. przed dniem wyrokowania przez Sąd Apelacyjny, łączona z zarzutem naruszenia art. 316 k.p.c., powinna być dokonana według prawa właściwego dla tej umowy. Z kolei o odsetkach za opóźnienie i dacie, od której należy je liczyć, powinno rozstrzygać prawo właściwe dla dochodzonych roszczeń.

Właściwość prawa obcego nie wyklucza możliwości zastosowania przez sąd polski do określonych kwestii obok tego prawa także prawa polskiego. Chodzi w tym miejscu o tzw. przepisy koniecznego zastosowania, do których zalicza się między innymi podyktowane względami polityki gospodarczej normy prawa dewizowego. Przelew wierzytelności, na który powołuje się strona powodowa, powinien być zatem oceniony także z punktu widzenia przepisów prawa dewizowego obowiązujących w dniu 24 sierpnia 1999 r. Poczynione w sprawie ustalenia nie dają jednak podstaw do podzielenia sformułowanego w skardze kasacyjnej zarzutu o naruszeniu art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 2 ust. 2 i art. 9 pkt 8 prawa dewizowego z 1998 r. W ocenie skarżącego strona powodowa powinna być traktowana, zgodnie z art. 2 ust. 2 prawa dewizowego, jako rezydent ze względu na to, że

zawierając umowę w dniu 24 sierpnia 1999 r., działała przez swe przedstawicielstwo mające siedzibę w kraju, tj. swego generalnego przedstawiciela na Polskę w osobie Krystyna Woltera z biurem w Warszawie. W konsekwencji dokonany tą umową przelew wierzytelności pomiędzy rezydentem i nierezydentem, zaliczany według powszechnej praktyki NBP do „pozostałego obrotu kapitałowego”, wymagał – zdaniem skarżącego – zezwolenia dewizowego. Otóż tak ujętego zarzutu nie można podzielić z następujących przyczyn. Prawo dewizowe nie określało bliżej pojęcia „przedstawicielstwo”. Wobec tego należy odwołać się do obowiązującego w tym czasie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 6 lutego 1976 r. w sprawie warunków, trybu i organów właściwych do wydawania zagranicznym osobom prawnym i fizycznym uprawnień do tworzenia przedstawicielstw na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej dla wykonywania działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 11, poz. 63 ze zm.). Z przeprowadzonych w sprawie ustaleń nie wynika jednak, aby umowa z dnia 24 sierpnia 1999 r. została zawarta z udziałem przedstawicielstwa strony powodowej w znaczeniu powołanego Rozporządzenia. Materiał sprawy wskazuje na to, że Krystyn W. jako przedstawiciel generalny na Polskę był jedynie pełnomocnikiem strony powodowej. W rezultacie nie istniały podstawy do zastosowania w sprawie art. 2 ust. 2 prawa dewizowego z 1998 r. Musiał więc także upaść dalszy wiosek skarżącego odwołujący się do prawa dewizowego z 1998 r. o tyle, o ile był on uwarunkowany zastosowaniem tego przepisu.

Z przedstawionych przyczyn wskazujących na częściową zasadność skargi kasacyjnej Sąd Najwyższy na podstawie art. 393¹³ k.p.c. orzekł, jak w sentencji.

Witold Kurowski

Prawo właściwe dla przelewu wierzytelności

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego

z dnia 19 grudnia 2003 r. (III CK 80/02)

Problematyce przelewu wierzytelności w ujęciu kolizyjnym Sąd Najwyższy nie poświęcał, jak dotąd, dużej uwagi. Ostatnie publikowane orzeczenia poruszające wspomnianą kwestię pochodzą z okresu międzywojennego¹. Z tym większą satysfakcją należy przyjąć wyrok Sądu Najwyższego z 19 grudnia 2003 r.², w sposób jednoznaczny rozstrzygający niektóre nasuwające się w tej materii wątpliwości. Zadanie to było o tyle trudniejsze, że polski ustawodawca do ustaw kolizyjnych, zarówno z 1926 r., jak również z 1965 r., nie wprowadził przepisów odnoszących się wprost do przelewu wierzytelności. Istniejąca luka długo czekała więc na wypełnienie³.

¹ Orz. SN z 20 maja 1931 r., Rw. 539/31. Orzecznictwo Sądów Polskich 1932, T. 11, poz. 22, s. 15–16; orz. SN z 31 marca 1932 r., Rw. 347/32. Orzecznictwo Sądów Polskich 1933, T. 12, poz. 125, s. 111–113.

² Wyrok SN z 19 grudnia 2003 r., III CK 80/02. „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2004, nr 5, s. 9; Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna 2005, nr 1, s. 17. Por. także głosę E. Wicczorek, w: „Gdańskie Studia Prawnicze” – *Przegląd orzecznictwa* 2005, nr 1–2, s. 65–71.

³ W polskiej doktrynie zagadnienie przelewu wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym podejmowali przede wszystkim: Z. Fenichel: *Prawo prywatne międzynarodowe i międzydzielnicowe*. Kraków 1928, s. 72; Idem: *Polskie prawo prywatne i procesowe. Studja*. Kraków 1936, s. 595; na tle ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r. – J. Skąpski: *Les obligations en droit international privé dans le cadre du commerce extérieur des pays socialistes*. „Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye” 1972, T. 2, s. 548; M.A. Zachariasiewicz: *Prawo właściwe dla zobowiązań z czynności prawnych w braku wyboru pra-*

Należy przypomnieć, że przelew wierzytelności jest czynnością rozporządzającą, na podstawie której dochodzi do przeniesienia prawa podmiotowego – wierzytelności, z majątku cedenta do majątku cesjonariusza. W większości wypadków, gdy wierzytelność pochodzi ze stosunku dwustronnie zobowiązującego, w następstwie cesji prosta dwustronna więź prawna zostaje wzbogacona o kolejny podmiot – nabywcę wierzytelności, na którego przechodzą uprawnienia. Dług ciąży natomiast dalej na zbywcy. W związku z przelewem nie następuje zatem wygaśnięcie stosunku zobowiązaniowego łączącego dłużnika przelanej wierzytelności i cedenta.

Trzeba ponadto wskazać, iż kolizyjnoprawna regulacja przelewu wierzytelności musi uwzględniać interesy stron umowy cesji. Powinna także zabezpieczać pozycję prawną osób trzecich (w szczególności dłużnika). Pogodzenie tych, często odmiennych, stanowisk podmiotów uwikłanych w tę czynność prawną nie jest zadaniem prostym.

W jaki zatem sposób do wskazanego zagadnienia podszedł Sąd Najwyższy i jakie rozwiązanie w wyroku z 19 grudnia 2003 r. przyjął? Zgodnie z tezą głosowanego orzeczenia, „artykuł 25 § 1 p.p.m. nie uprawnia do wyboru prawa dla przelewu wierzytelności”. Wyłączenie autonomii woli stron w tym zakresie ma na celu ochronę osób trzecich nieuczestniczących w umowie cesji. Jednocześnie, skoro strony nie mogą dla tej umowy wybrać prawa, to „przelew określonej wierzytelności podlega prawu właściwemu dla tej wierzytelności” (tj. prawu, jakiemu poddany został stosunek zobowiązaniowy łączący cedenta z dłużnikiem).

Przedstawione stanowisko Sądu Najwyższego wychodzi naprzeciw powszechnie dziś prezentowanym poglądom doktryny światowej⁴. Znajduje również oparcie w wielu zagranicznych orzeczeniach zapadłych w podobnych sprawach. Rozwiązanie to jest także aprobowane

wa w polskim prawie prywatnym międzynarodowym. Katowice 1989, s. 70, przyp. 9; E. Drozd: *Zastaw w prawie prywatnym międzynarodowym*. W: *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*. Red. A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar. Kraków 1994, s. 38; W. Kurowski: *Przelew wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2005, s. 19–251; M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2005, s. 162; Idem: *Zagadnienia kolizyjnoprawne przelewu wierzytelności*. W: *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sottysińskiemu*. Red. A. Nowicka. Poznań 2005, s. 889–899.

⁴ W polskiej doktrynie za wskazanym rozwiązaniem opowiedzieli się: Z. Feniichel: *Prawo...*, s. 72; Idem: *Polskie...*, s. 595; J. Skąpski: *Les obligations...*, s. 548; M.A. Zachariasiewicz: *Prawo...*, s. 70, przyp. 9; E. Drozd: *Zastaw...*, s. 38; M. Pazdan: *Prawo...*, s. 162; Idem: *Zagadnienia...*, s. 894.

przez obcych prawodawców⁵. Należy jednak wskazać, że pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy jest dominujący, ale nie jedyny. Po pierwsze bowiem, niektórzy ustawodawcy wprost dopuszczają wybór prawa dla umowy przelewu wierzytelności (czynności rozporządzającej)⁶, po drugie, w literaturze światowej korzystanie ze wskazanego łącznika obiektywnego do wyznaczania statutu cesji jest kwestionowane jako przysparzające w wielu wypadkach trudności⁷. W jego miejsce proponuje się zastosowanie innych rozwiązań, umożliwiających lepsze zabezpieczenie interesów wszystkich zainteresowanych podmiotów⁸.

W sprawie będącej podstawą rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego przedsiębiorca mający siedzibę we Włoszech zawarł z podmiotem szwajcarskim umowę, w której strony wyraziły wolę przeniesienia wierzytelności przysługujących włoskiemu przedsiębiorcy wobec współników spółki cywilnej mieszkających w Polsce. Umowa zawierała klauzulę wyboru prawa, jednakże została dość niefortunnie sformułowana. Strony bowiem uzgodniły, że „podlega ona [umowa] szwajcarskiemu prawu rzeczowemu”. Tymczasem problematyka przelewu wierzytelności znalazła swe unormowanie w szwajcarskim kodeksie zobowiązań (art. 164–174), a nie w „prawie rzeczowym”. Jednak nie ta nieścisłość stała się podstawą odmowy dopuszczenia kolizyjnoprawnej autonomii woli stron dla umowy przelewu wierzytelności – przy dokonywaniu wykładni klauzuli wyboru prawa należy bowiem wnikliwie analizować rzeczywistą wolę podmiotów zawierających daną umowę, która w tym wypadku, co prawda nieudolnie, ale w sposób wystarczająco wyraźny, została wyartykułowana. Sąd Najwyższy uznał za niedopuszczalny wybór prawa dla umowy cesji z powodu możliwego naruszenia pozycji dłużnika nieuczestniczącego w dokonywaniu transakcji. Przedstawiony argument jest trafny, choć interes dłużnika można chronić w inny sposób, niekoniecznie definitywnie wyłączając autonomię woli stron umowy przelewu. Otóż za wystarczające należy uznać uzależnienie skuteczności wyboru prawa od sta-

⁵ Por. m.in.: art. 12 ust. 2 konwencji rzymskiej; art. 33 ust. 2 EGBGB; art. 120 ust. 1 p.p.m. rumuńskiego; art. 145 ust. 1 p.p.m. szwajcarskiego; art. 65 ust. 2 p.p.m. tunezyjskiego; por. również § 45 austriackiej ustawy związkowej o prawie prywatnym międzynarodowym z 1978 r.; art. 1127 ust. 1 pkt 7 k.c. białoruskiego; § 11 p.p.m. czeskiego i słowackiego; § 30 ust. 1 węgierskiego dekretu z 1979 r. o prawie prywatnym międzynarodowym.

