

**Problemy
Prawa
Prywatnego
Międzynarodowego**



TOM 27



UNIWERSYTET ŚLĄSKI
WYDAWNICTWO

Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego

Tom 27

pod redakcją
Maksymiliana Pazdana

Zespół Redakcyjny

Maksymilian Pazdan (redaktor naukowy, Uniwersytet Śląski w Katowicach, Akademia Leona Koźmińskiego)

Witold Kurowski (sekretarz Redakcji, Uniwersytet Śląski w Katowicach)

Katarzyna Sznajder-Peroń (sekretarz Redakcji, Uniwersytet Śląski w Katowicach)

Maciej Zachariasiewicz (sekretarz Redakcji, Akademia Leona Koźmińskiego)

Rada Naukowa

Christian von Bar (Universität Osnabrück), Andrea Bonomi (University of Lausanne), Cristina González Beilfuss (University of Barcelona), Paul Lagarde (Université Paris I), Rett R. Ludwikowski (The Catholic University of America), Heinz-Peter Mansel (Universität zu Köln), Dieter Martiny (Europa-Universität Viadrina), Andrzej Mączyński (Uniwersytet Jagielloński), Paul Meijknecht (Universiteit Utrecht), Cezary Mik (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego), Jerzy Poczobut (Uniwersytet Warszawski), Jerzy Rajski (Uniwersytet Warszawski), Andrzej Szumański (Uniwersytet Jagielloński), Luboš Tichý (Univerzita Karlova)

Recenzenci

Filip Balcerzak (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), Katarzyna Bagan-Kurluta (Uniwersytet w Białymstoku), Joanna Buchalska (Akademia Leona Koźmińskiego), Marcin Glicz (Akademia Pomorska w Słupsku), Bogusława Gnela (Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie), Marek Jeżewski (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), Marcin Kalduński (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), Joanna Kruczalak-Jankowska (Uniwersytet Gdański), Elwira Macierzyńska-Franaszczyk (Akademia Leona Koźmińskiego), Marcin Margoński (Collegium Iuridicum Słubice), Piotr Mostowik (Uniwersytet Jagielloński), Anna Pudło (Akademia Leona Koźmińskiego), Monika Szaraniec (Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie), Monika Wałachowska (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), Michał Wojewoda (Uniwersytet Łódzki), Arkadiusz Wowerka (Uniwersytet Gdański), Anna Wysocka-Bar (Uniwersytet Jagielloński), Mariusz Załucki (Akademia Frycza Modrzewskiego)

Adres Redakcji

„Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach

40-007 Katowice, ul. Bankowa 11b

tel. (032) 359 18 03; e-mail: pppm@us.edu.pl

Publikacja jest dostępna w wersji elektronicznej:

www.journals.us.edu.pl

Central and Eastern European Online Library

www.ceeol.com

Spis treści

Studia

Maciej Zachariasiewicz: Odmowa uznania w Polsce rozvodu <i>talaq</i> na tle prawnoporównawczym	7
Marek Świerczyński: Prawo właściwe dla zobowiązań deliktowych wynikających z naruszenia zasad ochrony danych osobowych przyjętych w RODO	39
Anna Juryk: Transgraniczne sprawy rodzinne w relacjach polsko-brytyjskich w obliczu brexitu	61
Dariusz Fuchs: Jak rozporządzenie Bruksela I bis rozstrzyga o jurysdykcji w sporach z międzynarodowej gwarancji ubezpieczeniowej, czyli o pojęciu sprawy ubezpieczeniowej	97
Sylwia Majkowska-Szulc: Konsekwencje brexitu w dziedzinie prawa prywatnego międzynarodowego	137
Maksymilian Pazdan: O rozgraniczaniu statutów i wsysaniu regulacji prawnej (na przykładzie prawa stosowanego do oceny różnych aspektów powołania i funkcjonowania wykonawcy testamentu i zarządcy sukcesyjnego przedsiębiorstwem)	159
Mariusz Fras: The European Context of the Group Insurance Contract	179
Agata Kozioł: Rozgraniczenie statutu rzeczowego i kontraktowego przy poszukiwaniu prawa właściwego do oceny zastrzeżenia prawa własności	233
Jacek Zralek: Kierunki reformy arbitrażu inwestycyjnego w ramach prac Grupy Roboczej III UNCITRAL	253
Witold Kurowski: Wpływ nowelizacji dyrektywy 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług na statut stosunku pracy	283

Glosy

- Kinga Konieczna: Pozycja prawna notariusza w sprawach spadkowych o charakterze transgranicznym. Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-658/17 WB 303
- Olga Bobrzyńska: Miejsce zwykłego pobytu dziecka — uwagi na tle wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 czerwca 2018 r. (C-512/17) oraz z dnia 17 października 2018 r. (C-393/18 PPU) 319

Materialy

- Ustawa o zasadach ogólnych dla stosowania praw (tłumaczenie: *Kacper Lewandowski*) 339

Contents

Studies

Maciej Zachariasiewicz: The refusal of recognition of talaq divorces in Poland in a comparative perspective	7
Marek Świerczyński: The law applicable to delictual obligations resulting from infringements of data protections rules adopted in GDPR	39
Anna Juryk: Family matters in Polish-British relations	61
Dariusz Fuchs: How does the Regulation Brussels I bis settle the jurisdiction in disputes concerning the international insurance guarantee — on the nature of the insurance case	97
Sylwia Majkowska-Szulc: The consequences of Brexit in private international law	137
Maksymilian Pazdan: On delineating the scope of applicable laws (using the example of the law relevant for the executor of the will and the succession administrator of the enterprise)	159
Mariusz Fras: The European Context Of The Group Insurance Contract	179
Agata Koziol: Delineating the <i>legis rei sitae</i> and <i>legis contractus</i> in determining the law applicable to retention of title	233
Jacek Zralek: Future development of investment arbitration reform under auspices of UNCITRAL Working Group III	253
Witold Kurowski: The impact of the revision of the Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 on the posting of workers in the framework of the provision of services on the applicable law to the employment relationship	283

Glosses

Kinga Konieczna: The position of a notary in transnational succession law matters. A note on the judgment of the Court of Justice of European Union in case C-658/17 WB	303
---	-----

Olga Bobrzyńska: The habitual residence of the child — reflections after the judgments of the Court of Justice of European Union in cases C-512/17 and C-393/18	319
---	-----

Materials

Act on General Rules for Application of Laws (translation: <i>Kacper Lewandowski</i>	339
--	-----



Maciej Zachariasiewicz^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0002-2848-0216>

