

Maria-Anna Zachariasiewicz

Kwalifikacja *culpa in contrahendo* w prawie prywatnym międzynarodowym

1. Uwagi wstępne

Problematyka *culpa in contrahendo* w ostatnich latach stała się przedmiotem ożywionych sporów w doktrynie i orzecznictwie wielu państw. Spory te dotyczą przede wszystkim płaszczyzny prawa merytorycznego¹,

¹ Por. np.: *Precontractual Liability*. Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada 18–24 August 1990. Ed. E. Hondius Deventer. Boston 1991; S. Mirmina: *A comparative survey of culpa in contrahendo, focusing on its origins in Roman, German, and French Law as well as its Application in American law*. 8. „Connecticut Journal of International Law” (1992–1993), s. 77 i nast.; G. Kühne: *Promissory Estoppel and Culpa in Contrahendo*. „Tel Aviv University Studies in Law” 1990, T. 10, s. 279 i nast.; J. Klein, C. Bachechi: *Precontractual Liability and the Duty of Good Faith Negotiation in International Transactions*. „Houston Journal of International Law” 1994 (Fall), s. 1 i nast.; E. Allan: *Farnsworth, Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*. „Columbia Law Review” 1987 (March), s. 217–290; G. Robin: *Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux. The principle of good faith in international contracts*. „Revue de droit des affaires internationales” 2005, No 6, s. 695 i nast.; P. Giliker: *A Role for Tort in Pre-Contractual Negotiations? An Examination of English, French, and Canadian Law*. „Int. and Comparative Law Quarterly”, vol. 52, October 2003, s. 969–994, a w literaturze polskiej: M. Krajewski, w: *System prawa prywatnego*. T. 5: *Prawo zobowiązań — część ogólna*. Red. E. Łętowska. Warszawa 2006, s. 709 i nast. oraz cytowaną tam literaturę; P. Machnikowski, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*. Red. E. Gniewek. Warszawa 2006, s. 192; Idem: *Uwagi wstępne o podstawach odpowiedzialności cywilnej za zawiedzione zaufanie*. W: „Acta Universitatis Wratislaviensis”. Nr 2897. Wrocław 2006; A. Olejniczak: *Z problematyki „Cupale in contrahendo” — uwagi o zna-*

a dopiero pośrednio przenoszone są na grunt prawa prywatnego międzynarodowego² i międzynarodowego prawa procesowego³. Zagadnienie odpowiedzialności przedumownej stało się także przedmiotem zainteresowania twórców i komentatorów aktów prawa jednolitego w dziedzinie zobowiązań umownych⁴. Dyskusje toczące się w doktrynie i judykaturze poszczególnych państw nie skupiają się jednak wyłącznie na zagadnieniach istoty i zakresu *culpa in contrahendo*, podstawy prawnej i przesłanek odpowiedzialności czy dopuszczalnych środków prawnych. Dotyczą także wielu in-

czeniu przepisu art. 72 § 2 k.c. W: *W kręgu teoretycznych i praktycznych aspektów prawoznawstwa. Księga jubileuszowa Profesora Bronisława Ziemianina*. Red. M. Zieliński. Szczecin 2005, s. 127 i nast.; M. Pilich: *Dobra wiara w konwencji o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*. Warszawa 2006, s. 59 i nast.; A. Machnicka: *Przedkontraktowe porozumienia — umowa o negocjacje i list intencyjny. Studium prawnoporównawcze*. Warszawa 2007, s. 82 i nast.; M.A. Zachariasiewicz: *Zasada dobrej wiary jako kryterium oceny zachowania stron w toku negocjacji w ujęciu prawnoporównawczym („culpa in contrahendo”)*. W: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*. Red. L. Ogiełło, W. Popiołek, M. Szpunar. Kraków 2005, s. 1501 i nast. oraz tam cytowaną literaturę; E. Rott-Pietrzyk: *Klauzula generalna rozsądku w prawie prywatnym*. Warszawa 2007, s. 192 i nast. i tam cytowaną literaturę.

² Por. np.: A. Henk: *Die Haftung für culpa in contrahendo im IPR und IZVR*. Berlin 2007; G. Hohloch: „*Culpa in contrahendo*” w prawie prywatnym międzynarodowym. W: „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”. T. 19/20. Red. M. Pazdan. Katowice 2000, s. 11—26 oraz cytowaną tam bogatą literaturę niemiecką i szwajcarską; M. Wojewoda: *Zakres prawa właściwego dla zobowiązań umownych. Nowa regulacja kolizyjna w konwencji rzymskiej z 1980 r.* Wolters Kluwer 2007, s. 212—216; G. Fischer: „*Culpa in contrahendo*” im *Internationalen Privatrecht*. „Juristen Zeitung” 1991, H. 4, s. 168 i nast.; P. Mankowski: *Die Qualifikation der culpa in contrahendo — Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR*. „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” [dalej: IPRax] 2003, H. 2, s. 127 i nast.; U. Nickl: *Die Qualifikation der „Culpa in contrahendo” im IPR*. Frankfurt am Main 1992; S. Egeler: *Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht*. St. Gallen 1994; D. Moura Vicente: *Precontractual Liability in Private International Law: A Portuguese Perspective*. „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” [dalej: RabelsZ] 2003, Bd. 67, s. 700 i nast.; Opinion of Advocate General Geelhoed, z dnia 31.01.2002 r. w sprawie *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, C-334/00. „Recueil de jurisprudence” 2002, s. I-07357 lub www.curia.eu.int.

³ Chodzi tu zwłaszcza o spory na tle art. 5 ust. 1 lub ust. 3 Konwencji brukselskiej o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych z 1968 r. oraz art. 5 pkt. 1 i 3 Rozporządzenia Rady (WE) Nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. Urz. WE z dnia 16.01.2001, L 12, s. 1, PWS, rozdz. 19, T. 4, s. 42), które zastąpiło konwencję brukselską. Por. także Opinion of Advocate..., i tam cytowane orzeczenia ETS oraz A. Henk: *Die Haftung*..., s. 53 i nast., 90 i nast., 164 i nast., 214 i nast., 242 i nast., 261 i nast., 286 i nast., 337 i nast.

⁴ W szczególności Konwencji wiedeńskiej o międzynarodowej sprzedaży towarów, Zasad Europejskiego Prawa Umów (PECL) oraz Reguł Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT (PICC) czy Common Frame of Reference (CMR).

nych fundamentalnych pytań o istotę stosunków deliktowych lub stosunków kontraktowych, o rzeczywiste znaczenie tendencji do zacierania granic pomiędzy oboma reżimami odpowiedzialności, o możliwości i sens poszukiwania „trzeciej drogi” czy wreszcie o granice dopuszczalności „słusznosciowych” podstaw odpowiedzialności. Z wszelkimi polemikami na temat *culpa in contrahendo* nierozłącznie związane jest też poszukiwanie delikatnej równowagi pomiędzy swobodą uczestników obrotu na etapie poprzedzającym zawarcie umowy a dozwolonymi metodami sądowej lub legislacyjnej ingerencji w imię zasad słuszności i sprawiedliwości. Wszystkie te problemy znajdują swe odzwierciedlenie na płaszczyźnie kolizyjnej w ramach procesu kwalifikacji pojęć, mającego doprowadzić do właściwego podporządkowania kwestii powstających na etapie przedumownym zakresowi odpowiedzialnej normy kolizyjnej.

2. Przyczyny trudności kwalifikacyjnych

2.1. Podejście do zagadnienia charakteru prawnego *culpa in contrahendo* w prawach merytorycznych poszczególnych państw zależy, jak się wydaje, przede wszystkim od przyjętej w danym systemie konstrukcji deliktu. Poszukiwanie innych rozwiązań wydaje się mieć charakter wtórny. Ma miejsce w tych systemach prawnych, w których bądź to w ogóle, bądź tylko dla określonych przypadków nie można skonstruować podstawy deliktowej, albo z jakichś powodów nie stanowi ona adekwatnego remedium, prawidłowo chroniącego naruszone interesy. Rozwiązanie francuskie, oparte na szerokiej i ogólnie ujętej formule, z precyzyjnie sformułowanymi przesłankami odpowiedzialności deliktowej, broniącymi przed nadmiernym wykorzystywaniem tej ochrony do oceny zachowań przedumownych, przeciwstawiane jest konstrukcji deliktu w prawie niemieckim — z jednej strony, a w krajach *common law* — z drugiej. W obu tych systemach występują określone luki bądź niedogodności w reżimie odpowiedzialności deliktowej. Różnica podejścia polega jednak na tym, że podczas gdy w prawie niemieckim⁵ stały się

⁵ O poddaniu *culpa in contrahendo* reżimowi odpowiedzialności kontraktowej (lub quasi-kontraktowej) zdecydowały: korzystniejsze dla poszkodowanego przedawnienie oraz łatwiejsza sytuacja dowodowa (rozkład ciężaru dowodu), możliwość obciążenia zwierzchnika lub pracodawcy odpowiedzialnością za działania podwładnego, pomocnika lub zastępcy, a także brak właściwych dla odpowiedzialności deliktowej ograniczeń w przypadku dochodzenia odszkodowania za szkody finansowe (pieniężne).

one przyczyną ekspansji prawa umów w domenę działania reżimu deliktowego, w systemach *common law* nie doszło do przewyższenia w tej mierze tradycyjnej niechęci sądów do ingerowania w sferę odpowiedzialności jednostki, zwłaszcza za szkody czysto ekonomiczne (*pure economic loss*)⁶.

Owa ekspansja prawa umów w obszary tradycyjnie zarezerwowane dla prawa deliktów (zwłaszcza gdy za pomocą doktryny *culpa in contrahendo* chronimy takie dobra, jak: życie, zdrowie, wolność lub własność) stanowi przedmiot kontrowersji. Krytykuje się nie tylko sam fakt „obchodzenia” regulacji deliktowych przez stworzenie dodatkowej, korzystniejszej podstawy odpowiedzialności, ale i tendencje do zmniejszania dystansu pomiędzy oboma reżimami odpowiedzialności. Zachowanie kruchej równowagi między zakresami działania każdego z nich jest warunkiem ich prawidłowego funkcjonowania i rozwoju. Zwolennicy zacierania różnic pomiędzy reżimami dopuszczają natomiast rozmaite „trzecie drogi”, odwołując się przy tym chętnie do koncepcji słusnościowych, takich jak: zasada dobrej wiary, idea nadużycia prawa, teoria ochrony zaufania, upatrując w nich bądź to samodzielną podstawę odpowiedzialności, bądź to uzasadnienie dla dowolnej (od przypadku do przypadku) kompilacji elementów obu reżimów.

2.2. Klasyfikacja zagadnienia odpowiedzialności przedumownej na płaszczyźnie merytorycznej może również zależeć od sposobu rozumienia konstrukcji stosunku umownego. Idea zgodnego konsensu stron (dwóch aktów woli), decydującego zarówno o istnieniu, jak i o zakresie treściowym stosunku wynikającego z umowy, nie jest jedyną koncepcją wyjaśniającą jego naturę. Konkuruje z nią idea stosunku społecznego, który narasta sukcesywnie i sukcesywnie wygasa, obejmując swym zasięgiem także skutki zdarzeń zaistniałych przed zawarciem umowy lub po jej wygaśnięciu. Dla każdego z etapów tego stosunku właściwe są nieco inne obowiązki partnerów, ale dla wszystkich źródłem i podstawą jest ta sama więź o charakterze społecznym.