⁶ Por. m.in.: § 11 p.p.m. czeskiego i słowackiego; art. 65 p.p.m. tunezyjskiego; art. 145 ust. 1 p.p.m. szwajcarskiego; art. 120 p.p.m. rumuńskiego.

⁷ Por. w tym zakresie W. Kurowski: *Przelew...*, s. 128–132.

⁸ Por. ibidem, s. 115–125, 132–144.

nowiska dłużnika. W ten sposób o zabezpieczenie interesów tego podmiotu zadbał prawodawca szwajcarski (art. 145 ust. 1 *in fine*), rumuński (art. 120 ust. 1 *in fine*) i tunezyjski (art. 65).

Przeciwko dopuszczalności wyboru prawa dla umowy przelewu wierzytelności przemawia przede wszystkim inny argument, o którym Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do głosowanego orzeczenia nie wspomniał. Przelew wierzytelności jest czynnością rozporządzającą, na podstawie której następuje przeniesienie prawa podmiotowego z majątku cedenta do majątku cesjonariusza. Jest ona skuteczna *erga omnes*, tak więc z chwilą przejścia wierzytelności na cesjonariusza wierzyciele cedenta tracą możliwość uzyskania z niej zaspokojenia. Z kolei wierzyciele cesjonariusza w tym samym momencie uzyskują sposobność wyegzekwowania swoich należności z dodatkowego aktywu majątkowego, który zasilil majątek nabywcy. Przelew wierzytelności może więc wpływać na interesy tychże podmiotów. Przy konstruowaniu przepisów kolizyjnych, umożliwiających wskazanie prawa właściwego dla przelewu wierzytelności, należy więc uwzględniać nie tylko konieczność ochrony pozycji dłużnika, ale również innych osób trzecich (nieuczestniczących bezpośrednio w transakcji), na których sytuację prawną cesja wywiera wpływ. Poza wskazanymi wierzycielami cedenta i cesjonariusza, do kategorii tej należy zaliczyć: kolejnych cesjonariuszy (jeśli dana wierzytelność jest przedmiotem wielokrotnego przelewu) oraz innych cesjonariuszy (jeśli dana wierzytelność jest przedmiotem kilkukrotnego przelewu, dokonywanego przez tego samego cedenta). Trzeba także pamiętać, że przelew wierzytelności może wpływać w określony sposób na postępowanie upadłościowe (układowe lub inne podobne) cedenta, w szczególności przez modyfikację składu jego masy upadłości. W tym zakresie jako osobę trzecią, zainteresowaną nieuszczipianiem majątku cedenta, trzeba również wskazać syndyka masy upadłości (inny podmiot sprawujący nadzór nad tym majątkiem). Z podobną sytuacją możemy mieć do czynienia, choć w nieco innym zakresie, w wypadku upadłości cesjonariusza.

Kolizyjnoprawna autonomia woli stron umowy przelewu wierzytelności umożliwia naruszanie interesów osób trzecich. Cedent z cesjonariuszem mogą bowiem przez odpowiedni wybór prawa właściwego dla cesji korzystnie, z własnego punktu widzenia, wpływać na między innymi chwilę przejścia prawa podmiotowego czy też przesłanki skuteczności przeniesienia wierzytelności. O ile w odniesieniu do dłużnika tym negatywnym konsekwencjom wyboru prawa dla przelewu wierzytelności można przeciwdziałać przez konieczność uzyskania akceptacji dłużnika na dokonany wybór (w braku zgody – zastosowanie znajdzie prawo wskazane za pośrednictwem łączników

obiektywnych), o tyle co do innych osób trzecich, z powodów oczywistych, wspomniana konstrukcja nie może zostać zastosowana.

Podsumowując, należy przychylnie odnieść się do wyrażonego w głosowanym orzeczeniu stanowiska Sądu Najwyższego wyłączającego dopuszczalność wyboru prawa dla przelewu wierzytelności⁹.

De lege lata z aprobatą należy także przyjąć poddanie przelewu wierzytelności prawu właściwemu dla stosunku zobowiązaniowego będącego źródłem przenoszanej wierzytelności (prawu przelewanej wierzytelności).

Koncepcja ta zakłada szerokie ujęcie zakresu statutu obligacyjnego, regulującego stosunek prawny łączący wierzyciela (cedenta) z dłużnikiem, obejmującego także podmiotowe zmiany tego stosunku tak po stronie wierzyciela, jak i dłużnika. Poddanie przelewu prawu przenoszanej wierzytelności zapewnia ponadto tak ważną dla czynności rozporządzających pewność powiązania. Ewentualne zmiany statutu obligacyjnego (dokonane zarówno przed przelewem, jak i po nim) nie zachwieją tej stabilności. Ważnym argumentem przemawiającym za aprobowanym przez Sąd Najwyższy rozwiązaniem kolizyjnym jest jego zbieżność z regulacją zawartą w konwencji rzymskiej¹⁰, stanowiącej źródło prawa prywatnego międzynarodowego dla państw-członków Unii Europejskiej. Niestety, przepis art. 12 tego aktu, normujący problematykę przelewu wierzytelności, jest przez sądy poszczególnych państw członkowskich niejednolicie interpretowany. Z pozoru jednoznaczne reguły stały się podstawą skrajnie odmiennych w treści orzeczeń sądowych. Spór dotyczy przede wszystkim wykładni ust. 1 tego artykułu. O ile bowiem występujące w nim sformułowanie „zobowiązania między cedentem a cesjonariuszem” odnozione jest przez judykaturę i przedstawicieli doktryny powiązanych z romańskim kręgiem prawnym do umowy prowadzącej do przeniesienia wierzytelności (zgodnie z występującą w tych systemach konstrukcją umów o podwójnym zobowiązująco-rozporządzającym skutku), o tyle przez sądy i doktrynę wywodzące się z germańskiego nurtu prawa postanowienie to wiązane jest jedynie z umową zobowiązu-

⁹ Odmienne stanowisko wyraziła E. Wieczorek w głosie do omawianego orzeczenia („Gdańskie Studia Prawnicze” – *Przegląd orzecznictwa* 2005, nr 1–2, s. 70–71).

¹⁰ Konwencja 80/934 Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych została podpisana w Rzymie 19 czerwca 1980 r., weszła w życie 1 kwietnia 1991 r. Tekst konwencji w tłumaczeniu W. Popiołka został opublikowany w „Problemach Prawnych Handlu Zagranicznego” 1983, T. 7, s. 124–137, a w tłumaczeniu J. Poczobuta w „Przeglądzie Stosunków Międzynarodowych” 1983, nr 6, s. 113–120 oraz nr 8, s. 75–79, a także w: J. Poczobut: *Kodyfikacje prawa prywatnego międzynarodowego*. Warszawa 1991, s. 161–168.

jąca do dokonania przelewu, a nie z samym przeniesieniem wierzytelności. Wskazany dualizm wykładni art. 12 ust. 1 konwencji rzymskiej prowadzi do sytuacji, w której sądy w niektórych państwach dopuszczają wybór prawa dla umowy przelewu wierzytelności (z powołaniem się na art. 12 ust. 1 konwencji, który miałby dotyczyć również czynności rozporządzającej)¹¹, a w innych są jemu przeciwne (jeśli w art. 12 ust. 1 konwencji znajdują jedynie regulację umowy zobowiązującej do przelewu)¹².

Z tezy orzeczenia z 19 grudnia 2003 r. oraz z jego uzasadnienia wynika, że polski Sąd Najwyższy przyjął wykładnię art. 12 konwencji rzymskiej zaczerpniętą z niemieckiej myśli prawniczej. Odrzucił bowiem dopuszczalność wyboru prawa dla przelewu wierzytelności (na podstawie art. 12 ust. 1 konwencji), a jako statut przelewu wskazał prawo przenoszonej wierzytelności (na podstawie szeroko ujmowanego art. 12 ust. 2 konwencji). Słusznie zatem dokonano rozgraniczenia czynności zobowiązującej do przelewu (poddanej odrębnej kolizyjnoprawnej ocenie) od samej cesji (czynności rozporządzającej). Dzięki temu strony mogą dokonać wyboru prawa dla umowy zobowiązującej (najczęściej umowy sprzedaży wierzytelności) – jest to bowiem czynność wywołująca skutki jedynie *inter partes*, a sam przelew – skuteczny *erga omnes*, podlegać będzie zawsze prawu wskazanemu za pośrednictwem łącznika obiektywnego. Wyłączenie autonomii woli stron w tym zakresie ma za zadanie ochronę osób trzecich.

Aprobując *de lege lata* rozwiązanie przyjęte przez Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 19 grudnia 2003 r., nie sposób nie zauważyć wad, które mu towarzyszą. Do najważniejszych jego mankamentów należą: trudności ze wskazaniem statutu przelewu wierzytelności w wypadku poddania zobowiązania więcej niż jednemu systemowi prawnemu (w sytuacji częściowego lub złożonego wyboru prawa), faktyczny brak możliwości określenia statutu przelewu wierzytelności przyszłych, w szczególności wierzytelności przyszłych *sensu stricto*, praktyczne trudności w zastosowaniu proponowanego rozwiązania do czynności, na podstawie których ma nastąpić przelew wielu wierzytelności poddanych różnym prawom (między innymi w wypadku cesji globalnej), trudności w ustaleniu statutu przelewu wierzytelności z pozycji osób trzecich, nieuczestniczących w czynności prawnej (np.: wierzycieli ce-

¹¹ Por. np. szeroko komentowane orz. hol. SN z 16 maja 1997 r., *Brandsma q.q. c/a Hansa*. „Netherlands International Law Review” 1998, vol. 45, s. 129–132.

¹² Szczegółowego omówienia art. 12 konwencji rzymskiej oraz przedstawienia argumentacji zwolenników obu sposobów wykładni tego przepisu dokonał W. Kurowski: *Przelew...*, s. 47–54.

denta, wierzycieli cesjonariusza, syndyka masy upadłości cedenta lub cesjonariusza), czy też trudności w ustaleniu przez cesjonariusza rzeczywistego statutu przelewu wierzytelności w razie nierzetelnego postępowania stron stosunku zobowiązaniowego (cedenta i dłużnika).

Warto także podnieść, że wskazany łącznik może wydawać się „nienaturalny” w wypadku dokonywania w danym państwie, przez podmioty mające w tym państwie siedziby (miejsca zamieszkania), przelewu wierzytelności poddanej prawu innego państwa. Wówczas, zgodnie z aprobowanym przez Sąd Najwyższy rozwiązaniem kolizyjnym, przelew wierzytelności będzie podlegał prawu tego innego państwa.

Niektóre wskazane mankamenty poddania przelewu prawu właściwemu dla przenoszonej wierzytelności mają zostać wyeliminowane w rozporządzeniu przygotowywanemu w ramach Unii Europejskiej, które powinno zastąpić krytykowaną konwencję rzymską. Zgodnie z propozycjami, odpowiednik art. 12 obecnie obowiązującej regulacji zostanie uzupełniony o ust. 3, zgodnie z którym skuteczność cesji wobec osób trzecich podlegałaby prawu miejsca zwyczajnego pobytu (siedziby) cedenta z chwili dokonania przelewu. Rozwiązanie to bliskie jest kolizyjnoprawnemu unormowaniu problematyki skuteczności przelewu wobec osób trzecich w konwencji nowojorskiej¹³ (por. art. 30).