Odmowa uznania w Polsce rozwodu *talaq* na tle prawnoporównawczym

Abstract: The article deals with the recognition of *talaq* divorces (repudiation) in Poland and discusses reasons to oppose thereto. There are no doubts that repudiation of a wife, as known in Islamic legal systems, is contrary to fundamental principles of the Polish legal system. First, *talaqs* are discriminatory since they are available only for the men. The equality of spouses is thus violated. Second, the principle of the stability of marriage is infringed, given that repudiation does not often require to satisfy any conditions or requirements (other than repeating three times the word *talaq*). The author argues, however, that despite being in clear violation of the Polish public policy, *talaq* divorces should sometimes be recognized. In each and every case, the court must assess the individual circumstances of the case at hand. In particular, the recognition might be justified if the links of the case with the forum are weak. Likewise, if considerable time has passed since the divorce and the spouses to the repudiated marriage started new lives (especially entered new marriages), might the court refrain from enforcing Polish public policy. The court should also investigate the details of the *talaq* in question, because the laws and practice of the various Muslim countries differ considerably. Not all *talaqs* are of the same kind. It is relevant to what extent the given *talaq* was unilateral or whether the woman has somehow consented to divorce and the degree of financial protection offered to the repudiated spouse. The involvement of the public authority which ensures that due process is observed and women's rights are protected, might also justify recognition of the *talaq* divorce.

Keywords: *talaq*, divorce by repudiation, islamic legal systems, sharia law, recognition of divorces in Poland, recognition of foreign judgments, recognition of decisions of foreign authorities in civil matters

^{a)} Dr hab., prof. ALK, Akademia Leona Koźmińskiego.

1. Wprowadzenie

Rozwiązanie małżeństwa na skutek jednostronnego oświadczenia męża (tzw. rozwód przez odrzucenie — *talaq*), znane prawom państw muzułmańskich, uznawane jest dość powszechnie za niezgodne z kulturą prawną Zachodu¹. Generalnie zastrzeżenia budzą trzy cechy tej postaci rozwodu. Po pierwsze, rozwód *talaq* — jako instrument, z którego skorzystać może tylko mężczyzna — stanowi wyraźną dyskryminację kobiety. Godzi to w zasadę równouprawnienia małżonków. Po drugie, wątpliwości rodzi jednostronny i nieograniczony żądaniem (w zasadzie) przesłankami charakter rozwodów przez odrzucenie *per se*, tj. w oderwaniu od problemu dyskryminacji kobiet. Innymi słowy, nawet gdyby założyć, że kobieta mogłaby również rozwiązać małżeństwo jednostronnie i bez podania przyczyny, to powstaje pytanie o ocenę takiego rozwodu pod względem zasad znanych w naszym porządku prawnym, w którym rozwód jest sporem stron, a trwałość małżeństwa jest chroniona. Po trzecie wreszcie, zastrzeżenia budzi — choć w stosunkowo najmniejszym stopniu — pozasądowy charakter rozwodów *talaq*. Jest on sprzeczny z mocno zakorzoną w naszym kręgu kulturowym zasadą, że o rozwodzie decyduje sąd w kontradzyktoryjnym postępowaniu².

Z uwagi na powyższe rozwody *talaq* nie są co do zasady akceptowane w orzecznictwie sądów państw europejskich i innych państw wywodzących się z europejskiej kultury prawnej. W niektórych okolicznościach rozwody przez odrzucenie były jednak uznawane. Zetknięcia z rozwodem *talaq* nie można kwitować prostą odmową ich uznania w każdym możliwym przypadku. Należy ponadto odnotować, że prawa państw muzułmańskich ulegają w interesującym nas obszarze ewolucji. Niektóre z nich istotnie zmodyfikowały tradycyjne koraniczne reguły dotyczące rozwodów *talaq*, co powinno mieć wpływ na ocenę rozwodu przeprowadzonego zgodnie z prawem określonego muzułmańskiego systemu prawnego. W ocenie piszącego te słowa, również w Polsce możliwe do zaakceptowa-

¹ Zob. zdecydowaną wypowiedź Rzecznika Generalnego Henrika Saugmandsgaarda ØE w opinii z dnia 14 września 2017 r. w sprawie C-372/16 Soha Sahyouni v. Raja Mamisch, ECLI:EU:C:2017:686, pkt 85, 103. Na temat stanowiska Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu [dalej: ETPCz] odnośnie do sprzeczności rozwodów *talaq* z Europejską konwencją o ochronie praw człowieka [dalej: EKPCz] piszę w innym miejscu: M. Zachariasiewicz: *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*. Warszawa 2018, s. 381 i n.

² O historycznych źródłach tej zasady, ale również pojawiających się współcześnie zastrzeżeniach co do potrzeby jej utrzymywania, zob. np. D. Schwab: *Jak małżeństwo trafiło do sądu*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2017, z. 2, s. 233 i n.

nia będzie niekiedy uznanie rozwiązania małżeństwa, które nastąpiło na podstawie prawa muzułmańskiego, nawet wtedy, gdy chodzi o jednostronny rozwód *talaq*. Taka decyzja musi być jednak podyktowana szczególnymi okolicznościami, które uzasadniają będą przełamanie sprzeciwu podstawowych zasad naszego porządku prawnego przeciwko jednostronnym rozwodom prawa muzułmańskiego. W niniejszym opracowaniu podejmuję próbę zarysowania kryteriów decydujących o dopuszczalności zaakceptowania rozwodu *talaq*.

Polskie sądy nie miały, jak dotąd, zbyt często okazji orzekać w sprawach dotyczących rozwodów na gruncie prawa islamskiego. Należy jednak odnotować rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 20 sierpnia 2009 r.³, który odmówił uznania jednostronnego rozwodu przez odrzucenie przeprowadzonego pod rządami prawa egipskiego. Orzeczenie to będzie szerzej omawiane w dalszej części opracowania. Również polska doktryna nie wypowiadała się szerzej w tematyce uznawania rozwodów *talaq* w Polsce⁴. Przedmiotem jej zainteresowania była jednakże niekiedy sama konstrukcja rozwodów w muzułmańskich systemach prawnych⁵ i w kulturze islamu w ogóle⁶.

Zanim przejdziemy do właściwych rozważań poświęconych problemom związanym z uznawaniem rozwodów *talaq*, należy zwrócić uwagę na wieloznaczność pojęcia „uznanie” w tym kontekście. Zauważmy, że problem takiego „uznania” może powstawać w różnych kontekstach. Najczęściej

³ I ACa 410/09 [Dostęp: <https://orzeczenia.ms.gov.pl>].