Dla wielu wszakże autorów problem polega nie tyle na poszerzaniu granic samego stosunku umownego, ile na właściwym sprecyzowaniu chwili jego powstania albo chwili wygaśnięcia. Procedura zawarcia umowy nie-

⁶ Koncepcji poszczególnych typów deliktów towarzyszy niechęć do ich uogólniania oraz powściągliwość, gdy chodzi o poszerzanie zakresu odpowiedzialności podmiotu. Tradycyjnie ogranicza się zakres ochrony deliktowej przede wszystkim do przypadków wyrządzenia szkody na osobie (*personal injury*) lub szkody na mieniu (*property damage*). Natomiast przedumowne zachowania partnerów podlegać mają regulacji prawa kontraktów, które wykształciło wystarczające do oceny ich skutków instrumenty w postaci wad oświadczeń woli, wyzysku, niedozwolonych klauzul umownych, doktryny nadużycia prawa czy rękojmi (*economic duress, undue influence, misrepresentation, mistake, unconscionability, promissory estoppel, warranty*).

rzadko jest „rozciągnięta w czasie”, a *affectio contrahendi* wzrasta „krok po kroku” w miarę postępu negocjacji. Moment krytyczny, w którym powstająca stopniowo więź nabiera charakteru stosunku umownego, nie zawsze będzie łatwy do ustalenia, niekoniecznie też musi się pokrywać z formalnie rozumianą chwilą zawarcia umowy. Jeszcze trudniejszy do określenia wydaje się moment wygaśnięcia stosunku, rozumiany jako chwila, w której dochodzi do zaspokojenia interesów wierzyciela.

Na zagadnienie konstrukcji stosunku umownego można patrzeć także z punktu widzenia pytania o skutki prawne, jakie dany system prawny⁷ wiąże z faktem zawarcia umowy. Oprócz klasycznych „skutków kontraktowych” (jak ustalenie treści i sposobu wykonania oraz następstw naruszenia świadczeń umownych), wchodzić w grę mogą ewentualnie także inne obowiązki (np. informacyjne, dbałości o mienie i interesy partnera), choćby realizowane były na etapie przedumownym, o ile powinności te pozostają funkcjonalnie związane z zawarciem lub wykonaniem umowy.

Jeszcze inni odwołują się do kategorii stosunków podobnych do umów (*quasi-kontraktów*). O podobieństwie więzi przedumownych i umownych świadczyć mają te same idee przewodnie decydujące o przyznaniu ochrony: przyrzeczenie jednego z partnerów, rodzące zaufanie drugiego, potrzeba ochrony tego zaufania oraz idea wzajemności.

Wszystkie te idee, propozycje czy tendencje prowadzą do zacierania granicy pomiędzy stosunkiem umownym a etapem poprzedzającym zawarcie umowy. Obowiązki umowne „rozciągane” są na etap przedumowny. W szczególności dotyczy to obowiązku działania w dobrej wierze, lojalnej współpracy, szacunku dla interesów partnera, obowiązku dotrzymania tajemnicy. „Zachowania informacyjne” realizowane w sposób dobrowolny w celu skłonienia partnera do zawarcia umowy mieszają się z obowiązkami informacyjnymi, mającymi charakter świadczeń głównych lub ubocznych — z jednej strony, albo z przyrzeczeniami określającymi standard świadczenia (na użytek rękojmi lub gwarancji) — z drugiej. Podobnie utożsamia się powinności negocjacyjne z etapu tworzenia konsensu z późniejszymi obowiązkami negocjacyjnymi powstającymi już na tle trwającego stosunku umownego, związanymi czy to z koniecznością wypełnienia luk umowy „otwartej”, czy to z klauzulami przewidującymi renegowację umowy (*hardship*, klauzula salwatoryjna, rewizja ceny lub zakresu prac itp.). W konsekwencji koncepcja zachowań określanych mianem *culpa in contrahendo* staje się „wspólnym workiem” dla rozmaitych działań, powinności lub obowiązków, jeżeli tylko pozostają w jakimś związku z planowaną lub zawartą umową, a równocześnie nie polegają na realizacji ściśle rozumianych świadczeń umownych. Owa różnorodność stanów faktycznych sprawia, że „rozmywa się”

⁷ Por. art. 56 polskiego k.c.

główna idea przewodnia mająca pełnić funkcję kryterium rozgraniczającego, pozwalającego na odróżnienie przypadków, w których zasądzenie jakiejś rekompensaty wydaje się uzasadnione, od sytuacji, które ingerencji takiej nie wymagają.

2.3. Oceny w kwestii charakteru prawnego odpowiedzialności przedumownej mogą także zależeć od pożądanego zakresu ingerencji w autonomię zachowań uczestników obrotu. Model stosunku deliktowego zakłada większy zakres swobody (wolno wszystko to, co nie jest zakazane) niż model stosunku umownego (w którym wymaga się poszanowania dla uzasadnionych interesów partnera). Właściwe stosunkom umownym przekonanie, że to system prawny wyznacza stronom z góry dozwolone granice swobody (np. wycofania się z negocjacji), konkuruje z przeświadczeniem charakterystycznym dla deliktów, że regulacje prawne zmierzają nie tyle do ograniczenia swobody, ile raczej do jej ochrony przed wypaczeniami i nadużyciami.

2.4. Sporo zamieszania w dziedzinie odpowiedzialności przedumownej spowodowało szerokie dopuszczenie koncepcji słusznościowych (nadużycia prawa, zasady ochrony zaufania, zasady dobrej wiary i uczciwego obrotu), przy równoczesnej niemożności precyzyjnego określenia ram, w jakich koncepcje te funkcjonują. Nie wiadomo bowiem, czy odgrywają one jedynie rolę kryteriów oceny zachowania partnerów (na użytek stwierdzenia bezprawności lub winy subiektywnej), czy też można je traktować jak samodzielną podstawę odpowiedzialności. Ponadto płynność kryteriów słusznościowych sprawia, że bardzo trudno jest określić treść konkretnych obowiązków przedumownych. Nie sposób stwierdzić, czy nawiązanie do ideałów lojalności i uczciwości sugeruje właściwe stosunkom umownym wyższe standardy zachowania, czy też zadowolić nas powinny standardy charakterystyczne dla stosunków deliktowych. Nie jest także jasne, czy zgodny z owymi zasadami słuszności stan równowagi pomiędzy interesami partnerów powinien przypominać równowagę zakładaną dla stosunków kontraktowych, czy raczej dla stosunków deliktowych. Nie łatwo ocenić, jakie okoliczności (dotyczące sprawcy czy poszkodowanego) mają być ważniejsze lub decydujące. Czy liczy się bardziej nieuczciwe zachowanie, nadużycie lojalności lub brak szczerości jednego z partnerów, czy też raczej zawiedzione oczekiwania drugiego? Nie zdecydowano bowiem, czy celem opartej na „słuszności” odpowiedzialności przedumownej ma być ukaranie sprawcy za jego naganne zachowanie, czy chodzi raczej o przerzucenie na niego ryzyka wydatków, które drugi partner poniósł w zaufaniu, że dojdzie do zawarcia umowy albo w oczekiwaniu na uczciwe i profesjonalne negocjacje.

2.5. Oceny charakteru prawnego *culpa in contrahendo* nie ułatwiają wreszcie rozmaite związki pomiędzy zagadnieniem odpowiedzialności przedumownej a procedurą zawarcia umowy, przesłankami jej ważności oraz treścią i zakresem stworzonego konsensu⁸.

2.6. Omawiane kłopoty i wątpliwości pogłębia niesprecyzowane stanowisko judykatury w państwach zachodnich. Sądy — unikając na ogół wyraźnych deklaracji co do charakteru odpowiedzialności przedumownej — równocześnie wypracowały swój własny „kanon” kryteriów analizowanych w ramach oceny danego stanu faktycznego⁹.

3. Metoda i kryteria kwalifikacji pojęcia *culpa in contrahendo* w prawie prywatnym międzynarodowym

3.1. Zdaniem większości przedstawicieli doktryny różnych państw, wszelkie rozważania kolizyjne na temat *culpa in contrahendo* należy rozpoczynać od kwalifikacji tego pojęcia. Znacznie rzadsze są natomiast wypowiedzi na temat pożądanej metody kwalifikacji. Na ogół przeważa przekonanie, że powinna to być kwalifikacja autonomiczna¹⁰, oderwana od wykładni pojęć czy syste-

⁸ Por. więcej na ten temat M.A. Zachariasiewicz: *Z rozważań nad naturą prawną „culpa in contrahendo”*. W: *Rozprawy z prawa cywilnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego. Księga pamiątkowa Rejenta Romualda Szytyka*. Red. E. Drozd, A. Oleszko, M. Pazdan. Kluczbork 2007, s. 339, pkt 2.5.

⁹ W pierwszej kolejności badają, czy i na ile zachowanie jednego z partnerów zrodziło zaufanie drugiego partnera, prowokując jego zachowania, albo jak zmieniła się jego sytuacja, a także na ile zaufanie to było usprawiedliwione. W następnej kolejności oceniają przyczyny niepowodzenia i możliwość zapobieżenia mu przez partnera, którego przyczyna ta dotyczy. Liczą się także: charakter prawny umowy, status partnerów, stopień skomplikowania i wartość świadczeń, etap negocjacji i wcześniejsze kontakty handlowe pomiędzy partnerami albo określone zwyczaje handlowe. Spore znaczenie przywiązuje się do — poprzedzającego zawarcie umowy — wykonania (choćby częściowego) któregoś ze świadczeń za zgodą (choćby milczącą) drugiego partnera. Istotne jest również, który z partnerów wystąpił z inicjatywą zawarcia i jak mocno nakłaniał do tego drugiego partnera. Wiele zależy też od tworzonych przez strony dokumentów, ich charakteru i stopnia szczegółowości.

¹⁰ Nakaz kwalifikacji autonomicznej pojęcia *culpa in contrahendo* zawarto w pkt. 30 motywów rozporządzenia Rzym II (2003/0168(COD)). Podobnie M. Wojeвода: *Zakres prawa...*, s. 66—72 oraz 212—215. Por. także Opinion of Advocate..., s. 25—26.

matyki roszczeń przyjmowanych w konkretnym (*legis fori* albo *legis causae*) prawie krajowym. Metoda ta coraz częściej określana jest mianem kwalifikacji według norm kolizyjnych *fori*, zapewne po to, by podkreślić znaczenie struktury stosowanego przez sąd systemu norm prawa prywatnego międzynarodowego¹¹. Niektórzy autorzy¹² opowiadają się za kwalifikacją według *legis causae*, która umożliwia — ich zdaniem — dotarcie do przepisów prawa właściwego najlepiej regulujących dany przypadek *culpa in contrahendo*¹³.