Na marginesie warto także wspomnieć, że w orzecznictwie i światowej doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego można spotkać propozycje wykorzystania innych łączników w celu wskazania prawa właściwego dla przelewu wierzytelności. Oprócz aprobowanego przez Sąd Najwyższy poglądu opowiadającego się za właściwością prawa przelewanej wierzytelności dla umowy cesji, broni się także stanowiska, zgodnie z którym przelew mógłby zostać poddany między innymi prawu miejsca położenia wierzytelności (*lex sitae*), prawu właściwemu dla czynności zobowiązującej do dokonania przelewu, prawu wybranemu przez strony umowy przelewu (negowana przez Sąd Najwyższy koncepcja autonomii woli stron w tym zakresie), prawu miejsca zamieszkania lub siedziby cedenta, prawu miejsca dokonania przelewu wierzytelności (zawarcia umowy cesji), prawu „najbar-

¹³ Konwencja Narodów Zjednoczonych o przelewie wierzytelności w handlu międzynarodowym (rezolucja nr 56/81 z 12 grudnia 2001 r.). Konwencja nowojorska obecnie nie obowiązuje. Została dotychczas podpisana przez Luksemburg, Madagaskar i USA; przystąpiła do niej Liberia. Tekst konwencji w tłumaczeniu W. Kurowskiego został opublikowany wraz z wprowadzeniem w „Kwartalniku Prawa Prywatnego” 2004, z. 4, s. 1133–1193.

dziej odpowiedniemu” dla przelewu – *proper law* (indywidualnie ustanowionemu w każdym konkretnym wypadku), czy też prawu miejsca zamieszkania (siedziby) dłużnika¹⁴.

Niewątpliwie stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w głosowanym orzeczeniu jest jednak dominujące. W tym też kierunku zmierzają prace nad nową Ustawą o prawie prywatnym międzynarodowym¹⁵.

¹⁴ Por. W. Kurowski: *Przelew...*, s. 113–144.

¹⁵ Por. m.in. M. Paźdzan: *Założenia i główne kierunki reformy prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce*. „Państwo i Prawo” 1999, z. 3, s. 21; I d e m: *O potrzebie reformy polskiego prawa prywatnego międzynarodowego i niektórych proponowanych rozwiązaniach*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, z. 3, s. 505, 509; W. Popiołek: *Zobowiązania umowne w prawie prywatnym międzynarodowym. Uwagi „de lege ferenda”*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, z. 3, s. 626, 636; por. także A. Kozakiewicz, W. Kurowski: *Co dalej z kodyfikacją prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce?* „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, z. 4, s. 931.

Maciej Zachariasiewicz, Łukasz Żarnowiec

Dorozumiany wybór prawa

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego

z dnia 8 stycznia 2003 r., II CKN 1077/00, niepubl.

Głosowany wyrok Sądu Najwyższego, mimo relatywnie prostego stanu faktycznego i skromnego uzasadnienia, zasługuje na szersze omówienie. Nieczęsto wszak zdarza się, by w jednym orzeczeniu doszło do skumulowania tylu zagadnień z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego. Tymczasem w analizowanym przypadku Sąd Najwyższy zajął się kwestiami tak istotnymi, jak dorozumiany wybór prawa, określenie właściwości prawa dla stosunków majątkowych małżeńskich oraz zagadnienie tzw. substytucji.

Stan faktyczny, z którym zetknął się Sąd Najwyższy w głosowanym orzeczeniu, przedstawiał się następująco:

Pozwana zleciła córce i zięciowi – obywatelowi włoskiemu – zakup urządzeń barowych, zobowiązując się na piśmie do zwrotu poniesionych przez nich wydatków. W związku z powyższym powód wraz z żoną – pozostający wówczas w małżeńskiej wspólności majątkowej – z własnych środków nabyli wspomniane urządzenie i ponieśli koszty jego transportu. Wydatki te nie zostały im jednak zwrócone przez pozwaną, co skłoniło powoda do wystąpienia przeciwko teściowej na drogę sądową.

Sąd pierwszej instancji uwzględnił powództwo w całości, natomiast apelacja, która skierowana została przeciwko temu rozstrzygnięciu, została oddalona. Sąd Apelacyjny, uzasadniając swe stanowisko, przyjął przede wszystkim, że powód był czynnie legitymowany w oma-

wianej sprawie, zgodnie z art. 180 k.c. włos.¹, właściwym dla oceny stosunków majątkowych małżonków w myśl art. 17 § 1 p.p.m. Przepis art. 180 k.c. włos. zbieżny jest z regulacją polską. Do jego wykładni należało zatem – zdaniem Sądu – odnieść dorobek rodzimego orzecznictwa, co pozwoliło uznać, iż dochodzenie wierzytelności wspólnej – jako czynność zachowawcza – nie wymaga współdziałania obojga małżonków. Z kolei materialnoprawną podstawę roszczenia strony powodowej stanowił art. 742 k.c. pol.

W kasacji pozwana zarzuciła naruszenie art. 177, art. 180 oraz art. 215 k.c. włos. w zw. z art. 17 § 1 p.p.m. przez zamienne stosowanie do stosunków majątkowych małżonków prawa polskiego i włoskiego, a w rezultacie błędne przyjęcie czynnej legitymacji powoda, i wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Kasacja nie odniosła zamierzonego rezultatu. Sąd Najwyższy uznał bowiem, że wykładnia przepisów k.c. włos., regulujących stosunki majątkowe małżonków przez pryzmat dorobku orzecznictwa polskiego – jako oparta na tzw. substytucji – była zabiegiem prawidłowym, zaś właściwość prawa polskiego dla zawartej przez strony umowy wynikała z art. 25 § 1 p.p.m. i dokonanego przez kontrahentów dorozumianego wyboru prawa.

Kwestię, którą w pierwszej kolejności zmuszone były rozstrzygnąć sądy orzekające w sprawie, stanowiła legitymacja czynna powoda. Jak wynika bowiem z uzasadnienia wyroku, pozwana zleciła zakupienie urządzeń barowych zięciowi i córce. Tymczasem powództwo o zwrot poniesionych w związku z realizacją zlecenia wydatków wytoczył wyłącznie ten pierwszy.

Reżim wspólności lub rozdzielności majątkowej, jak również zasady zarządu majątkiem wspólnym należą do zakresu statutu stosunków osobistych i majątkowych między małżonkami², tj. prawa wskazanego za pośrednictwem normy kolizyjnej wyrażonej w art. 17 § 1 p.p.m. Zgodnie z treścią tego przepisu, stosunki osobiste i majątkowe między małżonkami podlegają ich każdoczesnemu wspólnemu prawu ojczySTEM, które rozstrzyga również o dopuszczalności zawarcia, zmiany lub rozwiązania majątkowej umowy małżeńskiej. Stosunki majątkowe wynikające z majątkowych umów małżeńskich podlegają jednakże wspólnemu prawu ojczySTEM małżonków z chwili zawarcia umowy (art. 17 § 2 p.p.m.). W braku wspólnego prawa ojczySTEM w obu przypadkach

¹ Kodeks cywilny z 16 marca 1942 r. („Gazzetta Ufficiale”, n. 79 del 4 aprile 1942).

² Por. np.: W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo prywatne*. Warszawa 1990, s. 153; M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2002, s. 208.

sięgnąć należy natomiast do art. 17 § 3 p.p.m., posługującego się łącznikiem wspólnego miejsca zamieszkania małżonków, zaś w braku i tego powiązania – przewidującego właściwość prawa polskiego.

W analizowanym przypadku sądy niższych instancji, celem określenia prawa właściwego do oceny legitymacji czynnej powoda, posłużyły się art. 17 § 1 p.p.m., czego nie zakwestionował również Sąd Najwyższy. Jak wynika z poczynionych wcześniej uwag, taką metodę postępowania uznać należy za słuszną. Ze względu jednak na szczupłość uzasadnienia głosowanego wyroku ocena ta musi być uzupełniona kilkoma zastrzeżeniami.

Przede wszystkim przytoczone w uzasadnieniu ustalenia faktyczne wskazują jedynie, że małżonkowie w chwili przyjęcia zlecenia pozostawali w małżeńskiej wspólności majątkowej. Nie wynika stąd jednak jeszcze, czy nie zawarli oni – czy to wcześniej, czy to dopiero później – umowy majątkowej małżeńskiej. Gdyby umowa taka w dacie wytoczenia powództwa istniała i była ważna, skutki jej mogłyby okazać się istotne dla oceny legitymacji czynnej powoda. Konieczne byłoby zatem sięgnięcie do normy wyrażonej w art. 17 § 2 p.p.m.

Przytoczone ustalenia faktyczne, dotyczące stosunków między zleceniobiorcami, odnoszą się do momentu, w którym zlecenia udzielono. Brak natomiast jakichkolwiek uwag odnośnie do stanu na dzień wytoczenia powództwa. Zwrócić należy zatem uwagę na subokreślnik temporalny normy kolizyjnej wyrażonej w art. 17 § 1 p.p.m., która przewiduje właściwość każdorazowego wspólnego prawa ojczystego małżonków.

Taki sposób ujęcia przepisu sprawia, że każdorazowa zmiana w obrębie elementu pełniącego funkcję łącznika – tu: obywatelstwo małżonków – może skutkować zmianą statutu. W przypadku normy z art. 17 § 1 p.p.m. do sytuacji takiej dojdzie zawsze, ilekroć małżonkowie przyjmą wspólnie obywatelstwo innego państwa. Wówczas bowiem to jego prawo stanie się właściwe do oceny stosunków osobistych i majątkowych między małżonkami.

Niemniej jednak również i innych zmian w obrębie czynnika obywatelstwa małżonków nie można lekceważyć. W przypadku bowiem przyjęcia obywatelstwa innego państwa tylko przez jednego z nich o właściwości prawa zadecyduje norma kolizyjna wyrażona w art. 17 § 3 p.p.m. Posługuje się ona łącznikiem każdorazowego wspólnego domicylu obojga małżonków, a w jego braku przewiduje właściwość prawa polskiego.

Może zatem okazać się, że zmiana obywatelstwa po stronie jednego tylko z małżonków nie przyniesie zmiany statutu ich stosunków osobistych i majątkowych. Tak będzie wówczas, gdy oboje małżonko-

wie zamieszkują w państwie, którego obywatelstwo dotąd wspólnie posiadali. Jeżeli jednak jest inaczej, to zmiana statutu nastąpi, pomimo że jeden z małżonków pozostał przy obywatelstwie dotychczasowym.

Norma kolizyjna wyrażona w art. 17 § 3 p.p.m. okaże się miarodajna również wówczas, gdy nowe obywatelstwo przyjmą oboje małżonkowie, jednakże w przypadku każdego z nich będzie to obywatelstwo innego państwa.

Zmiana statutu wiąże się z koniecznością rozgraniczenia zakresów działania dochodzących kolejno do głosu systemów prawnych. Ustawa z 1965 r. zagadnienia tego nie rozstrzyga w sposób ogólny. Wydaje się, że jako regułę przyjąć należy właściwość danego statutu dla zdarzeń mających miejsce pod jego rządami. Oznacza to, że nowy statut uzyskuje pełną swobodę działania w swym przedziale czasowym (tzw. natychmiastowe działanie nowego statutu), nie może jednakże działać wstecz i być stosowany do oceny skutków zdarzeń, które nastąpiły w okresie powiązania dotychczasowego³.