⁴ Rozproszone uwagi na temat uznawania rozwodów *talaq* w państwach Europy Zachodniej zawarłem w książce: M. Zachariasiewicz: *Klauzula...*, s. 48, 215, 220, 245—249, 381—383. Na ten temat zob. także: K. Sadowa: *Oddziaływanie szariatu na orzecznictwo europejskie i europejski porządek prawny na przykładzie Niemiec i Wielkiej Brytanii — zarys problematyki*. W: „Acta Erasiana”. T. 7: *Z badań nad prawem i administracją*. Red. M. Sadowski. Wrocław 2014, s. 125 i n.; J. Pisarek: *Stosunek władz Bawarii do mniejszości muzułmańskich*. „Studia Oecumenica” 2014, nr 14, s. 269 i n.

⁵ K. Krzysztofek: *Dopuszczalność stosowania prawa szariatu w zakresie spraw rozwodowych i spadkowych w prawodawstwie Unii Europejskiej*. „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2016, vol. 19, s. 26 i n.; M. Sadowski: *Małżeństwo w prawie islamu*. Poznań 2015, s. 9 i n.; Idem: *Rozwód według procedury „talaq” w prawie islamu*. „Radca Prawny — Zeszyty Naukowe” 2017, nr 3; Idem: *Kontrakt małżeński w prawie islamu*. „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2017, T. 103, s. 95 i n.; M. Frańczuk: *Finanse w małżeństwie muzułmańskim i po jego ustaniu. Porównanie z regulacjami prawa polskiego*. „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2013, nr 901, s. 24; K. Sadowa: *Islam religią pokoju czy zagrożeniem dla Europy? Recenzja książki Marka Orzechowskiego „Mój sąsiad islamista. Kalifat u drzwi Europy”*. „Wrocławskie Studia Erazmiańskie” 2015, T. 9, s. 634.

⁶ A.M. Piwko: *Muzułmańskie prawo rodzinne: sposoby rozwiązania małżeństwa w islamie oraz zasady dziedziczenia majątku*. „Nurt SVD” 2013, nr 1, s. 204 i n.; Eadem: *Rozwód w islamie*. „Nurt SVD” 2013 [wyd. specjalne], s. 37 i n.; M. Zekić: *Status kobiety w islamskiej teorii i praktyce*. „Ways to Religion” 2018, T. 2, s. 251.

mamy do czynienia z uznaniem orzeczenia zagranicznego sądu lub rozstrzygnięcia innego organu władzy publicznej względnie z uznaniem dokumentu urzędowego jakiegoś rodzaju. Użycie słowa „uznanie” odpowiada w takim wypadku tradycji terminologicznej międzynarodowego postępowania cywilnego. Ponieważ jednak rozwód *talaq* ma charakter prywatny, a ewentualne działania sądu lub innego organu mają jedynie charakter deklaratoryjny, polski sąd może również stanąć przed koniecznością zastosowania prawa obcego do oceny skuteczności rozwodu *talaq* dokonanego przez męża, w braku jakichkolwiek rozstrzygnięć obcych organów czy dokumentów przez nie wydanych. W takim wypadku określenia „uznanie” używamy jedynie jako skrótów myślowego. W istocie nie chodzi tu bowiem o uznanie, lecz o stosowanie prawa obcego (i ewentualną odmowę jego stosowania na podstawie klauzuli porządku publicznego).

2. Muzułmańskie rozwody *talaq*

Rozwód *talaq* stanowi tradycyjną postać rozwiązania małżeństwa pochodzącą z prawa koranicznego⁷. Istotą takiego rozwodu jest jednostronna, w dużej mierze dyskrecjonalna, decyzja mężczyzny. Kobieta bądź w ogóle nie ma prawa opierać się takiemu rozwodowi, bądź jej uprawnienia są bardzo ograniczone⁸. Kobiecie nie przysługuje też analogiczne uprawnienie do jednostronnego rozwiązania małżeństwa⁹. W klasycznej postaci (w dużej mierze zachowanej do dzisiaj) dla skuteczności rozwodu wystarczy trzykrotne wypowiedzenie przez męża słów: „rozwodzę

⁷ W państwach muzułmańskich prawo religijne (prawo szariatu) jest źródłem powszechnie obowiązującego prawa rodzinnego. Także w państwach muzułmańskich, w których prawo rodzinne zostało poddane istotnym reformom i w których przyjęto nowe kodeksy prawa rodzinnego, tradycyjne zasady prawa religijnego miały znaczny wpływ na ich kształtowanie. Zob. M. Sadowski: *Małżeństwo...*, s. 9 i n.; K. Krzysztofek: *Dopuszczalność...*, s. 25. Na temat rozwodu w Koranie zob. A.M. Piwko: *Muzułmańskie...*, s. 205 i n.

⁸ Por. np. M. Enright: *The Beginning of the Sharpness: Loyalty, Citizenship and Muslim Divorce Practice*. „International Journal of Law in Context” 2013, vol. 9, no. 3, s. 1 i n.; I. Isailovic: *La reconnaissance politique en droit transnational: les identités, les marginalisations et le droit international privé*. In: *Droit international et reconnaissance*. Eds. H. Muir Watt, E. Tourme Jouannet. Paris 2015, przyp. 19; S. Vrellis: *Conflit ou coordination de valeurs en droit International privé*. „Receuil des Cours” 2007, vol. 328, s. 301.

⁹ H. Krüger: *Prawo małżeńskie i spadkowe w dzisiejszym świecie orientalnym*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2016, T. 19, s. 122.

się z Toba’/„odrzucam Cię” (*talaq, talaq, talaq*)¹⁰. Jest to jednostronne oświadczenie woli mężczyzny. Słowa te mogą być sformułowane ustnie lub na piśmie. Tradycyjnie często miało to miejsce w liście rozwodowym. W niektórych państwach muzułmańskich za wystarczające uważa się wysłanie oświadczenia rozwodowego w formie SMS-a¹¹ lub wpis na Facebooku¹². Dla złożenia oświadczenia o odrzuceniu żony niekiedy wymaga się udziału świadków. W świetle przepisów niektórych państw muzułmańskich żona nie musi być nawet zawiadamiana o rozwodzie. Może w konsekwencji w ogóle nie wiedzieć, że jej małżeństwo zostało przez męża rozwiązane¹³.