3.2. Kwalifikacja przypadków *culpa in contrahendo* zasadniczo prowadzi do uznania powstającego pomiędzy stronami stosunku za kontraktowy albo za deliktowy¹⁴ (względnie *quasi*-kontraktowy albo *quasi*-deliktowy). Nie brak jednak głosów, że negocjacje — jako samodzielny stosunek — zasługują na stworzenie odrębnego powiązania, niektóre przypadki *culpa in contrahendo* zaś powinny być poddane jeszcze innemu prawu (np. statutowi zdolności). Największym powodzeniem, zwłaszcza w literaturze niemieckiej, cieszy się przekonanie o konieczności różnicowania poszczególnych przypadków *culpa in contrahendo* w zależności od ich natury.

3.3. Rolę podstawowego kryterium kwalifikacji odgrywa źródło stosunku prawnego¹⁵. Stosunki umowne wynikają z aktu woli, stosunki deliktowe zaś — z naruszenia takich dóbr jak: życie, zdrowie, własność, bezpieczeństwo,

¹¹ A. Henk: *Die Haftung...*, s. 52, 79 i nast., 97, 98 i nast., określając tę metodę mianem „europejsko-autonomicznej” lub „funkcjonalnej wedle *lex fori*”, zarzuca innym autorom (za pewne słusznie) zbyt łatwe przenoszenie konstrukcji i poglądów z własnego prawa merytorycznego na płaszczyznę prawa kolizyjnego, co nie przeszkadza mu czynić tego samego w dalszych wywodach.

¹² Tak np. D. Moura Vicente (*Precontractual...*, s. 716), ale tylko na użytek krajowych norm kolizyjnych. Normy konwencji rzymskiej powinny być kwalifikowane autonomicznie. Zdaniem J. Harris, in: J. Fawcett, J. Harris, M. Bridge: *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*. Oxford 2005, s. 1030 (p. 17.100), w ramach kwalifikacji wedle kolizyjnej *legis fori* trzeba jednak uwzględnić także stanowisko *legis causae*. Przeciwnego zdania jest natomiast M. Wojewoda: *Zakres prawa...*, s. 215.

¹³ Przy czym wykluczają oni możliwość sięgania w prawie właściwym do przepisów innego działu niż będący odpowiednikiem zakresu danej normy kolizyjnej.

¹⁴ Zdaniem G. Hohlocha: *Culpa in...*, s. 19, przekonanie o *tertium non datur* przyjęto powszechnie w piśmiennictwie niemieckim. Por. także J. Harris, in: J. Fawcett, J. Harris, M. Bridge: *International...*, s. 999, p. 17.22 (konieczność wyboru drogi kontraktowej albo deliktowej oznacza, jego zdaniem, że na płaszczyźnie kolizyjnej, w przeciwieństwie do angielskiego prawa merytorycznego, nie ma możliwości jednoczesnego korzystania z obu podstaw odpowiedzialności).

¹⁵ Tak np.: D. Moura Vicente: *Precontractual...*, s. 703, 711; S. Egeler: *Konsensprobleme...*, s. 228; K. Patzek: *Die vertragsakzessorische Anknüpfung im Internationalen*

środowisko itp. Pierwsze chronią oczekiwania konkretnego adresata danego przyrzeczenia, drugie — interesy ogółu (istniejące *status quo*), przyczyniając się do tworzenia standardów postępowania wyznaczających granice swobody działania jednostki. Treścią stosunków umownych jest na ogół pozytywny obowiązek określonego zachowania się (starannego działania) wobec oznaczonej osoby, dalej idący niż obowiązki powszechne wobec ogółu. Dokonując kwalifikacji, pytamy zatem, czy doszło do naruszenia pozytywnego obowiązku lojalnego działania wobec drugiego partnera, szczególnego lub dalej idącego niż powszechny obowiązek nieszkodzenia innym, czy też naruszono jedynie powszechny zakaz nadużywania swobody negocjacyjnej do własnych celów lub z zamiarem wyrządzenia drugiemu szkody.

3.4. Bardzo podobnym kryterium kwalifikacji jest źródło zaufania, chronionego za pomocą koncepcji *culpa in contrahendo*. Podstawą i uzasadnieniem dla tej ochrony może być wola stron albo przepis ustawy.

Kryterium to zastosował ETS w znanych sprawach *Handte*¹⁶ i *Tacconi*¹⁷, dotyczących interpretacji art. 5 pkt 1 (określającego jurysdykcję dla umów lub roszczeń wynikających z umowy) oraz art. 5 pkt 3 (dotyczącego czynów niedozwolonych lub czynów podobnych do czynu niedozwolonego albo roszczeń wynikających z takiego czynu) Konwencji brukselskiej z dnia 27 września 1968 r. o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych¹⁸. W obu sprawach Trybunał przyjął, że powództwo dopiero zmierza do ustalenia odpowiedzialności, i że nie istniały wcześniej-

Privatrecht; dargestellt anhand des Deliktsrechts, der Geschäftsführung ohne Auftrag, des Bereicherungsrechts und der culpa in contrahendo. München 1992, s. 149.

¹⁶ Orzeczenie ETS z dnia 17.06.1992 r. w sprawie *Jakob Handte v. Traitements Mecano-Chimiques des Surfaces*, C-26/91, [1992] ETS I-3967, dotyczące odpowiedzialności za produkt wobec finalnego nabywcy.

¹⁷ Orzeczenie ETS z dnia 17.09.2002 r. w sprawie *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, C-334/00, [2002] ETS I-7357. Powód (włoski leasingobiorca) i pozwany (niemiecki dostawca linii produkcyjnej) negocjowali zawarcie umowy dostawy pomiędzy HWS a leasingodawcą *BN Commercio e Finanza SpA*, z którym powód zawarł już — za zgodą dostawcy — umowę leasingu. Zdaniem HWS, umowa dostawy z *BN* była w istocie rzeczy zawarta, natomiast *Tacconi* twierdziło, że *HWS* zerwał negocjacje, naruszając tym samym obowiązek działania w dobrej wierze oraz usprawiedliwione oczekiwania powoda, co uzasadnia jego roszczenie o odszkodowanie za poniesione straty. Rozpatrujący sprawę Corte Suprema di Cassazione skierował do ETS pytanie, czy w przypadku *culpa in contrahendo* wchodzi w grę jedynie jurysdykcja ogólna (domicyl pozwanego), czy też możliwe jest sięgnięcie do art. 5 konwencji, a jeżeli tak, to czy chodzić ma o art. 5 pkt 1 czy art. 5 pkt 3 konwencji.

¹⁸ Tekst jednolity konwencji w: Dz.Urz. WE z dnia 26 stycznia 1998 r., C 027. Orzeczenia te mają, rzecz jasna, znaczenie także dla interpretacji tak samo brzmiących przepisów pkt. 1 i 3 art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) Nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych

sze dobrowolne zobowiązania jednego partnera wobec drugiego, które mogłyby uzasadnić określenie jurysdykcji na podstawie art. 5 pkt 1 konwencji. W przypadku *Tacconi* odpowiedzialność ta stanowi raczej następstwo niedotrzymania ustawowego obowiązku działania w dobrej wierze. Zgodnie z opinią rzecznika generalnego, na której ETS oparł swą decyzję, konieczne jest odróżnienie oczekiwań partnerów powstających w związku z negocjacjami od ich konkretnych zobowiązań wynikających z określonych aktów woli¹⁹. O istnieniu takich zobowiązań można zaś mówić jedynie wówczas, gdy przeciętny uczestnik obrotu powinien być świadomy, że zobowiązania takie zaciąga²⁰. Zakres art. 5 pkt 1 należy interpretować restryktywnie²¹, w porównaniu z zakresem art. 5 pkt 3, któremu podlegać będą wszystkie pozostałe roszczenia odszkodowawcze²². Korzystanie z art. 5 pkt 1 można uznać za uzasadnione wyłącznie wtedy, gdy źródłem sporu jest już występujący stosunek o charakterze umownym, w którym konkretnym zobowiązaniom jednego partnera odpowiadają określone uprawnienia drugiego²³, miejsce wykonania świadczenia zaś nie tylko może być skonkretyzowane, ale stanowi także wyraz na tyle ścisłego związku sporu z miejscem siedziby sądu, że usprawiedliwia to przyjęcie dodatkowej jurysdykcji szczególnej. Ścisłej interpretacji zakresu pkt. 1 wymaga wreszcie realizacja postulatów prostoty rozwiązań i przewidywalności jurysdykcji²⁴.

3.5. Rolę kryterium kwalifikacji przypadków *culpa in contrahendo* odgrywa czasami podstawa prawna roszczenia. Odpowiedzialności na zasadzie winy nadaje się charakter deliktowy, natomiast odpowiedzialność niezależną od winy wiąże się raczej z reżimem kontraktowym²⁵. W przypadku zaś gdy sa-

(Dz.Urz. WE z dnia 16.01.2001 r., L 12, s. 1, PWS, rozdz. 19, T. 4, s. 42), które od dnia 1 marca 2002 r. zastąpiło konwencję brukselską.

¹⁹ Tak: Opinion of Advocate..., s. 78. Nie wyklucza to możliwości zawierania porozumień wstępnych na etapie negocjacji, które będą podlegały art. 5 (1) konwencji (rozporządzenia).

²⁰ Opinion of Advocate..., s. 73 oraz orzeczenie ETS w sprawie *Handte*.

²¹ Ibidem, s. 31—41, 51—52, 74.

²² Oba przepisy wykluczają się wzajemnie, co wyłącza możliwość zbiegu podstaw jurysdykcji.

²³ Albo gdy strona dochodzi zawarcia umowy lub uznania jej istnienia.

²⁴ Decyzja ETS w sprawie *Tacconi* została poddana ostrej krytyce, zwłaszcza w literaturze niemieckiej (por. np. P. M a n k o w s k i: *Die Qualifikation...*, s. 128 i nast., a w literaturze polskiej: K. S z n a j d e r: *Pojęcie umowy i roszczenia wynikającego z umowy na tle regulacji europejskich dotyczących jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, z. 2, s. 521, przyp. 112). Wnioski przeciwne do *Tacconi* wynikały także z wcześniejszego *Evrigenis Report*, zawierającego wykładnię konwencji brukselskiej przy okazji przystąpienia do niej Grecji. Odpowiedzialność przedumowna mogła być poddana art. 5 pkt 1 konwencji (Opinion of Advocate..., s. 57).

²⁵ Por. np. D. M o u r a V i c e n t e: *Precontractual...*, s. 712 i 715 oraz G. F i s c h e r: *Culpa in...*, s. 170.

modzielną podstawę odpowiedzialności stanowi naruszenie zasady dobrej wiary, kwalifikacja zależeć będzie od sposobu jej rozumienia. Jeżeli pod jej pojęciem nie kryje się nic więcej niż zwyczajny obowiązek uczciwego postępowania i uwzględniania uzasadnionych interesów drugiego partnera, to właściwsze wydają się konotacje deliktowe. Skojarzenia kontraktowe będą natomiast bardziej usprawiedliwione wówczas, gdy obowiązek postępowania w dobrej wierze postrzega się jako nakaz działania w interesie drugiego partnera względnie nakaz podporządkowania mu własnych interesów.

3.6. Za kolejne kryterium kwalifikacyjne niektórzy autorzy uznają podobieństwo do stosunków umownych albo bliski z nimi związek. Przyznają też oni najczęściej pierwszeństwo²⁶ kwalifikacji kontraktowej, przyjmując równocześnie szerokie rozumienie pojęcia zobowiązań umownych.