Tok rozumowania sądów w niniejszej sprawie może być zatem uznany za prawidłowy jedynie przy założeniu, iż posługując się art. 17 § 1 p.p.m. nie poprzestały one na ocenie stanu występującego w dacie udzielenia zlecenia (jak mogłoby sugerować uzasadnienie wyroku), ale oparły się na powiązaniach aktualnych (czemu jednak należało dać wyraz).

Trzeba wreszcie zauważyć, że o ile głosowane orzeczenie wspomina wyraźnie o obywatelstwie powoda, o tyle kwestię tę pomija milczeniem w przypadku jego małżonki. Posłużenie się normą art. 17 § 1 p.p.m. można zatem uznać za trafne jedynie pod warunkiem, że małżonkowie byli w dacie wytoczenia powództwa obywatelami tego samego państwa z dodatkowym zastrzeżeniem, iż przypadek obywatelstwa wielorakiego musiałby być rozstrzygany przy zastosowaniu art. 2 p.p.m. Gdyby przykładowo okazało się, że małżonka powoda, oprócz obywatelstwa włoskiego, zachowała również obywatelstwo polskie, w świetle art. 2 § 1 p.p.m. prawnie istotne byłoby wyłącznie to drugie. Statutu stosunków majątkowych małżeńskich należałoby wówczas poszukiwać z zastosowaniem art. 17 § 3 p.p.m.

O ile sam mechanizm określenia regulacji właściwej do oceny legitymacji czynnej powoda, przy uwzględnieniu powyższych zastrzeżeń, zasługuje na aprobatę, o tyle sposób jej zastosowania rodzi uwagi krytyczne. Zdaniem Sądu Najwyższego, w pełni prawidłowa jest bowiem praktyka sądów niższych instancji, polegająca na wykładni –

³ Por. M. P a z d a n: *Prawo prywatne...*, s. 68; odmiennie: W. L u d w i c z a k: *Międzynarodowe prawo...*, s. 81.

miarodajnego do oceny zasad zarządu majątkiem wspólnym małżonków – art. 180 k.c. włos. przy zastosowaniu dorobku nauki i orzecznictwa polskiego w zakresie, w jakim wyjaśniają one pojęcie czynności zwykłego zarządu oraz czynności zarząd taki przekraczających. Zabieg taki – określany w głosowanym wyroku mianem substytucji – sąd ten uznaje za dopuszczalny, o ile tylko dana instytucja prawa obcego znajduje swój odpowiednik w prawie krajowym, zaś pojęcia zaczerpnięte z innego porządku prawnego zachowają sens, jaki tam im się nadaje.

Ze stanowiskiem takim trudno się zgodzić. Wyjść należy przede wszystkim od stwierdzenia, że w nauce prawa prywatnego międzynarodowego pojęciem substytucji zwykło się określać zupełnie inne działanie, podejmowane w odmiennych sytuacjach. Chodzi mianowicie o przypadki, w których w toku wykładni i stosowania przepisów prawa właściwego, przy ocenie występowania określonych nimi przesłanek, zajdzie konieczność uwzględnienia refleksów zdarzeń ukształtowanych pod rządami lub wpływem innego systemu prawnego⁴. Niezbędne może okazać się wówczas porównanie obcych pojęć lub instytucji prawnych z pojęciami lub instytucjami ujętymi w hipotezie własnej normy merytorycznej. Jako przykład tego rodzaju sytuacji wskazuje się konieczność rozstrzygnięcia, jak w sprawie spadkowej, podlegającej prawu różnicującemu dziedziczenie ustawowe w zależności od przysposobienia pełnego bądź niepełnego, traktować przysposobienie dokonane pod rządami systemu prawnego, znającego jeden tylko jego typ⁵. Innym przykładem może być sposób traktowania jednoosobowej niemieckiej spółki GmbH w kontekście przepisów polskiego prawa spółek, zakazujących tworzenia spółek kapitałowych wyłącznie przez jednoosobową spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością⁶.

Wydaje się oczywiste, że sytuacja, z jaką zetknął się Sąd Najwyższy w głosowanym wyroku, nie ma zgoła nic wspólnego z przypadkami tego rodzaju. W trakcie wykładni przepisów k.c. włos., regulujących zasady zarządu majątkiem wspólnym małżonków, nie wystąpiła bynajmniej konieczność oceny pojęć czy instytucji prawnych ukształtowanych pod rządami bądź wpływem innego prawa – tu: polskiego. Wręcz przeciwnie, chodziło jedynie o odróżnienie czynności zwykłego zarządu od czynności zakresów przekraczających, celem zaklasyfikowania dochodzenia wierzytelności wspólnej do jednej ze wspomnianych grup. Choć kategorie te występują również w prawie polskim, nie zmienia to faktu, że winny być oceniane autonomicznie

⁴ Por. M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 80.

⁵ Por. *ibidem*.

⁶ Por. *Postanowienie SN z 28.06.1997 r. II CKN 137/07. OSN 1997, nr 10, poz. 154.*

w ramach właściwego im systemu prawnego (włoskiego). Treść i obowiązywanie art. 180 k.c. włos. należało zatem ustalać zgodnie z zasadami przyjętymi w tym państwie, korzystając z dorobku jego nauki i judykatury – tak, jak postąpiłby sędzia włoski⁷. Prawo obce stosuje się zawsze jako takie. Dokonywanie jego wykładni z punktu widzenia własnego porządku prawnego narusza podstawowe zasady stosowania prawa obcego. W analizowanym przypadku nie sposób wszak wykluczyć, że mimo zbieżności pojęciowej z prawem polskim, w obrębie prawa włoskiego granica między czynnościami zwykłego zarządu a czynnościami zakres ów przekraczającymi przebiega odmiennie.

Sam mechanizm wykładni art. 180 k.c. włos. okazał się zatem w niniejszej sprawie błędny, prowadząc do zatarcia odrębności między wchodzącymi w grę systemami prawnymi i stworzenia hybrydy, łączącej elementy ich obu. W rezultacie sądy oparły rozstrzygnięcie nie na prawidłowo zastosowanej normie prawa właściwego, ale na swym wyobrażeniu o treści tejże normy.

Zasadniczym rozstrzygniętym w orzeczeniu zagadnieniem jest jednak kwestia tzw. dorozumianego wyboru prawa. W tezie głosowanego wyroku Sąd Najwyższy w pełni akceptuje taki sposób wskazania regulacji właściwej stosunkowi umownemu. Stwierdza on, że „oświadczenie woli stron w tym przedmiocie może być wyraźne lub dorozumiane” i dalej, że „dorozumiana wola stron może wynikać pośrednio z postanowień kontraktu, zachowania się stron w trakcie jego zawierania, jak i po zawarciu”.

Z przytoczonym stwierdzeniem nie sposób się nie zgodzić. Niemniej jednak teza ta wymaga rozwinięcia.

Analizę dopuszczalności wyboru prawa rozpocząć należy od stwierdzenia, że – wedle przeważającego nie tylko w polskiej, ale również i w obcej doktrynie poglądu – wybór prawa jest czynnością prawną prawa prywatnego międzynarodowego, nie zaś wyłącznie czynnością faktyczną (faktem społecznym)⁸. To zaś oznacza, że należy odszu-

⁷ Por. W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo...*, s. 90; M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 75.

⁸ Zob.: W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo...*, s. 192; M. Sośniak: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Katowice 1991, s. 123; M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 130; K. Bagan-Kurluta: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2002, s. 209; A. Heldrich, in: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. Hrsg. P. Bassenge. München 1996, s. 2296; H. Heiss, in: *EVÜ. Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen. Kommentar*. Hrsg. D. Czernich, H. Heiss. Wien 1999, s. 43; G. Kegel, in: G. Kegel, K. Schurig: *Internationales Privatrecht*. München 2000, s. 573; P. Mankowski, in: *Internationales Privatrecht*. Hrsg. Ch. v. Bar, P. Mankowski. München 2003, s. 601.

kać normy prawne właściwe do jego oceny⁹. W ich świetle zadecydować trzeba będzie o dopuszczalności dokonania wyboru prawa w sposób dorozumiany, jak również o jego istnieniu i ważności.

Wedle dominującego w literaturze poglądu, kwestia samej dopuszczalności dorozumianego wyboru prawa podlega kolizyjnej *lex fori*¹⁰. W przypadku więc, gdy strony spierają się przed sądem polskim, zadecydują o tym przepisy polskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym (a ściślej: art. 25 obecnie obowiązującej ustawy).

Jakkolwiek nie wynika to wprost z art. 25 p.p.m., powszechnie przyjmuje się, że wybór prawa może nastąpić nie tylko wyraźnie, ale i w sposób dorozumiany. Stanowisko takie pozostaje w zgodzie z rozwiązaniem przyjętym w większości obcych ustawodawstw kolizyjnych. Nie jest ono kwestionowane w judykaturze i nauce prawa, przeto nawet w wypowiedziach postulujących wprowadzenie zmian w regulacji wyboru prawa dla zobowiązań z umów za zbyt czne uznano wyraźne potwierdzenie dopuszczalności wyboru dorozumianego w tekście ustawy¹¹.

Nieco więcej kłopotów stwarza określenie regulacji właściwej do oceny istnienia i ważności dorozumianego wyboru prawa. W literaturze polskiej zarysowały się w tym względzie dwa stanowiska. Wedle pierwszego z nich, ocena zarówno istnienia, jak i ważności oświadczenia woli w przedmiocie dorozumianego wyboru prawa (z wyjątkiem zdolności oraz – zdaniem niektórych¹² – formy, należących do zakre-

⁹ Zob. M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 131.

¹⁰ Taki pogląd dominuje zarówno w literaturze polskiej, jak i obcej. W literaturze polskiej zob.: J. Skąpski: *Autonomia woli w prawie międzynarodowym prywatnym w zakresie zobowiązań z umów*. Kraków 1964, s. 124; M. Sośniak: *Précis de droit international privé polonais*. Kraków 1976, s. 127; M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany wybór prawa*. „Przegląd Stosunków Międzynarodowych” 1975, nr 3, s. 103; B. Gawlik. M. Pazdan: *Umowy licencyjne w obrocie międzynarodowym*. Katowice 1976, s. 103; W. Popiołek: *Umowa wydawnicza w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*. Warszawa–Kraków 1982, s. 29; J. Jakubowski: *Prawo międzynarodowe prywatne*. Warszawa 1984, s. 103. W literaturze obcej zob. np.: J. Kropholler: *Internationales Privatrecht*. Tübingen 1994, s. 293.

¹¹ Por. M. Pazdan: *O potrzebie zmian polskiego unormowania wyboru prawa dla zobowiązań umownych*. W: *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego. (Studia i rozprawy). Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zbigniewa Radwańskiego*. Red. S. Sołtysiński. Poznań 1990, s. 633; W. Popiołek: *W sprawie ograniczeń kolizyjnoprawnego wyboru prawa w polskiej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym*. W: *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*. Red. A. Marczyński, M. Pazdan, A. Szpunar. Kraków 1994, s. 352.