Dla skuteczności rozwodu przez odrzucenie nie jest najczęściej konieczne orzeczenie sądu ani udział innego organu władzy publicznej¹⁴. Małżeństwo w prawie muzułmańskim ma wszakże silnie kontraktowy charakter¹⁵. Podobnie zatem jak w ramach prawa umów, udział organu nie jest niezbędny do rozwiązania istniejącego stosunku prawnego. Dokonuje się to na podstawie oświadczenia woli. Z reguły możliwe jest wszakże — a w świetle praw niektórych państw muzułmańskich także wymagane — uzyskanie potwierdzenia skuteczności przeprowadzonego rozwodu przez sąd lub inny organ, np. notariusza publicznego. Decyzja organu ma najczęściej charakter deklaratoryjny. Gdziekolwiek urzędowa rejestracja rozwodu jest jednak obowiązkowa i może wpływać na jego skuteczność¹⁶. Niekiedy wymagane jest także przeprowadzenie procedury concyliacyjnej między małżonkami¹⁷.

¹⁰ Zob. np. S.D. Nader: *Twenty Years After Gutierrez v. Collins: Public Policy And Conflict Of Laws Analysis In Texas Tort Cases*. „Baylor Law Review” 2000, vol. 52, s. 225; P. Fournier: *Please divorce me! Subversive agency, resistance and gendered religious scripts*. In: *Muslim Family Law in Western Courts*. Ed. E. Giunchi. Abingdon 2014, s. 36; J. O’Brien: *Conflict of Laws*. 2nd ed. London 1999, s. 483.

¹¹ Tak np. w prawie Zjednoczonych Emiratów Arabskich. Zob. K. Krzysztofek: *Dopuszczalność...*, s. 26.

¹² M. Sadowski: *Rozwód...*, s. 49.

¹³ Zob. angielskie orzecznictwo omawiane przez Al-R. Moosa, D. Helly: *An analysis of British judicial treatment of Islamic divorces 1997—2009*. In: *Muslim Family Law...*, Ed. E. Giunchi, s. 134 i n.

¹⁴ S. Vrellis: *Conflit...*, s. 301; K. Krzysztofek: *Dopuszczalność...*, s. 26; J. O’Brien: *Conflict...*, s. 483; Al-R. Moosa, D. Helly: *An analysis...*, s. 131.

¹⁵ A. Büchler, A. Latif: *Judicial encounters with Islamic and Middle Eastern family law in Switzerland from a private international law perspective — marriage and divorce*. In: *Muslim Family Law...*, Ed. E. Giunchi, s. 79; I. Bantekas: *Transnational Talaq (Divorce) In English Courts: Law Meets Culture*. „Journal of Islamic State Practice in International Law” 2013, no. 2, s. 42. Por. M. Sadowski: *Rozwód...*, s. 40; Idem: *Kontrakt...*, s. 95 i n.; M. Frańczuk: *Finanse...*, s. 20.

¹⁶ Taka sytuacja ma miejsce w Egipcie.

¹⁷ Taki wymóg zna np. prawo pakistańskie. Zob. J. O’Brien: *Conflict...*, s. 483.

Kobieta, która zostaje odrzucona przez męża, uprawniona jest do zachowania podarunku, wręczanego przez narzeczonego w chwili zawierania małżeństwa (*mahr*). *Mahr* jest własnością żony. Gdy mąż postanawia się z nią rozwieść, żona może zachować *mahr* dla siebie. Płatność *mahr* lub określonej jego części może też być odroczone do chwili rozvodu (tj. mąż jest zobowiązany wypłacić przyobiecany wcześniej *mahr*, gdy chce się rozwieść)¹⁸. Wartościowy *mahr* służy jako czynnik zniechęcający męża od rozvodu i tym samym wzmacniający więź małżeńską¹⁹. Zabezpiecza jednocześnie kobietę finansowo po ustaniu małżeństwa²⁰. Wskazuje się, że jest to jedno z podstawowych uprawnień żony w małżeństwie zawartym na podstawie prawa szariatu²¹.

Prawa państw muzułmańskich znają również inne niż *talaq* postaci rozvodu, w tym dostępne dla kobiet (*khul*, *faskh*). Kobiety nie mają jednak uprawnień analogicznych do przysługujących mężczyznom w ramach rozvodu *talaq*. Uzyskanie przez nie rozvodu jest znacznie trudniejsze i co do zasady implikuje ocenę określonych przesłanek przez sąd lub inny organ²². Mężczyzna może się sprzeciwić rozwodowi, którego domaga się kobieta²³. Kobieta wnosząca o rozwód traci ponadto uprawnienie do wypłaty na jej rzecz *mahr*²⁴.

Należy pamiętać, że współcześnie kodeksy rodzinne wielu państw islamskich ulegały ewolucji²⁵ i w konsekwencji różnią się od siebie co do przyjmowanych form rozvodu przez odrzucenie²⁶. Z reguły dochodzi wszakże do jakiegoś uprzywilejowania mężczyzny ze szkodą dla kobiety²⁷.

¹⁸ Zob. H. Krüger: *Prawo...*, s. 120; A. Kozioł, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2018, s. 503; M. Frańczuk: *Finanse...*, s. 24.

¹⁹ P. Fournier: *Please...*, s. 36–37.

²⁰ M. Frańczuk: *Finanse...*, s. 24; M. Sadowski: *Kontrakt...*, s. 107.

²¹ K. Sadowa: *Oddziaływanie...*, s. 129.

²² H. Krüger: *Prawo...*, s. 122.

²³ Al-R. Moosa, D. Helly: *An analysis...*, s. 131.

²⁴ P. Fournier: *Please...*, s. 35, 45.

²⁵ Na przykład stosunkowo niedawno kodeksy rodzinne przyjęte zostały w Maroku (2004), Katarze (2006), Zjednoczonych Emiratach Arabskich (2005) czy Etiopii (2000). Z kolei w Indiach Sąd Najwyższy orzekł ostatnio (22.08.2018 r.), że rozwody *talaq* (praktykowane przez muzułmańską społeczność tego kraju) są niezgodne z indyjską konstytucją. Zob. <https://www.theguardian.com/world/2017/aug/22/india-supreme-court-bans-islamic-instant-divorce-triple-talaq> [Dostęp: 2.06.2020 r.].

²⁶ Zob. np. na temat różnych form znanych w prawie marokańskim J.-Y. Carlier, C. Henricot: *Belgique, de l'exception d'ordre public aux accomodements réciproques?* „Cahiers du CEDIE working papers” 2011, no. 3, s. 26.

²⁷ K. Krzysztofek: *Dopuszczalność...*, s. 25.