Zdaniem jednych, statutowi kontraktowemu należy poddawać obowiązki przedumowne, funkcjonalnie²⁷ związane z zawarciem lub wykonaniem umowy. Związek taki zachodzi zaś wtedy, gdy naruszenie obowiązków przedumownych pociąga za sobą „pozytywne” naruszenie umowy, w przeciwieństwie do naruszeń zachodzących „przy okazji”, albo naruszeń dóbr już istniejących (bez względu na ich rodzaj), które należy traktować jak delikty²⁸. Zdaniem innych autorów, prawu właściwemu dla umowy powinny podlegać „wszystkie kwestie pozostające w odpowiednio silnym kontekście kontraktowym”, w tym także „roszczenia odszkodowawcze związane z nieważnością, nieistnieniem lub innym wcześniejszym zakończeniem bytu umowy”. Jednolitej, kontraktowej ocenie należy poddawać kwestie „łączące się z umową w pewną całość logiczną, gospodarczą, a w konsekwencji także prawną”²⁹.

²⁶ Tak np.: P. Mankowski: *Die Qualifikation...*, s. 128 (oraz cytowane w przyp. 14 orzeczenie ETS); D. Moura Vicente: *Precontractual...*; G. Hohloch: *Culpa in...*, s. 23; M. Wojewoda: *Zakres prawa...*, s. 213; Komentarz Instytutu Maxa Plancka (Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its modernization [max_planck_institute_foreign_private_international_law_en.pdf]), s. 94.

²⁷ Tak: D. Moura Vicente (*Precontractual...*, s. 711) w odniesieniu do obowiązku informowania i lojalności, jak również co do wypadków samochodowych spowodowanych przed zawarciem umowy (Ibidem, s. 716); P. Mankowski: *Die Qualifikation...*, s. 131; S. Egele: *Konsensprobleme...*, s. 229.

²⁸ Tak: S. Egele: *Konsensprobleme...*, s. 219 i 223 oraz cytowani przez tę autorkę J. Frick i Ch. von Bar (s. 223). O „wewnętrznym” związku pomiędzy *culpa in contrahendo* a umową, w kontekście obowiązków informacyjnych i doradztwa, wspomina także K. Patrzek: *Die vertragsakzessorische...*, s. 158—159 i tam cytowani autorzy.

²⁹ Tak M. Wojewoda: *Zakres prawa...*, s. 67—69, 213—215 (w odniesieniu do niełojalnych negocjacji) oraz s. 384, 410—411 (na temat zakresu art. 10 ust. 1 lit. e konwencji rzymskiej). Podobnie odpowiedzialność pozaumowną za zawarcie nieważnego kontraktu poddają zakresowi art. 10 ust. 1 lit. e konwencji: D. Moura Vicente (*Precontractual...*, s. 710);

Dopiero gdy brak jest owego „silnego kontekstu kontraktowego”, trzeba będzie przyjąć kwalifikację deliktową.

Z kolei do kategorii stosunków podobnych do zobowiązań umownych niektórzy zaliczają więzi o charakterze kooperacyjnym pomiędzy oznaczonymi osobami, oparte na zaufaniu uzasadnionym już samą tylko możliwością uregulowania przez nie oczekiwań, ryzyka lub wydatków związanych z przyszłą umową, nazywając je „umowami w znaczeniu ekonomicznym”³⁰. Zaliczeniu owych więzi do „sfery kontraktowej” nie przeszkadza okoliczność, iż skutki związane z ich naruszeniem wynikają z ustawy, jeżeli tylko pozostają one w związku z oświadczeniem lub oświadczeniami woli (choćby dorozumianymi albo przyszłymi). Za jednolitą oceną zachowań przedumownych i umownych przemawiać mają trudności w odgraniczeniu obu etapów i określeniu momentu, w którym miałyby się zmienić podstawa odpowiedzialności.

3.7. Wielu autorów zagadnienie kwalifikacji *culpa in contrahendo* postrzega przez pryzmat etapu, na jakim znajduje się proces tworzenia konsensu. O prawie właściwym przesądza fakt zawarcia planowanego kontraktu³¹. Od tego momentu wszelkie roszczenia, także odszkodowawcze z tytułu zdarzeń poprzedzających zawarcie, podlegają — ze względu na znacznie silniejszy związek — prawu właściwemu dla umowy. Jeżeli zaś nie dojdzie do jej zawarcia, to odpowiedzialności przedumownej należy nadawać charakter deliktowy³².

Znacznie częściej kryterium „etapu” procedury tworzenia konsensu rozumiane jest jako stopień zaawansowania negocjacji³³ albo intensywności

P. Courbet (*Droit international privé*. Paris 2000, s. 308) oraz B. Audit (*Droit international privé*. Paris 2000, s. 829); ten ostatni art. 10 ust. 1 lit. e skłonny jest poddać także odpowiedzialność kontraktującego wobec osób trzecich, natomiast P. Mayer i V. Heuzé (*Droit international privé*. Paris 2004, s. 739) wspominają tylko ogólnie o skutkach nieważności umowy, w tym — o restytucji. Przeciwnego zdania są zaś G. Fischer (*Culpa in...*, s. 170) i G. Hohloch (*Culpa in...*, s. 19). Statut kontraktowy może decydować wyłącznie o dojściu umowy do skutku i o restytucji w razie nieważności, ale już nie o odszkodowaniu za zawarcie nieważnej umowy. Por. w tym samym duchu Komentarz Instytutu Maxa Plancka (Comments on..., s. 96).

³⁰ Por. P. Mankowski: *Die Qualifikation...*, s. 131.

³¹ Tak np.: F. Juenger (cyt. za: W. Tetley: *Good Faith in Contract Particularity in the Contracts of Arbitration and Chartering*, <http://tetley.law.mcgill.ca/comparative>, s. 6); S. Egeler: *Konsensprobleme...*, s. 226 i cytowany przez tę autorkę A. Lüderitz (s. 222, przyp. 875); G. Fischer: *Culpa in...*, s. 169. Por. także Komentarz Instytutu Maxa Plancka (Comments on..., s. 96) oraz G. Hohloch: *Culpa in...*, s. 23.

³² O tym, czy doszło do zawarcia umowy, decyduje rzecz jasna statut kontraktowy.

³³ Kryterium to nawiązuje do cieszącego się dużym zainteresowaniem orzeczenia holenderskiego Hoge Raad z dnia 18.06.1982 r. w sprawie *Plas v. Valburg*. *Nederlandse Jurisprudentie*

zaufania w połączeniu z uzgodnieniem istotnej części przyszłej umowy³⁴. Powstającą pomiędzy stronami więź można traktować jak kontraktową, jeżeli z okoliczności wynika, że strony zaciągnęły wobec siebie zobowiązania do określonego działania, dalej idące niż zwykły obowiązek niewyrządzania szkody, a powstający stosunek — chociaż *in statu nascendi* — jest już na tyle skonkretyzowany, że możliwe jest określenie prawa właściwego dla przyszłego kontraktu. Jeżeli zaś stosunek jest ciągle jeszcze prowizoryczny, nie rodzi obowiązków szczególnych, innych niż powszechne, i nie wykazuje jeszcze własnych związków z danym prawem, to wejść może w grę — w przypadku wyrządzenia szkody — jedynie odpowiedzialność deliktowa.

3.8. Czasami o deliktowej albo kontraktowej kwalifikacji może przesądzić środek prawny, z którego korzysta pokrzywdzony³⁵. Powództwom, uprawnieniom lub zarzutom dotyczącym istnienia lub ważności umowy względnie jej wzruszenia albo umownego prawa odstąpienia, jak również skardze o odszkodowanie w granicach pozytywnego interesu, nadaje się charakter kontraktowy, roszczenie odszkodowawcze w granicach negatywnego interesu zaś, typowe dla *culpa in contrahendo*, traktowane jest na ogół jak deliktowy środek prawny. Kryterium to budzi kontrowersje, zwłaszcza

1983, 723 (cyt. za: Opinion of Advocate..., s. 62; na temat orzeczenia por. także J.M. van Durné, in: *Precontractual Liability*. Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada 18—24 August 1990. Ed. E. Hondius Deventer. Boston 1991, s. 230 i nast.; C. Mak, in: *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*. Eds. D. Bush et al. Kluwer 2002, s. 131, a w literaturze polskiej E. Rott-Pietrzyk: *Klauzula...*, s. 196, przyp. 363), w którym wyróżniono trzy etapy negocjacji. W pierwszym, początkowym etapie, nie istnieją jeszcze żadne wzajemne obowiązki partnerów, a nawiązany kontakt może być w każdej chwili zerwany bez odpowiedzialności którejkolwiek ze stron. W trakcie następnego etapu pomiędzy stronami powstaje szczególnie stosunek zaufania, którego naruszenie w określonych okolicznościach może stanowić delikt lub *quasi-delikt*, będący podstawą roszczenia odszkodowawczego, obejmującego zarówno zwrot poniesionych przez drugiego partnera kosztów, jak i rekompensatę za utracone przez niego szanse. W ostatnim etapie, gdy negocjacje wchodzą już w fazę końcową, stosunek zaufania jest już tak „intensywny”, że jego zerwanie uzasadnia albo żądanie zawarcia umowy, albo — jako ekwiwalentu — zapłaty odszkodowania w granicach pozytywnego interesu (wraz z utraconym zyskiem z planowanej umowy). Odpowiedzialność taka ma już charakter kontraktowy.

³⁴ Por. np.: Opinion of Advocate..., s. 55, 62, 65—66, 81—84; D. Moura Vicente: *Precontractual...*, s. 711; S. Egeler: *Konsensprobleme...*, s. 224, 227—228, i tam cytowani autorzy; J. Fawcett, in: *International Sale...*, s. 337/p. 6.81.

³⁵ Por. w tym duchu np.: J. Fawcett, in: *International Sale...*, s. 331/p. 6.67, s. 335/p. 6.75 i 6.77, s. 338/p. 6.82, s. 340/p. 6.87; J. O'Brien: *Smith's Conflict of Laws*. London—Sydney 1999, s. 348; E. Scoles, P. Hay: *Conflict of Laws*. St. Paul, Minnesota 1992, s. 729, ale także Opinion of Advocate..., s. 53.

w literaturze niemieckiej³⁶. Te same środki prawne³⁷ mogą być bowiem wykorzystywane w ramach różnych statutów, i to nie one określają charakter stosunku, lecz odwrotnie — ich dopuszczalność zależy od prawa uznanego dlań za właściwe.

3.9. Zdarza się też i tak, że decyzja co do kwalifikacji jest w istocie rzeczy czysto pragmatyczna. Nie zależy od natury ocenianego stosunku, ale od pytania, które łączniki, lokalne czy personalne, wykorzystywane dla stosunków kontraktowych czy deliktowych, lepiej wskazują prawo najsilniej związane z ocenianym stanem faktycznym, lepiej chronią oczekiwania partnerów albo lepiej nadają się do zastosowania w danym przypadku. Który z katalogów reguł kolizyjnych, dotyczący umów czy stosunków pozaumownych, zapewni wreszcie więcej swobody, pozwalając na uwzględnianie różnicowanej natury sytuacji obejmowanych mianem *culpa in contrahendo*.