¹² Tak: M. Sośniak: *Prawo prywatne...*, s. 123; K. Bagan-Kurluta: *Prawo prywatne...*, s. 209.

sów odrębnych norm kolizyjnych¹³) winna być dokonywana z punktu widzenia przepisów prawa wybranego przez strony¹⁴. Argumentem przemawiającym za takim stanowiskiem jest możliwość osiągnięcia jednolitości w zakresie oceny oświadczeń o wyborze prawa i w przedmiocie zawarcia umowy głównej (ta ostatnia kwestia mieści się bowiem bez wątpienia w zakresie zastosowania statutu kontraktowego¹⁵).

Drugie z proponowanych rozwiązań decydujące znaczenie przypisuje treści normy kolizyjnej dopuszczającej wybór prawa. Dopiero gdy nie jest możliwe rozstrzygnięcie jakiegoś zagadnienia na podstawie wykładni normy kolizyjnej, sięgać można do prawa merytorycznego jakiegoś państwa¹⁶. Możliwe więc będzie samodzielne (oparte na normie kolizyjnej forum) rozstrzygnięcie kwestii istnienia dorozumianego wyboru prawa, czyli pytania o to, jakie okoliczności powinny występować, aby można było wnioskować o woli stron. Wielu zagadnień (np. wad oświadczeń woli) nie będzie się jednak dało rozstrzygnąć na podstawie normy kolizyjnej forum i w tym zakresie sięgać będziemy do prawa wybranego przez strony¹⁷.

Ze względu na fakt podpisania przez Polskę 14 kwietnia 2006 r. Protokołu o przystąpieniu do Konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych z 1980 r. warto poświęcić kilka uwag rozwiązaniom tam zapisanym¹⁸. Konwencja rzymska przewiduje do oceny istnienia i ważności porozumienia stron co do wyboru prawa właściwość tego samego prawa, które zastosowanie ma do oceny ist-

¹³ Odpowiednio art. 9 i 12 ustawy o p.p.m.

¹⁴ Tak: J. Skąpski: *Autonomia...*, s. 131 i nast.; W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo prywatne*. Warszawa 1979, s. 205; M. Sośniak: *Prawo prywatne...*, s. 123; K. Bagan-Kurluta: *Prawo prywatne...*, s. 209. Por. także J.-C. Pommier: *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*. Paris 1992, s. 88 i tam cytowana literatura.

¹⁵ Zob. M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 154.

¹⁶ Tak M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 104; W. Popiołek: *Umoowa...*, s. 30–33; M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 131. Por. także: P. Nygh: *Autonomy in International Contracts*. Oxford 1999, s. 113. J.-C. Pommier: *Principe...*, s. 87 zwraca jednakże uwagę na mankament takiego rozwiązania. Autor ten słusznie wskazuje, że ocena wyboru prawa wedle kolizyjnej *lex fori* oznacza, że do czasu wniesienia powództwa do określonego sądu istnieć będzie niepewność co do reguł, w świetle których oceniać mamy jego ważność i istnienie.

¹⁷ Por. M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 132.

¹⁸ Dokładny termin wejścia w życie postanowień Konwencji nie jest jeszcze znany. Warto jednakże zauważyć, że będący w przygotowaniu projekt nowej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym (publikowany w niniejszym tomie) odwołuje się w przedmiocie zobowiązań umownych do konwencji rzymskiej.

nienia i ważności umowy głównej, tzn. w przypadku wyboru prawa właściwość prawa wybranego przez strony¹⁹. Wydawałoby się więc, że twórcy Konwencji postąpili w zgodzie z pierwszym ze wspomnianych wyżej poglądów. Już w treści art. 3(1) przesadzono jednakże, po pierwsze, o dopuszczalności dorozumianego wyboru prawa, po drugie, wskazano, że wybór – jeśli nie jest wyraźny – musi „w sposób pewny wynikać z treści umowy lub okoliczności danego przypadku”²⁰. Tym samym kwestię tu zasadniczą, istnienia okoliczności wskazujących na wolę stron w przedmiocie dorozumianego wyboru prawa, należy rozstrzygać w świetle art. 3(1) Konwencji. Nie jest w tym zakresie konieczne sięganie do prawa wybranego²¹. Interwencja prawa wybranego niezbędna będzie natomiast wówczas, gdy zaistnieje potrzeba oceny ważności wyboru prawa (np. ze względu na wady oświadczenia woli)²².

Zaprezentowane rozwiązania, choć różne w interesującym nas zakresie, nie prowadzą w zasadzie do żadnych różnic praktycznych. Niezależnie bowiem od koncepcji, którą przyjmiemy, kwestia odszu-

¹⁹ Artykuł 3(4) w nawiązaniu do art. 8, 9 i 11. Dla pełnego obrazu należy jednak wspomnieć o „regule korekcyjnej” zawartej w art. 8(2), która wyjątkowo zezwala stronie na powołanie się na prawo miejsca jej zwyczajnego pobytu, jeżeli w świetle tego prawa nie złożyła ona oświadczenia woli. Może to mieć znaczenie np. w przypadku milczenia strony. Zob. M. Giuliano, P. Lagarde: *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*. „Dziennik Urzędowy WE” C 282 z dnia 31 października 1980 r., s. 1–50, komentarz do art. 3. Por. także wydane na tle art. 3(4) *Orzeczenie Niemieckiego Trybunału Najwyższego (Bundesgerichtshof: BGH) z 15 grudnia 1986*. II ZR 34/86, opubl. m.in. w „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht” (IPRax) 1988, s. 26–27, dostępne także na stronie: http://www.rome-convention.org/cgi-bin/search.cgi?screen=view&case_id=425.

²⁰ Tekst z wprowadzeniem i tłumaczeniem na język polski W. Popiołek, w „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1994, z. 2, s. 297–341. Wersje angielska i francuska w sposób znaczący różnią się od siebie. W wersji angielskiej posłużono się zwrotem *with reasonable certainty*, natomiast w wersji francuskiej – określeniem *de façon certaine*. Ten drugi zwrot wydaje się wymagać większej pewności co do istnienia woli stron w przedmiocie wyboru prawa niż określenie użyte w wersji angielskiej. Tak P. Nygh: *Autonomy...*, s. 110. Por. również B. Audit: *Droit international privé*. Paris 2000, s. 679.

²¹ Przeciwnie, ponieważ celem przyświecającym Konwencji jest ujednolicenie praktyki w zakresie poszukiwania prawa właściwego, pożądane jest, aby sądy stosowały jednolicie standard wynikający z art. 3(1). Por. H. Heiss, in: *EVÜ...*, s. 44. Podobnie w uwagach do identycznego z regulacją konwencyjną art. 27 ust. 1 ustawy niemieckiej (EGBGB), A. Heldrich, in: *Palandt...*, s. 2297. Odmienne jednak, na rzecz poddania w przypadku art. 27 i art. 31 ust. 1 EGBGB prawu wybranemu również oceny dojścia do skutku wyboru prawa, P. Manowski, in: *Internationales...*, s. 601.

²² Podobne do konwencyjnego rozwiązanie kwestii istnienia i ważności dorozumianego wyboru prawa przyjęte zostało w art. 116(2) szwajcarskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 18 grudnia 1987 r.

kania dorozumianej woli stron w przedmiocie wyboru prawa pozostaje zagadnieniem oceny okoliczności faktycznych, które wskazują lub nie na istnienie takiej woli stron²³. Ocena, czy ona zaistniała, należeć więc będzie każdorazowo do sędziego rozstrzygającego spór między stronami²⁴.

Zanim przejdziemy do omówienia okoliczności wskazujących na wolę stron w przedmiocie wyboru prawa należy zatrzymać się jeszcze nad jednym aspektem zagadnienia. Chodzi mianowicie o pytanie, czy poszukiwać należy woli rzeczywistej stron, czy również woli hipotetycznej (prawdopodobnej), jaką strony mogły mieć w trakcie dokonywania czynności prawnej. W nawiązaniu do tego, co zostało powiedziane wcześniej, wydaje się, że problem ten należy rozstrzygnąć na podstawie normy kolizyjnej forum, nie sięgając przy tym do prawa wybranego. Nie powinno pozostawiać wątpliwości, że normę z art. 25 ustawy o p.p.m. należy interpretować w ten sposób, że – w zgodzie z dominującym już dziś w świecie rozwiązaniem – nadaje ona znaczenie wyłącznie woli rzeczywistej stron²⁵. Takie rozwiązanie znalazło się również w konwencji rzymskiej²⁶. Jeżeli brak rzeczywi-

²³ Zob. P. Nygh: *Autonomy...*, s. 113; R. Plender, M. Wilderspin: *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*. London 2001, s. 96.

²⁴ Ewentualnie, jeżeli wyobrazimy sobie, że w ramach prawa forum istnieją normy, które wiążą sędziego w jego ocenie okoliczności stanu faktycznego lub wprowadzają ograniczenia co do możliwości dowodzenia postępowania stron po zawarciu umowy, pytanie o to, czy takie ograniczenia systemu prawnego forum należy uwzględnić, mimo że nie zna ich prawo wybrane przez strony, stanie się aktualne. Nie należy mieć jednak złudzeń, że prawie każdy sędzia kierował się będzie w takim przypadku wskazówkami własnego prawa. Por. P. Nygh: *Autonomy...*, s. 113.

²⁵ Zob. np. M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 129; M. Sośniak: *Précis...*, s. 129; M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 105. Por. także J. Skąpski: *Autonomia...*, s. 130, który podnosi, że odpadnięcie wszelkich koncepcji opartych na woli hipotetycznej jest automatyczną konsekwencją przyjęcia, że wybór prawa jest czynnością prawną prawa kolizyjnego. W literaturze zagranicznej por. np. P. Nygh: *Autonomy...*, s. 104 i nast. Zdarzają się również głosy podkreślające zalety woli hipotetycznej. Zob. np. P. Mayer, V. Haugé: *Droit international privé*. Paris 2004, s. 527. Poszukiwanie rzeczywistej woli stron nie oznacza oczywiście – jak sugerują np. D. La-sok, P. Stone: *Conflict of laws in the European Community*. Abigdon 1987, s. 359 – odejścia od klasycznej metody interpretacji oświadczenia woli z punktu widzenia typowego adresata.

²⁶ Zob. M. Giuliano, P. Lagarde: *Report...*, komentarz do art. 3; B. Audit: *Droit...*, s. 679; J. Hill: *Choice of law in contract under the Rome Convention: The approach of the UK courts*. „International and Comparative Law Quarterly” 2004, No. 2, s. 347. Por. także J.-C. Pommier: *Principe...*, s. 97 i nast.; Working group of the Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law: *Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980*

stej woli. sąd powinien skierować swą analizę w kierunku poszukiwania prawa właściwego, opierając się na łącznikach obiektywnych. Poszukiwanie woli hipotetycznej – właściwe dawniejszym rozwiązaniom na świecie²⁷ – prowadziło do powstania swoistego etapu pośredniego i zaniku granicy pomiędzy wyborem prawa dokonany przez strony a powiązaniem opartym na łączniku obiektywnym. Od dawna jednak zaobserwować można – słuszną jak się wydaje – tendencję do wyraźnego rozdzielenia tych dwóch sposobów wskazania prawa właściwego i rezygnacji z owego szczebla pośredniego²⁸.