3. Doktryna i praktyka orzecznicza dotycząca uznawania rozwodów *talaq* w innych państwach

W państwach Europy Zachodniej, jak również w USA i Kanadzie — gdzie obecna jest duża społeczność muzułmańska — sądy stosunkowo często stawały przed koniecznością stosowania lub przynajmniej uwzględniania muzułmańskiego prawa wywodzącego się z religijnego *sharia*, w tym w przedmiocie rozwodów *talaq*. Zagadnienie uznawania rozwodów przeprowadzonych pod rządami prawa muzułmańskiego jest też żywo dyskutowane w doktrynie. Jak zasygnalizowano już na wstępie, rozwody *talaq* budzą zastrzeżenia z trzech głównych powodów: stanowią naruszenie zasady równouprawnienia kobiety i mężczyzny w małżeństwie, budzą wątpliwości z uwagi na swój jednostronny i dyskrecjonalny charakter (nawet w oderwaniu od problemu dyskryminacji kobiet) oraz z powodu prywatnego, pozasądowego charakteru. W konsekwencji, rozwody *talaq* rodzą silny sprzeciw w praktyce orzeczniczej i doktrynie państw europejskiej kultury prawnej. Na podstawie klauzuli porządku publicznego sądy najczęściej odmawiają ich uznania (gdy przeprowadzone zostały w państwie muzułmańskim pod rządami prawa tam obowiązującego i zarejestrowane przez sąd lub inny organ władzy publicznej)²⁸ bądź odmawiają stosowania obcego prawa właściwego, przewidującego taki rozwód. Ponieważ ten pierwszy rodzaj przypadków jest w praktyce zdecydowanie częstszy, poniżej będziemy mówić przede wszystkim o „uznawaniu rozwodów *talaq*” stwierdzonych przez orzeczenie lub inne rozstrzygnięcie pochodzące od organu władzy publicznej w państwie muzułmańskim²⁹.

²⁸ Zob. we Francji: Cass. civ., 4.11.2009. „Revue Critique de Droit International Privé” 2010, s. 313; Cass. civ., 28.11.2006. „Revue Critique de Droit International Privé” 2006, s. 584; Cass. civ., 17.02.2004, D. 2004, s. 824 (pięć orzeczeń Cour de Cassation, wydanych w tym samym dniu w podobnych sprawach); Cass. civ., 14.03.2002. JCP 2002, II, 10095; Cass. civ., 12.07.2001. „Bulletin civil” I, n° 218; Cass. civ. 1.06.1994. „Revue Critique de Droit International Privé” 1995, s. 103; Dahar, Cass. civ., 18.12.1979. D. 1980, s. 550; w Anglii: A v. L [2010] EWHC 460; R v Secretary of State for the Home Department ex p Ghulam Fatima [1986] AC 527; Chaudhary v. Chaudhary [1984] 3 All ER 1017; w Niemczech: OLG Stuttgart, 3.12.1998, 17 VA 6/98; AG Frankfurt/Main, 9.08.1988, 35 F 4153/87; OLG Stuttgart, 11.04.1987, 1VA 5/86; LJV Baden-Württemberg, 23.05.1986 — 346E-325/85 (niem. orzecznictwo cyt. za: P. Fournier: *The reception of Muslim family laws in western liberal states*. „Women Living Under Muslim Law Dossier” 2005, vol. 27, s. 72); w Szwajcarii: Tribunal Fédéral, 8.02.1962, 88 I 48; w Grecji: orz. sądu w Thessalonikach z 19.12.2017 [niepubl.]; w USA: Aleem v. Aleem, 947 A.2d 489 (Md. 2008); Seth v. Seth, 694 S.W.2d 459, 463 (Tex. App.-- Fort Worth 1985).

²⁹ Z reguły chodzi wszakże o uznanie orzeczenia sądu lub rozstrzygnięcia innego organu, które stwierdzają rozwód *talaq*. Z taką sytuacją mamy także do czynienia na tle głosowanego postanowienia Sądu Apelacyjnego w Katowicach.

Nie oznacza to jednak, że rozwody *talaq* nigdy nie są i nie mogą być uznawane w Europie. Istnieje kilka rodzajów okoliczności, które zdaniem organów orzekających mogą uzasadniać uznanie rozwodu *talaq*. Przedstawiam je poniżej, dokonując podziału na kilka kategorii.

Pierwszym czynnikiem, który może usprawiedliwiać uznanie rozwodu *talaq*, są słabe powiązania stanu faktycznego sprawy z forum. W wielu porządkach prawnych przyjmuje się w orzecznictwie i doktrynie, że nikłe związki stanowią przesłankę ograniczającą działanie klauzuli porządku publicznego³⁰. Zasadniczą okolicznością wydaje się przy tym miejsce zamieszkania/zwykłego pobytu małżonków w chwili przeprowadzania rozwodu. Jeśli znajdowało się ono na terytorium państwa muzułmańskiego znajdującego rozwód przez odrzucenie, a kwestia uznania tego rozwodu w państwie europejskim wypłynęła później (z reguły ponieważ jeden z małżonków przeniósł centrum swoich życiowych interesów na teren tego drugiego państwa), to często przyjmowano, że rozwód *talaq* może być uznany. Nawet okoliczność, że chodziło o osoby, które uzyskały obywatelstwo państwa europejskiego, mogła nie stanowić wystarczającego powodu dla ingerencji za pomocą klauzuli porządku publicznego przeciwko takiemu rozwodowi. Jednocześnie jednak należy podkreślać, że uznanie rozwodu uzasadniały często — poza słabymi związkami z forum — także inne okoliczności sprawy (o których mowa będzie niżej).

Brak bliższych związków sprawy z forum uzasadniał uznanie rozwodów *talaq* m.in. w Anglii³¹. I tak w wyroku w sprawie *El Fadl v. El Fadl*³² angielski sąd zaakceptował rozwód przez odrzucenie, przeprowadzony zgodnie z prawem libańskim, ponieważ strony zamieszkiwały — w chwili rozwodu — w Libanie. W momencie rozwodu brak było też innych, zna-

³⁰ Chodzi o przesłankę stosowania klauzuli, określaną w literaturze zagranicznej jako *Inlandsbeziehung* (Niemcy), *ordre public de proximité* (Francja) lub *proximity* (Anglia). W swych publikacjach zaproponowałem, aby używać tu określenia „związek z forum”. Zob. szerzej M. Zachariasiewicz: *Klauzula...*, s. 200 i n. W literaturze obcej zob. np. P. Lagarde: *Public Policy (chapter 11)*. In: *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. 3: *Private International Law*. Part 1. Ed. K. Lipstein. Tübingen 1986, s. 38—39; Idem: *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*. Paris 1959, s. 58; A. Fiorini: *The Codification of Private International Law: The Belgian Experience*. „International Comparative Law Quarterly” 2005, vol. 54, s. 515; N. Jobubert: *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*. Paris 2007, s. 3 i n.