Odpowiedzi na przytoczone pytania zależą od okoliczności konkretnego przypadku. Jak się jednak wydaje, na ogół bardziej przydatny okazuje się katalog reguł deliktowych (pozaumownych). Zasadniczą zasadę właściwości prawa miejsca zdarzenia (którego lokalizacja zależy od okoliczności danego przypadku) uzupełniają bowiem: wybór prawa przez strony, prawo wspólnego miejsca zwyczajnego pobytu lub siedziby partnerów, prawo właściwe dla stosunku (np. umowy), z którym związana jest więź pozaumowna, i wreszcie reguła korekcyjna, pozwalająca na zastosowanie prawa najściślej związanego z ocenianym stosunkiem.

3.10. Pod wpływem literatury niemieckiej³⁸ rozpowszechnia się³⁹ przekonanie o niemożności znalezienia jednolitych kryteriów kwalifikacji dla wszyst-

³⁶ Por. np. G. Fischer: *Culpa in...*, s. 171; S. Egeler: *Konsensprobleme...*, s. 226; U. Nickl: *Die Qualifikation...*, s. 124 i nast.; P. Mankowski: *Die Qualifikation...*, s. 133; D. Martiny, in: Ch. Reithmann, D. Martiny: *Internationales Vertragsrecht*. Köln 2004, s. 271.

³⁷ Jak np. roszczenie o zwrot świadczenia albo skarga o zaniechanie naruszeń.

³⁸ Jako pierwszy koncepcję różnicowania poszczególnych przypadków zaproponował H. Bernstein: *Kollisionsrechtliche Fragen der culpa in contrahendo*. RabelsZ 1977, Bd. 41, s. 285 i nast. Rozwiązanie to przyjmują współcześnie niemal wszyscy przedstawiciele doktryny niemieckiej: U. Nickl: *Die Qualifikation...*, s. 88 i nast.; G. Fischer: *Culpa in...*, s. 160 i nast.; P. Mankowski: *Die Qualifikation...*, s. 128 i nast.; K. Patrzek: *Die vertragsakzessorische...*, s. 152; G. Hohloch: *Culpa in...*, s. 22 i nast.; D. Martiny, in: *Internationales...*, s. 272; D. Looschelders: *Internationales Privatrecht — Art. 3—46 EGBGB*. Berlin—Heidelberg 2004, s. 535; U. Spellenberg, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 10. München 2006, s. 2077—2078, p.b. 59—61.

³⁹ Por. S. Egeler: *Konsensprobleme...*, s. 219 i nast.; K. Siehr: *Das internationale Privatrecht der Schweiz*. Zürich 2002, s. 253 i 321; J. Kren Kostkiewicz, in: *Züricher Kom-*

kich przypadków obejmowanych mianem *culpa in contrahendo* oraz konieczności ich różnicowania.

Jako „kontraktowe” traktowane są na ogół obowiązki informacyjne i doradcze realizowane przed zawarciem umowy, chyba że mają one na celu nie tyle ochronę interesów partnera (choćby potencjalnego, a nie konkretnego), ile ochronę rynku, uczciwej konkurencji, stabilności cen lub innych podobnych racji ogólnych. Jest to podyktowane wyjątkowo silnymi związkami tych obowiązków z przyszłą umową, w tym z odpowiedzialnością z tytułu rękojmi lub gwarancji. Treść i zakres powinności informacyjnych i doradczych zależy bowiem od charakteru przyszłej umowy, sposób ich spełnienia zaś może mieć wpływ na losy samego stosunku umownego (jego wzruszenie lub odpowiedzialność za wadliwe wykonanie). Chodzi także o możliwie jednolitą ocenę wszystkich roszczeń lub uprawnień związanych z umową.

Podobnie z reguły⁴⁰ podchodzi się do spowodowanego zawinionym działaniem niedojścia umowy do skutku, jej nieważności albo wzruszalności względnie zawarcia umowy o treści niezgodnej z oczekiwaniami, będących następstwem na przykład bezprawnego odwołania oferty, odmowy zawarcia kontraktu w odpowiedniej formie bądź potwierdzenia go w przypadku braków dotyczących zdolności, wprowadzenia w błąd lub przemilczenia informacji, które wymagały ujawnienia, albo doprowadzenia do zawarcia umowy przez zaskoczenie. Spotykane czasami odstępstwa dotyczą przypadków odpowiedzialności za pozorowanie posiadania pełnej zdolności, które niektórzy poddają bądź to wyłącznie statutowi zdolności, bądź statutowi kontraktowemu, ale z uwzględnieniem ochrony przewidzianej w prawie dla zdolności właściwym, po to, by nie zniweczyć celów ochronnych przepisów tego prawa, uzależniających od zdolności ważność lub skuteczność czynności prawnej⁴¹.

Różnice zdań dotyczą odpowiedzialności za nieusprawiedliwione zerwanie negocjacji lub prowadzenie ich bez szczerego zamiaru zawarcia umowy. Zdaniem wielu autorów⁴², zwłaszcza niemieckich, należy ją poddawać bądź

mentar zum IPRG. Schulthess 2004, s. 1272; J. Fawcett oraz J. Harris, in: *Internationales Sales...*, s. 335 i nast., 997 i nast., 1026 i nast.; D. Moura Vicente: *Precontractual...*, s. 711; A. Henk: *Die Haftung...*, s. 98 i nast., 228 i nast., 250 i nast., 270 i nast., 296 i nast.

⁴⁰ Inaczej (tzn. jako deliktową) postrzega się odpowiedzialność odszkodowawczą za *misrepresentation*, *misstatement* i przemilczenie oraz za nieuczciwe wycofanie oferty w orzecznictwie i literaturze anglosaskiej (J. Fawcett, in: *Internationales Sales...*, s. 335 i nast., 354/p. 6.116 i nast. oraz J. Harris, in: *Internationales Sales...*, s. 997/p. 17.8, 999/p. 17.22, 1026/p. 17.90 i 1027/p. 17.94, 1039/p. 17.122 i nast.; P. North: *Private International Law*. Oxford 2004, s. 636; J.G. Collier: *Conflict of Laws*. Cambridge 2004, s. 230; E. Scoles, P. Hay: *Conflict...*, s. 626).

⁴¹ Tak G. Fischer: *Culpa in...*, s. 171. Por. także S. Egeler: *Konsensprobleme...*, s. 231 i cytowane tam orzeczenia.

⁴² U. Nickl: *Die Qualifikation...*, s. 88; P. Mankowski: *Die Qualifikation...*, s. 128 (oraz literaturę cytowaną w przyp. 8) i 134; K. Patzek: *Die vertragsakzessorische...*,

to prawu właściwemu dla planowanego kontraktu⁴³, bądź to prawu określanemu — na zasadzie analogii — przez reguły kolizyjne dla stosunków umownych⁴⁴. Niektórzy za uzasadnione uznają nawet sięganie do analogii z normy kolizyjnej dotyczącej istnienia umowy (np. z art. 8 ust. 2 konwencji rzymskiej), zgodnie z którą strona, aby wykazać, iż nie wyraziła zgody na jej zawarcie, może powołać się na prawo swego miejsca zwykłego pobytu, o ile z okoliczności wynika, że ocena skutków jej zachowania według prawa właściwego dla umowy nie byłaby uzasadniona. Na zasadzie analogii z takiej normy partner nieświadomy obowiązku działania w dobrej wierze mógłby powołać się na swe własne prawo, by wykazać, że nie ponosi odpowiedzialności za naruszenie obowiązków negocjacyjnych⁴⁵. Nie brak jednak głosów przeciwnych. Jedni autorzy dla zerwania negocjacji przyjmują kwalifikację pozaumowną⁴⁶, inni decyzję uzależniają od etapu negocjacji⁴⁷ albo winy jako przesłanki takiej odpowiedzialności⁴⁸.

s. 152—153 (choć z wątpliwościami ze względu na zarzut niedopuszczalności sięgania do statutu kontraktowego, dopóki nie doszło do zawarcia umowy); G. Hohloch: *Culpa in...*, s. 24; K. Siehr: *Das Internationale...*, s. 321.

⁴³ Tak również: M. Wojewoda: *Zakres prawa...*, s. 213—215; oraz autorzy Komentarza Instytutu Maxa Plancka (Comments on..., s. 96), zdaniem których wszystkie przypadki *culpa in contrahendo*, z wyjątkiem odpowiedzialności za zerwanie negocjacji, należy kwalifikować „deliktowo”.

⁴⁴ Tak np. J. Kren Kostkiewicz, in: *Züricher Kommentar...*, s. 1273; D. Martiny, in: *Internationales...*, s. 272; D. Looschelders: *Internationales...*, s. 535. Podobnie A. Henk: *Die Haftung...*, s. 98 i nast. oraz s. 360, a także U. Spellenberg, in: *Münchener Kommentar...*, s. 2078, p.b. 61, którzy powołują się na analogiczne stosowanie art. 31 ust. 1 oraz art. 32 ust. 1 nr 5 EGBGB (będących odpowiednikami art. 8 ust. 1 oraz art. 10 ust. 1 lit. e konwencji rzymskiej).

⁴⁵ Tak np.: A. Henk: *Die Haftung...*, s. 363 oraz autorzy Komentarza Instytutu Maxa Plancka (Comments on..., s. 96), którzy proponują nawet zamieszczenie w rozporządzeniu Rzym I wyraźnego przepisu tej treści. Obecny art. 10 rozporządzenia powinien być poszerzony o dodatkowy przepis wyraźnie poddający odpowiedzialność za zawinione zerwanie negocjacji albo spowodowanie nieskuteczności umowy lub zawarcie umowy niezgodnej z oczekiwaniami hipotetycznemu statutowi kontraktowemu, natomiast do ust. 2 art. 10 należałoby dodać zastrzeżenie, iż strona może się powołać na prawo swego zwykłego pobytu także po to, by wykazać, że nie zaciągnęła żadnych zobowiązań z tytułu kontaktów przedumownych. Podobnie J. Kren Kostkiewicz, in: *Züricher Kommentar...*, s. 1273 (powołująca się na analogię do art. 123 ustawy szwajcarskiej). Por. wszakże D. Martiny, in: *Internationales...*, s. 272, którego zdaniem poglądy takie są odosobnione.

⁴⁶ Por. rozważania zawarte w pkt. 3.4 niniejszego artykułu.

⁴⁷ Tak: S. Egeler: *Konsensprobleme...*, s. 226, 228—229, 245; Opinion of Advocate..., s. 65 i 66.

⁴⁸ Tak: D. Moura Vicente: *Precontractual...*, s. 711, 712, 715, który zawinioną odmowę kontynuowania negocjacji skłonny jest poddać statutowi deliktowemu, zaś odpowiedzialność niezależną od winy za szkodę wyrządzoną w toku negocjacji lub przez ich zerwanie łączy raczej z prawem właściwym dla przyszłego kontraktu.