W celu ustosunkowania się do decyzji podjętej przez Sąd Najwyższy celowa wydaje się krótka prezentacja rodzajów okoliczności, które w literaturze polskiej i zagranicznej, a także w orzecznictwie, uważane są za wskazujące na istnienie dorozumianej woli stron w przedmiocie wyboru prawa. Pamiętać trzeba jednakże, że właściwa analiza może mieć miejsce tylko na podstawie okoliczności indywidualnego przypadku i nie da się sformułować w tym zakresie jakichkolwiek automatycznie działających reguł²⁹.

Jeżeli tym, czego poszukujemy, jest rzeczywista, a nie wyłącznie hipotetyczna wola stron, to zaistnienie którejkolwiek z poniżej wskazanych okoliczności nie może być traktowane jako ostatecznie rozstrzygające³⁰. Nie należy w tym zakresie stosować żadnych domniemań istnienia woli stron w przedmiocie dorozumianego wyboru prawa³¹.

on the law applicable to contractual obligations into a community instrument and its modernization, s. 40, dostępne na stronie: http://europa.eu.int/comm/justice_home/; E. J a y m e: *Choice of law clauses in international contracts: some thoughts on the reform of art. 3 of the Rome Convention*. In: *Seminario Internacional Sobre a Comunitarizacao do Direito Internacional Privado*. Lisboa 2005, s. 57.

²⁷ Tak w niemieckim orzecznictwie i literaturze na tle przepisów prawa prywatnego międzynarodowego obowiązujących do dnia 31.08.1986 r.

²⁸ W literaturze polskiej zob. w szczególności M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 105. Por. P. Nygh: *Autonomy...*, s. 104, który opisuje rozwój systemów anglo-amerykańskich tradycyjnie przywiązanych do poszukiwania woli hipotetycznej stron. Zob. cytowane przez tegoż autora orzeczenie australijskiego sądu w sprawie *Akai Pty Ltd v. The People's Insurance Co. Ltd.* (1996), 141 ALR, s. 391. Zob. również D. M a r t i n y: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 7. München, EGBGB, IPR 1990, art. 28.1. Rozwój prawa prywatnego międzynarodowego przebiegał bowiem często w ten sposób, że u źródła współczesnych koncepcji poszukiwania prawa najściślej związanego leżało poszukiwanie prawa, które strony hipotetycznie wybrałyby, gdyby takiego wskazania dokonały.

²⁹ Tak M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 105; J. Skąpski: *Autonomia...*, s. 156; W. Popiołek: *W sprawie ograniczeń...*, s. 353; G. Kegel, in: G. Kegel, K. Schurig: *Internationales...*, s. 574.

³⁰ Por. P. Nygh: *Autonomy...*, s. 114.

³¹ Ibidem. Zob. także M. Giuliano, P. Lagarde: *Report...*, komentarz do art. 3.

Poszukiwać bowiem będziemy autentycznej woli stron, jaką miały one w trakcie lub po zawarciu umowy. Istnienie poszczególnych okoliczności może być wyłącznie pomocną wskazówką w procesie ustalania woli stron.

Pamiętając o tym, warto teraz przybliżyć okoliczności, które wskazywać mogą na istnienie dorozumianego wyboru prawa.

Okolicznością, która najczęściej wymieniana jest w orzecznictwie i literaturze jako wskazująca na istnienie dorozumianego wyboru prawa, jest zamieszczenie w kontrakcie klauzuli wyboru sądu lub sądu arbitrażowego³². Na świecie klauzula taka jest przeważnie traktowana jako bardzo istotny czynnik wskazujący na dorozumiany wybór prawa³³. Takie stanowisko dominuje w jurysprudencji angielskiej³⁴, niemieckiej³⁵ oraz austriackiej³⁶. Niejednolicie wypowiada się natomiast na ten temat doktryna francuska³⁷. W konkretnej sytuacji może być jednak i tak, że strony wcale nie miały zamiaru wskazać prawa właściwego przez klauzulę prorogacyjną. Sąd danego państwa

³² J. Skąpski: *Autonomia...*, s. 157; M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 106.

³³ Zob. przegląd literatury i orzecznictwa z różnych państw: M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 106. Tak P. Nygh: *Autonomy...*, s. 117 oraz R. Plender, M. Wilderspin: *The European...*, s. 94. Już ostrożniej M. Giuliano, P. Lagarde: *Report...*, komentarz do art. 3 oraz J.H.C. Morris, D. McLean: *The Conflict of Laws*. London 2000, s. 323.

³⁴ Na pewnym etapie uznano nawet wybór sądu za czynnik rozstrzygający w braku wyraźnego wyboru innego prawa. Tak w orzeczeniu w sprawie *Tzortzis v. Monark Line A/B* [1968], 1 WLR 406 (cyt. za: P. Nygh: *Autonomy...*, s. 116). Z tak daleko idącej tezy wycofano się jednak dość szybko, choć nadal przyznaje się klauzuli wyboru sądu istotne znaczenie. Zob. orzeczenie w sprawie *Cie Tunisienne de Navigation v. Cie d'Armement Maritime* [1971], AC 572 (cyt. za: P. Nygh: *Autonomy...*, s. 116), a także wydane już na tle konwencji rzymskiej orzeczenie *Egon Oldendorff v. Liberia Corporation* [1996], 1 Lloyd's Rep., s. 380 (cyt. za: R. Plender, M. Wilderspin: *The European...*, s. 95). Por. także J. Hill: *Choice...*, s. 329.

³⁵ Ch. Reithmann, D. Martiny: *Internationales Vertragsrecht*. Köln 1988, s. 65; A. Heldrich, in: *Palandt...*, s. 2297; G. Kegel, in: G. Kegel, K. Schurig: *Internationales...*, s. 574; Working group of the Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law: *Comments...*, s. 39–40.

³⁶ H. Heiss, in: *EVÜ...*, s. 38.

³⁷ Za istotną rolę klauzuli wyboru sądu opowiedzieli się: A. Kassiss: *Le droit européen des contrats internationaux*. Paris 1993, s. 366; B. Audit: *Droit...*, s. 680. Odmiennie P. Lagarde: *Le nouveau droit international privé des contrats*. „Reveu critique de droit international privé” 1991, T. 80, s. 287 i nast. oraz P. Mayer. V. Hauré: *Droit...*, s. 530, którzy skłonni są widzieć w klauzuli wyboru sądu zaledwie jeden z czynników, o umiarkowanej doniosłości, jak również P. Courbe: *Droit international privé*. Paris 2000, s. 300, dla którego okoliczność wyboru sądu nie przedstawia żadnego znaczenia.

mógł zostać wybrany ze względu na przekonanie stron o jego szczególnie wysokich kompetencjach, wyspecjalizowaniu w danej dziedzinie³⁸ czy wreszcie neutralność wobec stron sporu. Określony sąd wybiera się także dlatego, że postępowanie w danym miejscu jest dla stron z jakichś przyczyn najwygodniejsze. Nie musi to wcale oznaczać, że stronom odpowiada również prawo materialne miejsca położenia sądu. Pamiętać także należy, iż z pozostałych postanowień umownych lub zachowania stron płynąć mogą wnioski zupełnie odmienne od tych płynących z klauzuli prorogacyjnej³⁹.

Akceptując w zasadzie pogląd, że wybór sądu w umowie jest istotnym czynnikiem wskazującym na dorozumianą wolę stron w przedmiocie wyboru prawa, należy jednakże podkreślić, że ocena sytuacji zależeć będzie od typu instytucji powołanej do rozstrzygania sporów między stronami. Wydaje się bowiem, że wybór sądu państwowego silniej wskazuje na wolę wyboru prawa niż powołanie trybunału arbitrażowego⁴⁰. W szczególności klauzula arbitrażowa przewidująca właściwość sądu arbitrażowego przy instytucji międzynarodowego arbitrażu nie będzie żadną wskazówką co do właściwości prawa⁴¹. Istotne znaczenie może mieć natomiast wybór instytucjonalnego arbitrażu powiązanego w znaczący sposób z prawem danego państwa, na terenie którego się znajduje⁴².

Często przywoływaną okolicznością, która wskazywać ma na istnienie woli stron w przedmiocie wyboru prawa, jest wykorzystanie przez strony ogólnych warunków umów lub formularzy opracowanych na podstawie jakiegoś prawa i dopasowanych w szczególności spo-

³⁸ P. Nygh: *Autonomy*..., s. 116.

³⁹ Por. ibidem. Czasami wskazuje się także, że samo *prorogatio fori*, któremu nie towarzyszą inne okoliczności, jest czynnikiem niewystarczającym, aby wnioskować o woli stron co do wyboru prawa. Tak np. luksemburski *Tribunal d'arrondissement* w orzeczeniu *Winters Arnhem BV v. S.A. Ceodeux*, opubl. w „*Revista di diritto internazionale privato*” 1991, s. 1092 (cyt. za: R. Plender, M. Wilderspin: *The European*..., s. 96).

⁴⁰ Tak M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany*..., s. 108; B. Audit: *Droit*..., s. 680.

⁴¹ Podobnie M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany*..., s. 109. Por. także P. Nygh: *Autonomy*..., s. 117.

⁴² M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany*..., s. 108; A. Heldrich, in: *Palandt*..., s. 2297; B. Audit: *Droit*..., s. 681. Por. także wyrok Sądu Arbitrażowego w Hamburgu z dnia 29.12.1998 r., w którym uznano, że zapis na sąd polubowny „Hamburger Freundschafftliche Arbitrage” oznacza nie tylko zgodę na obowiązujące w jego siedzibie reguły proceduralne, ale też – w braku odmiennej woli stron – wybór prawa materialnego – w tym wypadku: niemieckiego. „*Recht der Internationalen Wirtschaft*” (RIW) 1999, H. 5, s. 394 i nast.

sób do niego⁴³. Zastosowanie tego samego prawa, w ramach którego opracowano ogólne warunki, pozwala na prawidłową ich interpretację i stosowanie⁴⁴. Nie musi być to jednak zgodne z rzeczywistą wolą stron⁴⁵. Współcześnie często podkreśla się, że wskazanie ogólnych warunków, nawet charakterystycznych dla jakiegoś prawa, któremu nie towarzyszą inne okoliczności, tak naprawdę świadczy w niewielkim stopniu o rzeczywistej woli stron w przedmiocie wyboru prawa⁴⁶. Zgodzić się jednak należy z wyrażonym poglądem⁴⁷, że w silniejszym stopniu wskazywać będzie na istnienie woli stron w przedmiocie wyboru prawa, wykorzystanie w umowie ogólnych warunków stosowanych na co dzień tylko w ramach jednego systemu prawnego i dla niego charakterystycznych niż odwołanie się do takich, które powszechnie stosowane są w obrocie międzynarodowym.