³¹ W Anglii wydaje się to o tyle łatwiejsze, że istnieje wyraźny przepis nakazujący uznawanie rozwodów, jeśli są one skuteczne w świetle prawa państwa pochodzenia (choć oczywiście prawo zezwalana na odmowę uznania rozwodu w razie naruszenia zasad porządku publicznego — *public policy*). Zob. Family Law Act 1986, sec. 46(a). W literaturze zob. na ten temat Al-R. Moosa, D. Helly: *An analysis...*, s. 132 i n.

³² *El Fadl v. El Fadl* [2000] 1 FLR 175.

czących związków pary z Anglią. Podobnie w wyroku w sprawie *H v. H*³³ sąd uznał rozwód *talaq* uzyskany zgodnie z prawem pakistańskim, mimo że chodziło o małżeństwo obywateli brytyjskich. Sąd podkreślił jednak, że para małżeńska zachowała bliskie więzi z Pakistanem, a rozwód nastąpił dwadzieścia lat wcześniej.

Także sąd rodzinny w Quebecu, w starannie uzasadnionym orzeczeniu z 2007 r., wyraził gotowość uznania rozwodu *talaq*³⁴. Sąd podniósł, że przy całkowitym braku powiązań stanu faktycznego z Quebeciem (rozwód *talaq* miał miejsce pomiędzy małżonkami mającymi w chwili rozwodu miejsce zamieszkania w państwie islamskim i obywatelami takiego państwa) interwencja klauzuli porządku publicznego nie jest konieczna³⁵. W ocenie sądu okoliczność, że żona zamieszkiwała w Kanadzie w chwili rozstrzygania o uznaniu rozwodu nie stanowiła relewantnego związku sprawy z forum³⁶.

Również w Norwegii przyjmuje się, że rozwód *talaq* jest sprzeczny z lokalnym porządkiem publicznym tylko wtedy, gdy rozwód jest powiązany z terytorium Norwegii za pomocą istotnych okoliczności faktycznych, w szczególności przez miejsce zamieszkania małżonków lub jednego z nich³⁷. Jeżeli natomiast rozwód nastąpił zanim małżonek wnoszący o uznanie rozwodu osiedlił się w Norwegii, co do zasady podlega on uznaniu w tym państwie³⁸.

Gotowość do uznania rozwodu w braku istotnych związków sprawy z forum można także zaobserwować w judykaturze francuskiej. W kraju tym nastąpiła jednak istotna ewolucja praktyki orzeczniczej. Wymaga to kilku słów wyjaśnienia. Począwszy od lat pięćdziesiątych ubiegłego wieku rozwody *talaq* uznawane były na podstawie koncepcji powściągliwego

³³ *H v. H* [2007] EWHC 2945 (Fam).

³⁴ Orz. Cour supérieure du Québec, Droit de la famille — 072464, 2007 QCCS 482, <http://citoyens.soquij.qc.ca>.

³⁵ Warto jednak zwrócić uwagę, że pogląd ten stanowił jedynie *obiter dictum*. In concreto sąd i tak nie uznał orzeczenia z państwa islamskiego, ponieważ ustalił, że mąż nadużył procedury rozwodowej (mąż żył wspólnie i współżył z żoną jeszcze po jej odrzuceniu za pomocą procedury *talaq*; zgodnie z prawem muzułmańskim, w normalnym toku rzeczy takie działanie odwołuje rozwód; na skutek fałszywych zeznań w postępowaniu w państwie islamskim uzyskał on jednak potwierdzenie rozwodu). Gotowość montrealskiego sądu uznania rozwodu *talaq* była zatem jedynie teoretyczna.

³⁶ Z tego powodu rozumowanie montrealskiego sądu krytycznie ocenia G. Goldstein: *The Recognition and Enforcement of Foreign Decisions in Québec*. „Yearbook of Private International Law” 2013/2014, vol. 15, s. 309.

³⁷ K.J. Fredriksen: *The recognition of transnational Muslim marriages and divorces by Norwegian courts and other competent authorities: dynamics between legislation and legal practice*. In: *Muslim Family Law...*, Ed. E. Giunchi, s. 102.

³⁸ *Ibidem*.

stosowania klauzuli porządku publicznego (*l'effet attenué*)³⁹. Koncepcja *l'effet attenué* wypracowana została przez francuski Cour de Cassation w orzeczeniu z 1953 r. w sprawie *Rivière*⁴⁰. Zgodnie z tym precedensowym wyrokiem, „reakcja przeciwko regule, która jest sprzeczna z porządkiem publicznym, nie jest taka sama w sytuacji, w której uniemożliwia ona nabycie prawa we Francji, jak w przypadku, w którym chodzi raczej o uznanie we Francji skutków prawa nabytego na obcym terytorium na podstawie prawa właściwego zgodnie z francuskim prawem prywatnym międzynarodowym, o ile nie zachodzi obejście prawa [tłum. M.Z.]”⁴¹. Prowadząca do uznania rozwodu *talaq* analiza przebiega zatem następująco: rozwód, który miał miejsce za granicą, zgodnie z obcym prawem właściwym, na podstawie normy kolizyjnej forum, nastąpił w określonym oddaleniu; na obecnym etapie chodzi jedynie o uznanie skutków, które już wystąpiły pod rządami obcego prawa, w szczególności zaś polegające na ustaniu małżeństwa; rozwód stanowi zdarzenie zagraniczne i jako takie co do zasady jest uprawnione, aby być uznane na terenie Francji. Oddalenie rozwodu *talaq*, będące zdarzeniem stanowiącym przyczynę ustania stosunku małżeństwa, które nastąpiło na terenie obcego państwa, w określonej przeszłości, stanowi drugi rodzaj okoliczności, który może (potencjalnie) uzasadniać uznanie rozwodu *talaq*.