Jeszcze inni⁴⁹ uznają powstającą w trakcie negocjacji więź za szczególny stosunek prawny, rodzący specyficzne obowiązki partnerów i zasługujący w związku z tym na samodzielne powiązanie kolizyjne. „Rozciąganie” statutu kontraktowego na etap negocjacji wydaje się, ich zdaniem, niewłaściwe nie tylko ze względu na niedopuszczalność sięgania doń, dopóki nie dojdzie do zawarcia umowy⁵⁰, ale przede wszystkim z uwagi na oczekiwania partnerów. Dostosowują oni swe zachowania negocjacyjne nie do hipotetycznego statutu przyszłej umowy, ale do prawa swego własnego „otoczenia prawnego” (to jest prawa miejsca swego zwykłego pobytu albo swej siedziby). Przeciwno idei jednolitego podporządkowania negocjacji i samej umowy przemawia ponadto brak wzajemności pomiędzy obowiązkami negocjacyjnymi obu partnerów. Stosunek przedumowny z uwagi na swą specyfikę ma swój własny „punkt ciężenia”, wskazaniu prawa właściwego zaś służyć powinna kombinacja powiązań kontraktowych i deliktowych (wybór prawa, wspólna płaszczyzna prawna, na przykład siedziba obu partnerów w tym samym państwie, miejsce prowadzenia negocjacji, a w przypadku rokowań *inter absentes* — miejsce zwyczajnego pobytu lub siedziba partnera, który inicjuje negocjacje albo w którym świadczenie zaoferowano lub o nie pytano względnie miejsce, w którym powstaje zaufanie partnera do obietnic lub działań drugiej strony).

Z kolei za deliktowe uznaje się zazwyczaj⁵¹ obowiązki ochrony i pieczy wobec dóbr innych osób, chyba że negocjacje są już zaawansowane, a chodzi o dobra drugiego partnera, albo obowiązek pieczy jest funkcjonalnie związany z przyszłym kontraktem⁵², bądź też strony zawarły porozumienie wstępne, przewidując w nim takie obowiązki⁵³.

⁴⁹ Tak np.: G. Fischer: *Culpa in...*, s. 169—170, 175. Por. także G. Hohloch: *Culpa in...*, s. 25; S. Egeler: *Konsensprobleme...*, s. 230; U. Spellenberg, in: *Münchener Kommentar...*, s. 2078, p.b. 61.

⁵⁰ Zarzut błędnego koła przewyciężono co prawda w odniesieniu do kwestii istnienia i ważności umowy, ale nie znaczy to, że statutowi kontraktowemu można poddać pozaumowne skutki nielejalnego zachowania się w toku umowy.

⁵¹ Por. H. Bernstein: *Kollisionsrechtliche...*, s. 285 i nast.; G. Hohloch: *Culpa in...*, s. 23; P. Mankowski: *Die Qualifikation...*, s. 128 i nast.; K. Patrzek: *Die vertragsakzessorische...*, s. 157; K. Siehr: *Das Internationale...*, s. 253; D. Looschelders: *Internationales...*, s. 535 i tam cytowani autorzy. Podobnie U. Spellenberg, in: *Münchener Kommentar...*, s. 2077, p.b. 59; A. Henk: *Die Haftung...*, s. 270 i nast. i 361; oraz D. Martiny, in: *Internationales...*, s. 272, ale tylko w odniesieniu do szkód na ciele. Por. także D. Moura Vicente: *Precontractual...*, s. 711.

⁵² Por. S. Egeler: *Konsensprobleme...*, s. 227—229, 231. Obowiązek pieczy nad rzeczami należącymi jeszcze do sprzedawcy, ale przeznaczonymi do wydania, ma charakter kontraktowy. D. Moura Vicente (*Precontractual...*, s. 716) statutowi umowy sprzedaży skłonny jest poddawać nawet wypadki, mające miejsce w czasie próby samochodu przed jego zakupem.

⁵³ G. Fischer: *Culpa in...*, s. 173.

Podobnie kwalifikuje się działania osoby trzeciej, zmierzające do przeszkodzenia w zawarciu lub wykonaniu umowy, w tym na przykład: wywieranie niedozwolonej presji lub nieuczciwa perswazja albo zawarcie innej umowy, która uniemożliwia zawarcie umowy planowanej⁵⁴.

Deliktowy charakter ma również bezpodstawną odmowa zawarcia umowy (np. sprzedaży), monopolizująca rynek albo stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji⁵⁵.

Szczególne kontrowersje dotyczą przypadków własnej odpowiedzialności rozmaitych osób trzecich (rzeczników, obrońców, doradców, pośredników lub posłańców), uczestniczących w procedurze zawarcia, za skutki ich niełojalnego postępowania, jeżeli działaniem swym wzbudziły one osobiste zaufanie strony, skłaniając ją do negocjowania lub zawarcia niekorzystnej umowy, zwłaszcza jeżeli realizowały w ten sposób swe własne interesy. Przypadki te uznaje się⁵⁶ bądź to za „deliktowe”⁵⁷, bądź to za samodzielne stosunki prawne, łączone jednak akcesoryjnie z prawem właściwym dla umowy⁵⁸, względnie sięga się do analogii z „deliktowych” albo z „kontraktowych”⁵⁹ norm kolizyjnych, chyba że osobę trzecią i poszkodowanego łą-

⁵⁴ J. Harris, in: J. Fawcett, J. Harris, M. Bridge: *International...*, s. 1943/p. 17.137; J.G. Collier: *Conflict...*, s. 230; P. North: *Private...*, s. 636.

⁵⁵ U. Spellenberg, in: *Münchener Kommentar...*, s. 2077, p.b. 59; A. Henk: *Die Haftung...*, s. 362; J. Harris, in: J. Fawcett, J. Harris, M. Bridge: *International...*, s. 1039 i nast./p. 17.125 i nast.

⁵⁶ Por. przegląd stanowisk zaprezentowany przez S. Egeler: *Konsensprobleme...*, s. 232 i nast. oraz D. Looschelders: *Internationales...*, s. 535 i nast.

⁵⁷ Tak np. G. Hohloch: *Culpa in...*, s. 23. Por. także U. Spellenberg, in: *Münchener Kommentar...*, s. 2077, p.b. 60. Podobnie orzeczenie OLG Frankfurt am Main z dnia 11.07.1985 r. IPRax 1986, 373 (cyt. za: D. Martiny, in: *Internationales...*, s. 273), w którym odpowiedzialność za zawinione działanie przy zawarciu umowy kredytu poddano prawu miejsca negocjacji (miejsca czynu niedozwolonego). O zaletach tego rozwiązania (ochrona interesów stron i międzynarodowa harmonia rozstrzygnięć) wspomina D. Looschelders: *Internationales...*, s. 537.

⁵⁸ Co do zalet tego rozwiązania por. np.: D. Looschelders: *Internationales...*, s. 537 oraz U. Spellenberg, in: *Münchener Kommentar...*, s. 2077, p.b. 60. Por. także orzeczenie BGH z dnia 9.10.1986 r., „Neue Juristische Wochenschrift” 1987, 1141 (cyt. za: D. Martiny, in: *Internationales...*, s. 273). Niemiec zakupił od Belga akcje belgijskiej spółki, a także — w wyniku dodatkowego uzgodnienia — został członkiem rady nadzorczej. Niemieckiemu pośrednikowi (pozwanemu), który prowadził negocjacje, a który był również udziałowcem spółki, zarzucono zatajenie przed nabywcą (powodem) istotnych informacji dotyczących majątku spółki i jej zobowiązań. Negocjacje toczyły się w RFN i w Belgii. Odpowiedzialność z tytułu *culpa in contrahendo* poddano prawu belgijskiemu jako prawu właściwemu dla umowy sprzedaży akcji. Akcesoryjne wiązanie odpowiedzialności doradcy lub pośrednika z prawem właściwym dla umowy krytykuje D. Martiny (in: *Internationales...*, s. 273), uznając je za dopuszczalne jedynie w przypadku bardzo silnego związku z umową.

⁵⁹ Pogląd ten uważa się za dominujący (D. Looschelders: *Internationales...*, s. 537 i cytowani tam autorzy). Jeżeli kontakt pomiędzy osobą trzecią a poszkodowanym ma cha-

czy wcześniejszy stosunek umowny, z którego wynikają obowiązki doradcze takiej osoby trzeciej⁶⁰.

Przypadki odpowiedzialności odszkodowawczej za zawiedzione zaufanie do treści prospektu poddawane są prawu siedziby spółki⁶¹ albo prawu siedziby giełdy lub miejsca prowadzenia akcji reklamowej⁶², z uwzględnieniem prawa miejsca zwyczajnego pobytu inwestora⁶³.

4. Poszukiwanie prawa właściwego niezależnie od kwalifikacji

4.1. Zdaniem niektórych autorów⁶⁴, należy pominąć etap kwalifikacji jako nazbyt skomplikowany i nieprowadzący — bez względu na zastosowaną metodę — do jednoznacznych konkluzji, skupiając się od razu na nieskrepowanym żadnymi założeniami wstępnymi poszukiwaniu naturalnego punktu ciężenia ocenianego stosunku.

rakter osobisty, a czynności informacyjne lub doradcze osoby trzeciej można uznać za podobne do świadczenia charakterystycznego, to stosunek „zaufania” należy poddawać prawu miejsca zwyczajnego pobytu doradcy (sprawcy szkody) z chwili działania rodzącego owe zaufanie. Jeżeli zaś brak relacji w strukturze i skutkach podobnej do umowy, to miarodajne powinno być miejsce działania osoby trzeciej, chyba że partnerzy dokonali następczego wyboru prawa albo mają miejsce zwyczajnego pobytu w tym samym państwie. W przypadku gdy doradca działa w imieniu spółki, prawo właściwe wyznaczy łącznik jej siedziby (S. Egeler: *Konsensprobleme...*, s. 235). Niektórzy (U. Nickl: *Die Qualifikation...*, s. 196; G. Fischer: *Culpa in...*, s. 174) opowiadają się jednak za samodzielnym poszukiwaniem prawa najściślej związanego z takim stosunkiem (hipotetyczna wola stron, a w przypadku jej braku — miejsce negocjacji lub miejsce działania, które zrodziło więź zaufania). Podobnie D. Martiny (in: *Internationales...*, s. 273) przyjmuje właściwość prawa zwyczajnego pobytu doradcy (sprawcy szkody), bo to on „spełnia świadczenie charakterystyczne”, albo prawa jego miejsca działania w chwili, gdy jego zachowanie zrodziło zaufanie drugiego partnera. Za odpowiednim stosowaniem normy kolizyjnej odwołującej się do zasady charakterystycznego świadczenia (miejsca pobytu lub siedziby doradcy), chyba że inne prawo okaże się znacznie silniej związane ze stosunkiem, opowiada się także D. Looschelders: *Internationales...*, s. 537.

⁶⁰ Albo osoba trzecia sporządziła ekspertyzę, z której strona korzysta w negocjacjach (U. Spellenberg, in: *Münchener Kommentar...*, s. 2077, p.b. 60).

⁶¹ Tak np. S. Egeler: *Konsensprobleme...*, s. 235.

⁶² Miejsca publikacji prospektu (tak D. Looschelders: *Internationales...*, s. 537). Zdaniem A. Henka (*Die Haftung...*, s. 329), chodzi o prawo rynku, którego dotyczy czyn nieuczciwej konkurencji, chyba że inne prawo okaże się znacznie silniej związane.