Jeszcze inną okolicznością mogącą mieć znaczenie w interesującym nas zakresie będzie fakt odwołania się przez strony do określonych postanowień czy też kodeksów jakiegoś systemu prawnego lub posłużenie się specyficznymi dla danego prawa terminami czy też odwołanie się do charakterystycznych konstrukcji prawnych⁴⁸. Pamiętać należy jednak, że wolą stron może być wyłącznie materialnoprawna inkorporacja pewnej grupy przepisów do treści ich stosunku umownego, bez jednoczesnego wskazania całego systemu prawnego

⁴³ Zob.: M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 109; J. Skąpski: *Autonomia...*, s. 157; P. Nygh: *Autonomy...*, s. 115; M. Giuliano, P. Lagarde: *Report...*, komentarz do art. 3; A. Heldrich, in: *Palandt...*, s. 2297; G. Kegel, in: G. Kegel, K. Schurig: *Internationales...*, s. 574; H. Heiss, in: *EVÜ...*, s. 38; B. Audit: *Droit...*, s. 680. Por. także znane orzeczenie w sprawie *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Inc.* [1984], AC 50, w którym angielska Izba Lordów zadecydowała, iż właściwe jest prawo angielskie, ze względu na fakt, że strony wykorzystaly typową dla angielskiego obrotu polisę ubezpieczeniową Lloyd'a. P. Nygh: *Autonomy...*, s. 107 zwraca jednakże uwagę, że Izba Lordów tak naprawdę nie poszukiwała rzeczywistej woli stron, lecz obiektywnych powiązań, które wskazywałyby na związek z prawem angielskim.

⁴⁴ M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 109.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Zob. P. Nygh: *Autonomy...*, s. 115.

⁴⁷ Tak M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 110.

⁴⁸ Zob. ibidem: J. Skąpski: *Autonomia...*, s. 157; P. Nygh: *Autonomy...*, s. 118; Working group of the Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law: *Comments...*, s. 36–37; P. Courbe: *Droit...*, s. 300; B. Audit: *Droit...*, s. 680. Por. także orzeczenie paryskiego *Cour d'appel* z 10 listopada 1993 r., opubl. m.in. w „*Journal du droit international*” 1994, s. 678, w którym sąd dopatrzył się dorozumianego wyboru prawa w okoliczności, że strony w umowie odwołały się do francuskich regulacji dotyczących papierów wartościowych.

jako właściwego⁴⁹. Z kolei posłużenie się specyficzną terminologią może mieć znaczenie tylko wtedy, gdy terminy, którymi się posłużono, są rzeczywiście charakterystyczne dla danego systemu prawnego. Najsilniejszym dowodem woli stron w przedmiocie wyboru prawa będzie oczywiście wystąpienie kilku wymienionych elementów naraz, a więc sytuacja, w której strony dopasują umowę do wymagań i terminologii określonego prawa, jednocześnie dając temu świadomy wyraz w treści umowy⁵⁰.

Istotnym czynnikiem wskazującym na dorozumianą wolę stron w przedmiocie wyboru prawa może być fakt istnienia ciągu umów pomiędzy tymi samymi stronami zawierających klauzulę wyboru prawa w sytuacji, w której pominięto ją w kolejnej umowie⁵¹. Niekoniecznie musi to oznaczać, że strony chciały zrezygnować z wyboru prawa. Przeciwnie, co do zasady strony zakładają, że kolejne pomiędzy nimi umowy zawierają takie same postanowienia⁵². Podobnie pominięcie klauzuli wyboru prawa w umowie, która stanowi część kompleksu gospodarczego umów, nie musi oznaczać rezygnacji ze wskazania prawa właściwego⁵³. Strony mogą pominąć klauzulę wyboru prawa także w ostatecznym dokumencie umowy, mimo że znajdowała się ona we wcześniejszych wersjach. Również w takim przypadku istnieć może dorozumiana wola stron w przedmiocie wyboru prawa⁵⁴.

Jeszcze inną okolicznością, która wskazywać może na dorozumiany wybór prawa, jest umowne wskazanie miejsca zawarcia umowy lub jej wykonania⁵⁵. W przypadkach takich trzeba jednakże bardzo

⁴⁹ Zob. P. Nygh: *Autonomy...*, s. 118; R. Plender, M. Wilderspin: *The European...*, s. 97. Na temat „materialnoprawnego wskazania” w ogólności zob. M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 130.

⁵⁰ Tak w orzeczeniu niemieckiego Trybunału Najwyższego (*Bundesgerichtshof*) z dnia 14 stycznia 1999 r., opubl. m.in. w „Internationales Baurecht” (IBR) 1999, s. 206 (dostępne także na stronie: <http://www.rome-convention.org>), w którym sąd dopatrzyl się dorozumianego wyboru prawa w okoliczności, że strony wykorzystały niemieckie ogólne warunki publicznych kontraktów budowlanych VOB oraz niemieckie standardy DIN, a także oparły się na postanowieniach niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB).

⁵¹ M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 114; P. Nygh: *Autonomy...*, s. 116; H. Heiss, in: *EVÜ...*, s. 38.

⁵² P. Nygh: *Autonomy...*, s. 116.

⁵³ Tak w szczególności Working group of the Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law: *Comments...*, s. 38.

⁵⁴ Tak np. angielski sąd w orzeczeniu *Marubeni Hong Kong and South China Ltd v. Mongolian Government* [2002], 2 All ER (Comm), s. 873.

⁵⁵ A. Heldrich, in: *Palandt...*, s. 2297; G. Kegel, in: G. Kegel, K. Schurig: *Internationales...*, s. 574.

uważnie badać, czy strony rzeczywiście chciały wywołać skutki kolizyjnoprawne⁵⁶. Stronom mogło bowiem chodzić wyłącznie o wyeliminowanie wątpliwości co do miejsca zawarcia umowy czy też określenie miejsca wykonania zobowiązania.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że nie należy wyciągać jakichkolwiek wniosków co do woli stron w przedmiocie wyboru prawa z okoliczności, że umowa została sporządzona w określonym języku⁵⁷. Strony sporządzają umowę w języku, który jest dla nich najwygodniejszy. Nie musi to wcale oznaczać, że dogodne jest dla nich również prawo kraju, w którego języku sporządzona została umowa. Słabość wskazanego kryterium wynika również z tego, że posługiwanie się niektórymi językami jest powszechnie przyjęte w handlu międzynarodowym bądź pewnych jego gałęziach, jak i z tego, że ten sam język bywa częstokroć językiem urzędowym w kilku państwach, dysponujących jednak odrębnymi systemami prawnymi.

Ważną grupą okoliczności, które świadczyć mogą o istnieniu dorozumianego wyboru prawa, jest zachowanie stron na różnych etapach ich stosunku prawnego⁵⁸. Na wolę wybrania określonego prawa wskazywać może korespondencja wymieniana między stronami, przed i po zawarciu umowy, ich postępowanie podczas negocjacji, jak również późniejsze zachowanie – zawsze wtedy, gdy strony, choćby w sposób pośredni, odwołały się do systemu prawnego określonego prawa lub przynajmniej opierały się na nim. Istotną rolę odegrać może także postępowanie stron już w trakcie procesu sądowego⁵⁹. Znaczenie mieć będzie, co strony podnosiły w swych pismach procesowych i wystąpieniach ustnych. Jeżeli zgodnie opierały się na postanowieniach jakiegoś prawa, może to być wskazówką, iż w umowie dokonano dorozumianego wyboru prawa⁶⁰.

⁵⁶ M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 111. Zob. także P. Nygh: *Autonomy...*, s. 120.

⁵⁷ Tak M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 111. Odmienne, na rzecz domniemania właściwości prawa państwa, w którego języku umowę spisano, o ile nie jest to „język światowy”. J. Balicki: *Międzynarodowe prawo prywatne*. Lublin 1976, s. 176.

⁵⁸ M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 112. Por. także R. Plender, M. Wilderspin: *The European...*, s. 98.

⁵⁹ M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 112.

⁶⁰ Ibidem. W orzecznictwie, np. *OLG Frankfurt a. M.*, wyrok z 13.06.1991 r., 5 U 261/90, dostępny na stronie: <http://www.jura.uni-freiburg.de/> oraz *Kantongericht Nidwalden*, wyrok z 03.12.1997 r., 15/96 Z, dostępny na stronie: <http://www.uncitral.org/> htm. Sąd powinien jednakże wykazać daleko idącą ostrożność w tym zakresie, gdyż fakt, że strony odwołują się do postanowień tego samego prawa nie musi jeszcze ozna-

Dla oceny woli stron w przedmiocie wyboru prawa znaczenie może mieć także uczestnictwo organu władzy publicznej przy zawarciu umowy⁶¹.

Niektórzy autorzy podnoszą również, że jeżeli w grę wchodzi więcej niż jeden system prawny, ale tylko w świetle jednego z nich umowa jest ważna, to wnioskować będzie można o woli stron w przedmiocie wyboru tego ostatniego⁶². Wydaje się jednak, że strony musiałyby co najmniej mieć świadomość treści prawa, które wybrały.

Powyższe okoliczności stanowią tylko przykłady, jakie świadczyć mogą o dorozumianym wyborze prawa. Ich wyczerpujące wyliczenie nie jest zresztą możliwe. Trzeba jednak jeszcze raz podkreślić, że wszystkie zaprezentowane okoliczności są zaledwie wskazówką dla sądu. Ich obecność może, ale nie musi wskazywać na istnienie zamiaru wyboru prawa. Poszukujemy rzeczywistej woli stron. W takim kierunku już od dawna podąża jurysprudencja na świecie. W taki sposób skonstruowany jest art. 3(1) Konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych. Sąd musi więc zadać sobie pytanie, czy strony rzeczywiście świadomie wybrały dla swego stosunku umownego prawo jakiegoś państwa⁶³. Nie może natomiast – w braku w tym względzie czytelnych wskazówek – poprzestać na określeniu systemu prawnego, który – w jego ocenie – strony zapewne by wska-

zczać, iż w umowie dokonały wyboru prawa. Strony mogą bowiem prowadzić dyskusję, skupiając się na argumentach merytorycznych, w których z natury rzeczy do pewnego stopnia odwoływać się będą do postanowień tego samego systemu prawnego. Rezygnacja, na pewnym etapie procesu, z argumentacji kolizyjnoprawnej nie oznacza, że sąd może przyjąć, iż miał miejsce wybór prawa i nie zwalnia go z konieczności poszukiwania prawa właściwego na podstawie miarodajnych norm kolizyjnych. Por. U. Magnus, P. Mankowski: *Joint Response to the Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a community instrument and its modernisation*, s. 18, dostępne na stronie: http://europa.eu.int/comm/justice_home/. Może być również i tak, że argumentacja procesowa stron stanowi jedynie wynik ich błędu co do prawa właściwego. Zważywszy, że znaczenie kolizyjnoprawne ma jedynie rzeczywista wola stron, błąd taki nie powinien przesądzać o właściwości prawa; por. A. Heldrich, in: *Palandt*..., s. 2297; J. Kropholler: *Internationales*..., s. 298; por. również: Sąd Okręgowy w Katowicach, wyrok w sprawie sygn. akt XIV GC 663/03/8.

⁶¹ Tak B. Audit: *Droit*..., s. 681, który wskazuje jednakże, że silniejszą wskazówką będzie obecność organu władzy publicznej danego państwa przy zawieraniu umowy poza jego granicami (konsul).

⁶² Ibidem, s. 682.