Nie budzi wątpliwości, że koncepcja *l'effet attenué* była niekiedy we Francji nadużywana. Imigranci pochodzący z państw muzułmańskich na stałe osiadli we Francji powracali na krótko do swego kraju pochodzenia, gdzie przeprowadzali rozwód przez odrzucenie żony (często chodziło nawet o małżeństwa zawarte we Francji)⁴². Tam też rozwód ten rejestrowali, następnie domagając się jego uznania we Francji, argumentując,

³⁹ Zob. orz. w spr. Rohbi, Cass. civ. 3.11.1983. „Revue Critique de Droit International Privé” 1984, s. 325. W literaturze na ten temat zob. A. Sinay-Cytermann: *Les tendances actuelles de l'ordre public international*. In: *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: Les relations privées internationales*. Paris 2014, s. 639; P. Lagarde: *Public Policy...*, s. 41.

⁴⁰ Rivière, Cass. civ. 17.04.1953. „Revue Critique de Droit International Privé” 1953, s. 412. Zob. również obszerne omówienie tego orzeczenia i kontekstu, w jakim ono zapadło: A. Gavalda: *Remarques sur l'arrêt Rivière*. „Travaux du Comité français de droit international privé” 1955, vol. 14, s. 115—148. Warto wyjaśnić, że w wyr. w sprawie Rivière nie chodziło o rozwody *talaq*. Koncepcja *l'effet attenué* wypracowana w tym orzeczeniu wykorzystywana była jednak później do ich uznawania we Francji.

⁴¹ Na temat wyr. w sprawie Rivière i koncepcji *l'effet attenué* zob. szerzej M. Zachariasiewicz: *Klauzula...*, s. 241 i n.

⁴² Istnieją doniesienia, zgodnie z którymi podobna praktyka jest znana także na naszym obszarze prawnym. Zob. M. Sadowski: *Kontrakt...*, s. 96, który na podstawie kwerendy przeprowadzonej we wrocławskim USC ustalił, że „niektórzy muzułmanie po uzyskaniu obywatelstwa polskiego wyjeżdżają do swojego kraju, aby tam przeprowadzić procedurę rozwodową w oparciu o szariat”.

że rozwiązanie małżeństwa nastąpiło w wystarczającym oddaleniu, aby uzasadnić nieingerencję francuskiego porządku publicznego. Przypadki takie określano jako *voyage de répudiation* („podróż w celu odrzucenia”)⁴³. Francuskie sądy często godziły się uznawać rozwody *talaq*, nawet w przypadkach, gdy zachodziły tego typu okoliczności.

Należy zwrócić uwagę, że w latach 2001—2004 nastąpiła istotna zmiana orzecznictwa dotyczącego rozwodów przez odrzucenie. Zamiast analizy na podstawie koncepcji powściągliwej ingerencji porządku publicznego, Cour de Cassation oparł się bowiem na badaniu stopnia powiązania stanu faktycznego z forum. W kilku orzeczeniach (z lat 2001⁴⁴, 2002⁴⁵ i 2004⁴⁶) przyjął on, że jeżeli małżonkowie, lub chociaż żona, mają miejsce zamieszkania we Francji, to ingerencja francuskiego porządku publicznego przeciwko rozwodom *talaq* jest uzasadniona. W przeciwnym jednak wypadku — gdy żadne z małżonków nie ma miejsca zamieszkania we Francji, uznanie rozwodu *talaq* nie jest wykluczone.

Trzecią już okolicznością, która może uzasadniać uznanie rozwodu *talaq*, jest potrzeba uwzględniania dalszych skutków życiowych, które nastąpiły pomiędzy odrzuceniem żony a chwilą, w której o kwestii uznania takiego rozwodu rozstrzyga sąd w kraju europejskim. Uznanie rozwodu przez odrzucenie może być uzasadnione w celu przeciwdziałania zjawisku kulejących małżeństw, tj. małżeństw skutecznych w świetle prawa określonego państwa, ale nieskutecznych w świetle prawa innego państwa (*limping marriages*)⁴⁷. Jest to oczywiście bardzo niekorzystna sytuacja, ponieważ powstaje dualizm prawny w obszarze praw i obowiązków małżonków⁴⁸. Nadto, uznanie rozwodu *talaq* może być usprawiedliwione w celu zapobiegania próbom wykorzystania argumentu o bezskuteczności rozwodu *talaq* do podważenia ważności kolejnego małżeństwa (jako bigamicznego), zawartego przez jedną ze stron tego rozwodu — w szczególności przez odrzuconą żonę.

Za dobry przykład służy w omawianym obszarze orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Cagliari (Włochy) z 2008 r.⁴⁹ Małżeństwo zawarte w Egipcie

⁴³ A. Sinay-Cytermann: *Les tendances...*, s. 639—640.

⁴⁴ Cass. civ., 12.07.2001. „Bulletin civil” I, n° 218.

⁴⁵ Cass. civ., 14.03.2002. JCP 2002, II, 10095.

⁴⁶ Cass. civ., 17.02.2004. „Receuil Dalloz” 2004, s. 824 (pięć orzeczeń wydanych w tym samym dniu w podobnych sprawach).

⁴⁷ Na temat małżeństw kulejących w kontekście małżeństw dzieci zob. ostatnio: E. Kamarad: *Kolizyjnoprawne aspekty małżeństw dzieci*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2019, vol. 24, s. 90. W kontekście odmowy uznania rozwodów przeprowadzonych na podstawie prawa muzułmańskiego zob. np. K.J. Fredriksen: *The recognition...*, s. 92.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ CA Cagliari (Włochy), 16.05.2008 [opubl. w jęz. franc. w JDI 2013, n° 2].

zostało rozwiązane przez odrzucenie już po dwóch latach, co stwierdził wyrokiem sąd w Egipcie. Rozwodnicy wstąpili w nowe związki małżeńskie, z których mieli dzieci. W międzyczasie mąż przeniósł się do Włoch i otrzymał włoskie obywatelstwo. O uznanie egipskiego orzeczenia rozwodowego wystąpiono we Włoszech 13 lat później. W tej sytuacji włoski sąd przyjął, że sytuacja faktyczna skryształizowała się wystarczająco, aby uzasadnić nieingerencję w skuteczność rozwodu przeprowadzonego pod rządami egipskiego prawa wiele lat wcześniej. Wymagało tego poszanowanie nowych związków małżeńskich.