⁶³ Tak G. Hohloch: *Culpa in...*, s. 24 oraz cytowana w przyp. 32 literatura i orzecznictwo.

⁶⁴ Tak: K. Patzek: *Die vertragsakzessorische...*, s. 158; S. Egeler: *Konsensprobleme...*, s. 231.

Nie sposób nie zauważyć, że wielość kryteriów kwalifikacyjnych umożliwia dowolne nimi „żonglowanie”. Z reguły wykorzystywane są one przez różnych autorów w taki sposób, aby uzasadnić kwalifikację zgodną z własnym prawem merytorycznym. Kwalifikacja nazywana autonomiczną lub funkcjonalną okazuje się „parawanem”, za którym kryje się dopasowanie kolizyjnoprawnego uzasadnienia do własnego sposobu postrzegania zagadnienia odpowiedzialności przedumownej⁶⁵. Być może wreszcie kwalifikacja autonomiczna jest zwyczajną utopią. Oderwanie się od pojęć i sposobów klasyfikacji przyjmowanych we własnym prawie merytorycznym nie jest po prostu możliwe. Należy wreszcie zauważyć, że to, co wielu autorów nazywa kwalifikacją kontraktową, w istocie rzeczy jest zwyczajnym „rozciągnięciem” statutu kontraktowego na etap przedumowny.

Rezygnacja z uciążliwego etapu kwalifikacji ma jeszcze tę dodatkową zaletę, że pozwala „zignorować” niezwykle skomplikowany problem kolizyjnoprawnego zbiegu roszczeń, zwłaszcza roszczeń kontraktowych i deliktowych⁶⁶.

Kwalifikacja traci również na znaczeniu, gdy decydujemy się na przyjęcie elastycznego mechanizmu kolizyjnego. Zróznicowany i elastyczny charakter obu zbiorów reguł kolizyjnych (dla kontraktów i dla deliktów), pozostawiających sędziemu wiele swobody w określaniu prawa właściwego, sprawia, że w praktyce traci znaczenie decyzja, który z owych zbiorów uznamy za miarodajny.

4.2. Jedni upatrują rozwiązania problemu w podporządkowaniu statutowi przyszłej umowy wszystkich tych przypadków *culpa in contrahendo*, które pozostają z nią w funkcjonalnym związku, należą do „sfery kontraktowej” albo powstają w końcowym etapie negocjacji. Inni natomiast, uznając niezależność stosunku przedumownego, bez względu na jego naturę (deliktową czy kontraktową) łączą go akcesoryjnie z prawem właściwym dla umowy.

⁶⁵ Taki właśnie charakter zdają się mieć wywody A. Henka (*Die Haftung...*), mimo oficjalnych deklaracji na temat niedopuszczalności przenoszenia na płaszczyznę kolizyjną kategorii i poglądów zaczerpniętych z własnego prawa merytorycznego.

⁶⁶ Por. na ten temat w literaturze polskiej: M. Pazdań: *Zbieg odpowiedzialności cywilnej „ex contractu” i „ex delicto” w prawie prywatnym międzynarodowym*. W: *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*. Red. J. Błeszyński, J. Rajski. Warszawa 1985, s. 281—294; Idem: *Z pogranicza statutu kontraktowego i deliktowego*. W: „*Studia Iuridica Silesiana*”. T. 9. Red. J. Nowacki. Katowice 1984, s. 39—56; T. Pajor: *Problem zbiegu odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej w prawie prywatnym międzynarodowym*. W: „*Acta Universitatis Lodziensis. Folia Juridica*”. 44. Łódź 1990, s. 103—114.

Koncepcjom tym zarzuca się niedopuszczalność sięgania do statutu umowy, dopóki nie dojdzie do jej zawarcia⁶⁷. Nie mogą one też dotyczyć relacji partnera z osobami trzecimi albo takich zachowań, które nie pozostają w „wewnętrznym” związku z planowaną umową. Do ich zalet zalicza się natomiast jednolitą ocenę obowiązków ze swej natury przedumownych i obowiązków umownych, bez względu na czasowy moment ich realizacji, ułatwiającą uwzględnienie różnorodnych i wzajemnych związków, jakie pomiędzy nimi zachodzą, a także jednolitą ocenę różnych skutków (roszczeń, uprawnień i zarzutów) wynikających z tych samych zachowań, jak i jednolitą ocenę postępowania partnerów w toku negocjacji, bez konieczności zwracania uwagi na stopień ich zaawansowania.

Dzięki jednolitej ocenie wszystkich problemów powstających w ramach procedury tworzenia stosunku umownego pytanie, czy i ewentualnie kiedy doszło do zawarcia umowy, traci już zupełnie jakiekolwiek znaczenie kolizyjne⁶⁸. Dodatkowym uzasadnieniem może być także związek pomiędzy oczekiwaniami (zaufaniem) partnerów, wydatkami przez nich ponoszonymi i przejmowanym ryzykiem a umową i prawem dla niej właściwym. Często podkreśla się użyteczność łączników „kontraktowych” dla oceny zachowań poprzedzających zawarcie umowy, między innymi ze względu na potrzebę ochrony słabszego partnera (konsumenta, pracownika). Za szczególnie korzystną uważa się możliwość uwzględnienia woli partnerów (wyboru prawa dla przyszłej umowy), ale pozytywna ocena trafności (adekwatności) powiązania dotyczy również łączników zwyczajnego pobytu lub siedziby dłużnika, któremu przyjdzie spełnić świadczenie charakterystyczne.

Oprócz niewątpliwych zalet, jednolita ocena wszystkich zdarzeń zachodzących w ramach procedury zawierania umowy ma też swoje złe strony. Przyczynia się do zacierania granicy pomiędzy etapem przedumownym a umową, między oczekiwaniami powstającymi na etapie negocjacji a konkretnymi zobowiązaniami umownymi. Pośrednio wpisuje się również w nurt⁶⁹ pojmowania *culpa in contrahendo* jako kategorii zbiorczej dla rozmaitych zakazanych lub nakazanych (obiektywnie bezprawnych) zachowań przedumownych, których celem ma być ograniczenie swobody negocjacji lub przerzucenie na drugiego partnera ryzyka poniesionych wydatków, podczas gdy jej istotą jest raczej zakaz nadużywania owej swobody w sposób nielojalny i do innych celów niż zawarcie umowy. A gdy chodzi o prawidłowość

⁶⁷ Jak to ma miejsce w przypadku deliktu wyrządzonego na tle już funkcjonującego stosunku umownego.

⁶⁸ Traci także znaczenie pytanie, czy zawarcie umowy można traktować jak kwestię wstępną dla odpowiedzialności z *culpa in contrahendo* (tak. np. D. Moura Vicente: *Precontractual...*, s. 718).

⁶⁹ Moim zdaniem, nieprawidłowy. Por. krytykę tych tendencji w M.A. Zachariasiewicz: *Zasada...*, s. 1518.

konstrukcji kolizyjnoprawnych, osłabia tradycyjne przekonanie, iż te same zdarzenia mogą podlegać różnej ocenie w zależności od tego, jakiej dziedziny dotyczą wywoływane przez nie skutki.

Przytoczone zarzuty — ściśle rzecz biorąc — nie dotyczą (albo dotyczą w mniejszym stopniu) koncepcji akcesoryjnego wiązania odpowiedzialności przedumownej z prawem właściwym dla umowy. Jej twórcy nie lekceważą bowiem ani odrębności, ani deliktowej natury stosunku przedumownego. Przedkładają jedynie jego związek z planowanym kontraktem nad wskazania wynikające z kwalifikacji. Koncepcja ta wydaje się zatem z teoretycznego punktu widzenia bardziej poprawna niż idea „rozciągania” zakresu statutu kontraktowego na etap przedumowny.

5. Rozporządzenie Rzym II

5.1. Mimo zgłaszanych w doktrynie wielu państw wątpliwości zarówno co do potrzeby, jak i możliwości⁷⁰ tworzenia krajowych⁷¹ lub ujednoliconych norm kolizyjnych, w ostatnim etapie prac nad rozporządzeniem PE i Rady (WE) Nr 864/2007 z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczącym prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych („Rzym II”)⁷² zdecydowano się na dodanie osobnego przepisu poświęconego zdarzeniom określanym mianem *culpa in contrahendo*. Zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia, zobowiązania pozaumowne wynikające z kontaktów handlowych mających miejsce przed zawarciem umowy, bez względu na to, czy doszło do jej zawarcia, podlegają prawu, które byłoby dla niej właściwe, gdyby została zawarta. Jeżeli jednak prawa właściwego nie można ustalić na podstawie ust. 1 art. 12, to stosuje się prawo państwa, w którym powstała szkoda, chyba że strony mają, w chwili zdarzenia powodującego szkodę, miejsce zwyczajnego pobytu w tym samym państwie względnie prawo innego państwa pozostaje w znacznie silniejszym związku z zobowiązaniem z *culpa in contrahendo* (art. 12 ust. 2).

⁷⁰ Zdaniem G. Hohlocha (*Culpa in...*, s. 20), ustawy kolizyjne stają się nadmiernie szczegółowe. Konieczność zachowania umiaru i odpowiednich proporcji wyklucza sens ustawowej regulacji *culpa in contrahendo*, nawet gdyby okazało się to możliwe. Poszukiwanie stosownych rozwiązań należy pozostawić doktrynie i orzecznictwu.

⁷¹ Brak np. stosownej normy kolizyjnej w projekcie polskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z dnia 5.01.2007 r.

⁷² Dz.Urz. UE 2007 L 199/40.

Zamieszczenie wspomnianego przepisu w rozporządzeniu Rzym II, przy równoczesnym wyraźnym (w art. 1 ust. 2 lit. i) wyłączeniu zobowiązań z kontaktów handlowych poprzedzających zawarcie umowy z zakresu rozporządzenia o prawie właściwym dla zobowiązań umownych („Rzym I”)⁷³, może być rozumiane, przynajmniej *prima facie*, jako zajęcie stanowiska w sporze o kwalifikację *culpa in contrahendo*. Co do zasady, przypadki te należy więc traktować jak zdarzenia będące źródłem zobowiązań pozaumownych. Bliższa analiza treści art. 12, w połączeniu z pkt. 29 i 30 preambuły rozporządzenia Rzym II, prowadzi jednak do wniosku, że wypracowane dotąd w judykaturze i doktrynie państw zachodnich kryteria kwalifikacyjne, odnoszące się do sytuacji z pogranicza statutów kontraktowego i deliktowego, obejmowanych wspólnym mianem *culpa in contrahendo*, nie tracą swego znaczenia. Nie znika bowiem potrzeba odgraniczania zobowiązań pozaumownych, wynikających „bezpośrednio”⁷⁴ z kontaktów handlowych poprzedzających zawarcie umowy, od zobowiązań z umów zawieranych na etapie negocjacji⁷⁵ — z jednej strony, z drugiej zaś — od zobowiązań z klasycznych czynów niedozwolonych, należących do zakresu art. 4 rozporządzenia⁷⁶. Źródłem licznych kłopotów i wątpliwości będzie także konieczność określenia wzajemnego stosunku norm kolizyjnych zawartych w ust. 1 i ust. 2 art. 12 rozporządzenia (w związku z wykładnią zwrotu: „[...] w przypadku, gdy prawa właściwego nie można ustalić na podstawie ust. 1 [...]”). Kryteria kwalifikacji, o których była mowa, wpłyną zapewne na sposób rozwiązywania kolizji pomiędzy tymi normami.