⁶³ Tak więc wątpliwości rodzi np. wyrok *OLG Köln* z 26.08.1994 r., 22 U 202/93, RIW 1994, H. 11, s. 972, w którym sąd ten uznał, że okolicznością wskazującą na dorozumiany wybór prawa jest m.in. ustalenie płatności w walucie innej aniżeli określona pierwotnie w ofercie.

zały, gdyby zdecydowały się dokonać wyboru. Rozróżnienie to jest szczególnie istotne w systemach kolizyjnych, odmawiających znaczenia woli hipotetycznej. W ich przypadku wyraźnie rysuje się bowiem odmienność między wskazaniem prawa na drodze wyboru dokonanego przez strony a poszukiwaniem regulacji właściwej w sytuacji, gdy wyboru takiego brak. W tym ostatnim przypadku sąd zmuszony jest odnaleźć prawo mające najsilniejsze więzi ze stosunkiem umownym. Przed polskim sądem poszukiwanie to odbywa się na podstawie norm z art. 26–29 ustawy o p.p.m., w których posłużono się łącznikami obiektywnymi.

Opierając się na poczynionych powyżej uwagach, należy z kolei przeanalizować tok rozumowania, który doprowadził Sąd Najwyższy do przyjęcia w głosowanym orzeczeniu, iż strony sporu dokonały w sposób dorozumiany wyboru prawa polskiego dla zawartej przez siebie umowy. Otóż należy zauważyć, że wniosek taki uzasadniany jest argumentami pozornie trojakiego rodzaju. Zdaniem Sądu Najwyższego, wybór dorozumiany prawa polskiego wynikać ma bowiem z faktu, że „strony zawarły umowę w Polsce, także tutaj pozwana pisemnie zobowiązała się do zwrotu poniesionych wydatków, a faktury zakupu urządzeń zostały wystawione na jej nazwisko”. Paradoksalnie, mimo wprowadzonego rozróżnienia, mamy tu do czynienia z jednym tylko czynnikiem.

Zauważyć należy przede wszystkim, że z kolizyjnoprawnego punktu widzenia całkowicie pozbawione znaczenia jest to, na czyje nazwisko wystawiono faktury dokumentujące sprzedaż urządzeń barowych, i trudno doprawdy zrozumieć, dlaczego element ten został przez Sąd Najwyższy tak wyekspozowany. Chodzi tu wszak o czynność z zakresu prawa podatkowego, pozostającą w związku nie z realizacją udzielonego powodowi i jego małżonce zlecenia, ale umowy zawartej w jego wykonaniu. Co więcej, czynność ta – jak można się domyślać – przedsięwzięta została przez sprzedawcę, a zatem podmiot zewnętrzny względem stron sporu. Trudno więc na jej podstawie wnioskować o woli tych ostatnich. Następnie jeżeli zważyć, że „pisemne zobowiązanie się pozwanej do zwrotu wydatków” jest jedynie elementem treści umowy zlecenia, to wniosek wydaje się oczywisty. Mimo sposobu, w jaki sformułowano uzasadnienie głosowanego wyroku, jedynie czynnik będący w niniejszej sprawie podstawą przyjęcia przez Sąd Najwyższy dorozumianego wyboru prawa polskiego stanowi zawarcie umowy w Polsce.

Należy z kolei przejść do oceny sposobu, w jaki Sąd Najwyższy wykorzystał okoliczność zawarcia umowy w Polsce. Opierając się na poczynionych wcześniej uwagach teoretycznych, jesteśmy zdania, że

sam fakt zawarcia umowy w takim czy innym miejscu nie świadczy jeszcze o woli wywołania przez umawiające się strony skutków kolizyjnych w postaci poddania umowy i wynikającego z niej stosunku obligacyjnego prawu obowiązującemu na tym obszarze. Zawarcie każdej umowy daje się powiązać z terytorium jakiegoś państwa, choć niekiedy⁶⁴ mogą wystąpić trudności w jego ustaleniu. Przyznanie temu kryterium znaczenia rozstrzygającego przy ocenie istnienia dorozumianego wyboru prawa prowadziłoby zatem w praktyce do zupełnego wyeliminowania norm kolizyjnych posługujących się łącznikami obiektywnymi. Te bowiem dochodzą wszak do głosu dopiero w braku wyboru. Zauważyć należy przy tym, że łącznik miejsca dokonania czynności (*locus acti*) jest powszechnie krytykowany ze względu na swą przypadkowość⁶⁵ i w nowszych ustawodawstwach kolizyjnych bywa wykorzystywany dopiero w dalszej kolejności, jako łącznik posiłkowy⁶⁶.

Wydaje się jednak, że w niniejszym przypadku istota błędu Sądu Najwyższego polega na pomyleniu dwóch różnych procesów myślowych. Tok rozumowania Sądu, mimo sposobu uzasadnienia wyroku, bliższy jest bowiem w istocie poszukiwaniu prawa właściwego na podstawie powiązań obiektywnych aniżeli ustalaniu subiektywnej woli stron.

Tak zresztą, wobec braku wyboru prawa, należało w sprawie postąpić. Sąd powinien był odszukać prawo na podstawie łączników obiektywnych. W tym miejscu – gdy w istocie kierujemy rozważania na poszukiwanie prawa najściślej związanego z zobowiązaniem – fakt zawarcia umowy w Polsce mógłby potencjalnie mieć jakieś znaczenie. Także w tym miejscu, potencjalnie, można by rozważać znaczenie obywatelstwa stron, ich miejsca zamieszkania czy też miejsca wykonania umowy. Tego typu okoliczności mogłyby bowiem wskazywać na związki umowy z określonym systemem prawnym. Tak się jednak składa, że w przeciwieństwie choćby do art. 4 konwencji rzymskiej⁶⁷ metoda

⁶⁴ Zwłaszcza w przypadku umów zawieranych *inter absentes*.

⁶⁵ Por. B. Walaszek, M. Sośniak: *Zarys prawa międzynarodowego prywatnego*. Warszawa 1968, s. 158; W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo...*, s. 190; M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 121; K. Bagan-Kurluta: *Prawo prywatne...*, s. 206.

⁶⁶ Por. art. 27 § 2 p.p.m., art. 29 p.p.m.

⁶⁷ Analiza, jakie prawo powinien zastosować sąd w omawianym przypadku, gdyby orzekał na podstawie konwencji rzymskiej, wydaje się zbędna. Można tylko zaznaczyć, że elementy występujące w sprawie wskazują na związki zarówno z polskim, jak i włoskim prawem (miejsce zawarcia umowy w Polsce, miejsce wykonania – we Włoszech, obywatelstwo zleceniodawcy polskie, zleceniobiorców – włoskie). Właściwość prawa polskiego z pewnością nie byłaby zatem oczywista.

regulacji przyjęta w polskiej Ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym – posłużenie się normami kolizyjnymi o sztywnych łącznikach – wyłącza jakąkolwiek swobodę oceny.

Powracając do analizy interesującego nas przypadku, należy zatem stwierdzić, że w braku wyboru prawa sąd powinien był zastosować normę kolizyjną z art. 27 § 1 ustawy o p.p.m. Nie ma bowiem zastosowania art. 26, gdyż strony – jak należy wnosić z treści uzasadnienia wyroku – miały miejsca zamieszkania w różnych państwach. Artykuł 27 § 1 przewiduje dla umowy zlecenia właściwość prawa państwa, w którym w chwili zawarcia umowy miejsce zamieszkania ma przyjmujący zlecenie. Ponieważ w omawianej sprawie zleceniodawca posiadał – jak się wydaje – miejsce zamieszkania we Włoszech, sąd powinien był zastosować prawo włoskie.

Głosowany wyrok zasługuje zatem na zdecydowanie krytyczną ocenę. Sąd Najwyższy, oceniając nader interesujący przypadek, nie wykorzystał istniejącej możliwości wzbogacenia praktyki orzeczniczej o uwagi dotyczące sposobu stosowania prawa obcego oraz mechanizmu postępowania przy ocenie istnienia dorozumianego wyboru prawa. Te niezwykle istotne kwestie potraktowane zostały powierzchownie, zaś w toku rozumowania Sądu Najwyższego wyraźnie można wyczuć dążenie do oceny ustalonego stanu faktycznego na podstawie własnych norm merytorycznych.

Jak już wspomniano, Polska podpisała niedawno konwencję rzymską o prawie właściwym dla zobowiązań umownych⁶⁸. Oznacza to, że polskie sądy już niedługo będą musiały stosować jej postanowienia. Orzeczenie Sądu Najwyższego, mimo że wydane na podstawie

⁶⁸ Na marginesie wspomnieć można, że toczy się obecnie dyskusja nad przekształceniem konwencji w instrument wspólnotowy i jej jednoczesną modernizacją. 15 grudnia 2005 r. Komisja Europejska przedstawiła opracowany przez siebie projekt rozporządzenia w tym przedmiocie (Dokument Komisji COM (2005) 650 final). Przepis poświęcony wyborowi prawa (art. 3) zmodyfikowany został w ten sposób, iż przewiduje domniemanie, że strony dokonały w sposób dorozumiany wyboru prawa w przypadku, gdy wskazały w umowie sąd danego państwa jako właściwy do rozstrzygnięcia sporów na tle łączącego je stosunku umownego. Zaznaczyć jednakże trzeba, że propozycje doprecyzowania przepisu dotyczącego dorozumianego wyboru prawa, przez wskazanie okoliczności, które mogą mieć znaczenie dla ustalenia woli stron, spotkały się z krytyką niektórych przedstawicieli doktryny jeszcze przed opracowaniem ostatecznej wersji projektu. Zob. np. U. Magnus, P. Mankowski: *Joint Response...*, s. 17 i nast.; Working group of the Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law: *Comments...*, s. 35 i nast. Podzielając pogląd krytyczny wobec wspomnianego „doprecyzowania”, należy podkreślić, że rozwiązanie zaproponowane przez Komisję niesie z sobą ryzyko, iż sądy nazbyt łatwo przyjmować będą dorozumiany wybór prawa tam, gdzie w umowie znalazła się klauzula prorogacyjna.

obowiązującej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym, zachowa znaczenie także w przyszłości. Sąd Najwyższy *de facto* kreuje w swym rozstrzygnięciu standard, który wymagany będzie przy poszukiwaniu dorozumianej woli stron w przedmiocie wyboru prawa. Istnieje zagrożenie, że standard ten będzie stosowany przez sądy także na tle konwencji rzymskiej. Trzeba więc z całą mocą podkreślić, że został on błędnie nakreślony. Orzeczenie Sądu Najwyższego jest zatem krokiem w niewłaściwym kierunku.

Projektant okładki: Grzegorz Nowak

Redaktor: Barbara Todos-Burny

Redaktor techniczny: Małgorzata Pleśniar

Korektor: Mirosława Żłobińska

Copyright © 2007
by Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego
Wszelkie prawa zastrzeżone

ISSN 0208-6336
ISSN 1896-7604

Wydawca
Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego
ul. Bankowa 12B, 40-007 Katowice
www.wydawnictwo.us.edu.pl
e-mail: wydawus@us.edu.pl

Wydanie I. Nakład: 250 + 50 egz. Ark. druk. 11,0. Ark. wyd.
12,5. Przekazano do łamania w październiku 2006 r. Podpi-
sano do druku w lutym 2007 r. Papier offset. kl. III, 80 g
Cena 19 zł

Łamanie: Pracownia Składu Komputerowego
Wydawnictwa Uniwersytetu Śląskiego
Druk i oprawa: EXPOL, P. Rybiński, J. Dąbek, Spółka Jawna
ul. Brzeska 4, 87-800 Włocławek



nr inw.: BG - 359578



BG N 286/2469

PN 2469

ISSN 0208-6336

ISSN 1896-7604