Redakcja art. 12 rozporządzenia pozostawia wiele swobody interpretacyjnej. Przepis ten dotyczy zobowiązań pozaumownych wynikających z kontaktów handlowych mających miejsce przed zawarciem umowy. Jak wyjaśniono w pkt. 29 i 30 preambuły rozporządzenia, chodzi o zdarzenia inne niż delikty, które ponadto wykazują bezpośredni związek z kontaktami handlowymi (negocjacjami) partnerów.

5.2. Z zakresu art. 12 wyłączone są więc przede wszystkim nielojalne zachowania partnera naruszające zobowiązania umowne, wynikające z zawartych w sposób wyraźny lub dorozumiany różnego rodzaju porozumień wstępnych, poprzedzających lub przygotowujących zawarcie przyszłej umowy, dla których prawa właściwego przyjdzie nam poszukiwać za pomocą

⁷³ Rozporządzenia PE i Rady (WE) Nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r.; Dz.Urz. UE 2008 L 177/6.

⁷⁴ Tak pkt. 30 preambuły.

⁷⁵ Które podlegają Konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, a w przyszłości — rozporządzeniu Rzym I.

⁷⁶ Tak pkt. 29 i 30 preambuły.

„kontraktowych” reguł kolizyjnych (konwencji rzymskiej, a w przyszłości — rozporządzenia Rzym I). Kontraktowe normy kolizyjne okażą się miarodajne także w przypadku przekształcenia (nowacji) stosunku pozaumownego w umowny.

5.3. Zanim sięgniemy do art. 12 rozporządzenia Rzym II, trzeba także zbadać, czy dana kwestia nie należy do zakresu statutu planowanej (względnie już zawartej) umowy. Statut ten obejmuje bowiem proces tworzenia konsensu od samego początku, a dokładniej — od momentu sformułowania pierwszej propozycji zawarcia umowy (rozstrzygając na przykład, czy spełnia ona przesłanki oferty). Jego ocenie poddajemy wprowadzić wszystkie zdarzenia zaistniałe w ramach procedury tworzenia konsensu, tyle że wyłącznie z uwagi na skutki takie, jak: istnienie, ważność, dopuszczalność wzruszenia czy ustalony zakres treściowy umowy, a czasami nawet sposób wykonania (jeżeli obowiązki realizowane przed zawarciem umowy były w istocie obowiązkami kontraktowymi). Będzie on również decydował o treści obowiązków informacyjnych obu partnerów (realizowanych przed zawarciem umowy) oraz o wpływie informacji fałszywych lub przemilczanych na losy stosunku umownego (jego wzruszenie), ale już nie o odpowiedzialności odszkodowawczej za skutki takich działań.

W świetle prawa właściwego dla umowy będą oceniane również obowiązki negocjacyjne stron, realizowane na tle powstałego już stosunku umownego (wynikające z klauzul adaptacyjnych, *hardship*, salwatoryjnych, obowiązku wypełnienia luk w umowach otwartych itp.).

Nie jest również wykluczone bezpośrednie podporządkowanie statutowi przyszłej umowy kwestii innych niż wymienione⁷⁷, a pozostających z nią w bardzo silnym związku⁷⁸.

5.4. Z zakresu art. 12 wyłączono także zobowiązania z klasycznych czynów niedozwolonych, poddając je art. 4 rozporządzenia. Jak wynika z treści pkt. 30 preambuły, chodzi o przypadki takie, jak uszkodzenie ciała. Twórcy rozporządzenia nawiązują tu do tradycyjnego ograniczenia zakresu ochrony deliktowej do szkód na osobie (*personal injury*) oraz szkód na mieniu (*property damage*), z wyłączeniem szkód ekonomicznych (*pure economic loss*).

⁷⁷ Nie budzi wątpliwości poddanie statutowi kontraktowemu obowiązku zwrotu świadczenia spełnionego przed zawarciem umowy, z powodu jej nieważności lub wzruszenia albo uznania jej nieistnienia.

⁷⁸ Por. na ten temat M. Wojeвода: *Zakres prawa...*, s. 66—69, 213—215, 239 i nast., 382 i nast.

5.5. Zakres art. 12 rozporządzenia obejmuje jedynie zobowiązania pozaumowne „bezpośrednio związane z kontaktami handlowymi poprzedzającymi zawarcie umowy”, wynikające na przykład z „naruszenia obowiązku tajemnicy lub zerwania negocjacji umownych”⁷⁹. Nie chodzi zatem o zobowiązania z wszelkich zdarzeń, jakie miały miejsce przed zawarciem umowy. Nie należy jednakże zawężyć zakresu omawianej normy wyłącznie do „zachowań negocjacyjnych” lub „niedozwolonych praktyk negocjacyjnych”⁸⁰, tym bardziej że kategorie te, choć funkcjonujące w piśmiennictwie, dalekie są od jednoznacznego sprecyzowania. W żadnym też wypadku nie chodzi o zawężenie pojęcia „kontakty handlowe” do „negocjacji”, rozumianych jako jeden ze sposobów zawierania umowy. Zamiarem twórców rozporządzenia było, jak się wydaje, wyłączenie spod zakresu art. 12 zdarzeń zaistniałych „przy okazji” negocjacji, bez związku (funkcjonalnego) z procesem stopniowego tworzenia więzi umownej i stosunkiem zaufania, które narasta proporcjonalnie do stanu zaawansowania tego procesu.

5.6. Zobowiązania pozaumowne z kontaktów handlowych poprzedzających zawarcie umowy podlegają w pierwszej kolejności prawu, które byłoby dla niej właściwe, gdyby została ona zawarta (art. 12 ust. 1 rozporządzenia). Jeżeli jednak prawa właściwego dla umowy nie można ustalić, to w grę wejdą klasyczne powiązania „deliktowe”: wspólne miejsce zwyczajnego pobytu stron w chwili zdarzenia powodującego szkodę, miejsce szkody względnie prawo znacznie silniej związane z zobowiązaniem (art. 12 ust. 2 rozporządzenia).

Przyjęte rozwiązanie wydaje się na tyle pojemne i ogólnikowe, że może stanowić podstawę i uzasadnienie dla ogromnej większości spotykanych w doktrynie i orzecznictwie poglądów i stanowisk. Najbardziej przypomina — jak się wydaje — koncepcję powiązania akcesoryjnego. Naruszenie obowiązków bezpośrednio związanych z negocjacjami, w szczególności ich zerwanie lub złamanie obowiązku zachowania tajemnicy, traktowane jest — w zasadzie — jak źródło samodzielnego stosunku, i to stosunku o charakterze pozaumownym, który mimo to wiązany jest z prawem właściwym dla umowy. Powiązania deliktowe stają się aktualne dopiero w następnej kolejności.

Najpoważniejsze wątpliwości interpretacyjne wiążą się ze sformułowaniem zawartym w ust. 2 art. 12: „Jeżeli prawa właściwego nie można ustalić na podstawie ust. 1 [...]”. Gdyby zwrot ten rozumieć dosłownie, chodziłoby

⁷⁹ Tak pkt. 30 preambuły.

⁸⁰ Por. co do katalogu takich zachowań M.A. Zachariasiewicz: *Z rozważań nad naturą...*, s. 335.

o sytuację, w której zdarzenie będące źródłem stosunku pozaumownego następuje w chwili, gdy procedura tworzenia konsensu jest jeszcze tak abstrakcyjna, że nie można skonkretyzować partnerów albo ustalić charakteru przyszłej umowy lub świadczenia, które będzie pełnić funkcję charakterystycznego, albo też nie jest znane miejsce zwyczajnego pobytu lub siedziby dłużnika, który takie świadczenie miałby spełnić. Pierwsza z wymienionych sytuacji zapewne w ogóle nie zmieści się w zakresie art. 12, dla rozstrzygnięcia pozostałych zaś wystarczyłaby dyrektywa korekcyjna uzupełniająca zasadę charakterystycznego świadczenia lub oparte na niej katalogi szczegółowych reguł dla poszczególnych typów stosunków umownych. W cytowanym sformułowaniu chodzi więc zapewne o coś więcej niż zwykłą niemożność ustalenia prawa właściwego za pomocą prawideł opartych na zasadzie charakterystycznego świadczenia. Zakładając, że art. 12 stanowi wyraz doświadczeń doktryny i orzecznictwa państw europejskich, można — moim zdaniem — zasadnie twierdzić, iż norma kolizyjna z ust. 2 art. 12 wchodzi w grę zawsze wtedy, gdy z różnych powodów zastosowanie prawa właściwego dla hipotetycznej umowy nie byłoby słuszne lub uzasadnione, albo gdy powiązania „deliktowe” wydają się bardziej relewantne. Nawiązując do przedstawionych kryteriów kwalifikacyjnych, wypada przypomnieć sformułowania, za pomocą których uzasadnia się odwołanie do prawa właściwego dla umowy: „funkcjonalny związek obowiązków etapu przedumownego z umową”, „ich przynależność do sfery kontraktowej”, „pozostawanie w odpowiednio silnym kontekście kontraktowym” albo „współtworzenie z umową logicznej i gospodarczej całości”, „takie zaawansowanie etapu negocjacji, że powstająca więź ma charakter *quasi*-umowny”, a obowiązki stron „wykraczają poza powszechny obowiązek nieczynienia szkody innym”. Zachowują one swą aktualność także jako kryteria rozgraniczające zakresy działania ust. 1 i ust. 2 art. 12 rozporządzenia Rzym II.

5.7. Artykuł 12 dodany został w ostatnim etapie prac nad rozporządzeniem. Jego potrzeba jest dyskusyjna, tym bardziej że przyjęte w nim rozwiązania nie odbiegają tak bardzo od reguł ogólnych z art. 4 rozporządzenia. Zasadę pierwszeństwa prawa właściwego dla umowy, z którą stosunek pozaumowny pozostaje w ścisłym związku, stanowiącą jedno z prawideł kanonu „deliktowego”, w art. 12 podniesiono do rangi reguły pierwszoplanowej, ujęto ją w sposób bardziej kategoryczny i rozszerzono o związek z umową, która ma być dopiero zawarta, nawet gdyby do takiego zawarcia nie doszło. Dodanie nowego przepisu stwarza za to kłopoty kwalifikacyjne, tak jak każda dyferencjacja norm kolizyjnych, choć nie są one zbyt poważne z uwagi na elastyczny charakter prawideł kolizyjnych. Znaczenie przepisu art. 12 polega przede wszystkim na dostrzeżeniu problematyki *culpa in contrahendo*

i jej doniosłości we współczesnym obrocie, być może także na próbie — skorelowanej z wysiłkami podejmowanymi w prawie ujednoliconym — jakiegoś skonkretyzowania kategorii zdarzeń kryjących się pod tym pojęciem, połączonego z zamiarem powrotu do pierwotnego rozumienia *culpa in contrahendo* jako niełojalnego postępowania w toku negocjacji albo w związku z negocjacjami umownymi.