Rozwód *talaq* został również uznany przez sąd angielski w sprawie *Wicken v. Wicken*⁵⁰. Rozwód przeprowadzono w Gambii pomiędzy obywatelami tego państwa. Odrzucona żona zawarła następnie w Anglii nowe małżeństwo. Spór o skuteczność rozwodu *talaq* powstał, gdy kobieta wystąpiła o rozwód jej drugiego małżeństwa, a mąż (drugi) podniósł zarzut jego wadliwości z powodu bigamii (*decree of nullity*). Skoro bowiem pierwsze małżeństwo nie zostało skutecznie rozwiązane, to skuteczność drugiego mogłaby być kwestionowana. Sąd zdecydował jednak uznać rozwód *talaq*, co oznaczało w konsekwencji, że drugie małżeństwo jest w pełni skuteczne i może być rozwiązane co najwyżej przez rozwód.

Czwartym powodem przemawiającym za uznaniem rozwodu *talaq* jest zapewnienie kobiecie wystarczających gwarancji procesowych w toku rozwodu. Nie zawsze bowiem rozwód *talaq* odbywa się pozasadownie i całkowicie jednostronnie. Niektóre jego formy stwarzają kobiecie określone możliwości opierania się rozwodowi. Z tego typu przypadkiem miał do czynienia sąd w Teksasie w sprawie *Ashfaq v. Ashfaq*⁵¹. W wyroku z 2015 r. sąd uznał rozwód *talaq* przeprowadzony w Pakistanie. Procedura rozwodowa była tu wprawdzie w dużej mierze jednostronna, ale żona została zawiadomiona o jej wszczęciu. Ponadto, wymagany był dziewięćdziesięciodniowy okres, podczas którego specjalna rada arbitrażowa podejmowała próbę concyliacji pomiędzy małżonkami. Teksaski sąd stwierdził, że uznanie rozwodu *talaq* w takich okolicznościach nie narusza porządku publicznego. Podobne rozstrzygnięcie zapadło w Anglii w sprawie *Quazi v. Quazi*, gdzie chodziło o uznanie rozwodu przeprowadzonego w analogicznej procedurze w Pakistanie⁵². W doktrynie anglosaskiej określa się tego typu rozwód jako „formalny/procesowy *talaq*” (*formal/procedural talaq*), w przeciwieństwie do „zwykłego *talaq*” (*bare talaq*), w ramach którego brak jest jakiegokolwiek postępowania przed

⁵⁰ *Wicken v. Wicken* (1999) Fam 224.

⁵¹ *Ashfaq v. Ashfaq*, 467 S.W. 3d 539 (Tex. App. 2015).

⁵² [1980] AC 744.

sądem lub innym organem⁵³. Sama obecność świadków przy składaniu oświadczenia o rozwodzie nie jest jednak wystarczająca, aby można było mówić o „postępowaniu rozwodowym”⁵⁴.

Podobnie francuski Cour de Cassation w wyroku z 2001 r.⁵⁵ zaakceptował rozwód przez odrzucenie przeprowadzony w Algierii, ponieważ ustalili, że żona mogła przedstawić swoje stanowisko przed sądem, oraz że zapewniono jej gwarancje procesowe w postępowaniu rozwodowym.

Piątą okolicznością, która łągodzi ostrze klauzuli porządku publicznego interweniującej przeciwko rozwodom *talaq*, jest finansowe zabezpieczenie odrzucanej żony. Jeżeli prawa kobiety są w tym przedmiocie wystarczająco zagwarantowane, to może to stanowić dodatkowy argument przemawiający za zaakceptowaniem rozwodu, nawet jeżeli miał on charakter jednostronny. Interes majątkowy kobiety może być w szczególności zabezpieczony przez odpowiednio wysoką wartość daru małżeńskiego (*mahr*). Przesądziło to o uznaniu rozwodu *talaq* przez sąd szwedzki⁵⁶. Również w angielskim orzeczeniu *El Fadl v. El Fadl*⁵⁷ fakt zabezpieczenia finansowego odrzuconej żony wydawał się mieć wpływ na uznanie rozwodu *talaq*. W sprawie tej mąż utrzymywał ekszönę finansowo 16 lat po jej odrzuceniu. Sprawa uznania rozwodu *talaq* zawisła w angielskim sądzie dopiero wtedy, gdy mąż zaprzestał utrzymywania ekszön. Kobieta zakwestionowała wtedy skuteczność rozwodu *talaq*. Argument finansowy nie był tu jednak jedynym przemawiającym za uznaniem rozwodu (brak było również ścisłych więzi sprawy z Anglią — zob. wyżej).

Z kolei brak adekwatnego zabezpieczenia finansowego odrzucanej żony stanowi najczęściej argument przeciwko zaakceptowaniu rozwodu *talaq*. Podkreślił to francuski Cour de Cassation w wyroku z 2006 r., odmawiając zastosowania właściwego dla rozwodu prawa marokańskiego⁵⁸. Jednak zdaniem belgijskiego Cour de Cassation, brak alimentów dla żony na wypadek rozwodu nie jest wystarczającym argumentem za ingerencją klauzuli porządku publicznego przeciwko jego skuteczności⁵⁹.

⁵³ Zob. S. Symeonides: *Choice of Law in the American Courts in 2015: Twenty-Ninth Annual Survey*. „American Journal of Comparative Law” 2016, vol. 64, s. 68; J. O’Brien: *Conflict...*, s. 476.

⁵⁴ Chaudhary v. Chaudhary [1985] Fam 19.

⁵⁵ Cass civ., 3.07.2001. „Bulletin civil” 2001 I, n° 199, s. 127.

⁵⁶ Gdyby sąd odmówił zastosowania prawa właściwego dopuszczającego rozwód *talaq*, stosując w to miejsce prawo szwedzkie, kobieta utraciłaby *mahr*. Podają za K. Krzysztofek: *Dopuszczalność...*, s. 32.

⁵⁷ *El Fadl v. El Fadl* [2000] 1 FLR 175.

⁵⁸ Cass civ., 28.11.2006. „Revue Critique de Droit International Privé” 2006, s. 584.

⁵⁹ Cour de Cassation, 18.06.2007, n° C.06.0116.F. Orzeczenie spotkało się z krytyką w doktrynie. Zob. J.-Y. Carlier: *Quand l'ordre public fait désordre*. „Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht” 2008, no. 9, s. 526.

Wreszcie ostatnią, szóstą już, okolicznością, która uzasadnia zaakceptowanie rozwodu *talaq*, jest zgoda kobiety⁶⁰. Zgoda ta może zostać wyrażona w trakcie rozwodu, w szczególności jeśli odbyło się jakieś postępowanie rozwodowe, ale także na późniejszym etapie. Przyjmuje się, że jeżeli kobieta występuje z wnioskiem o uznanie rozwodu *talaq*, to należy to traktować jako jej zgodę na rozwód⁶¹. Jest jednak oczywiste, że zgoda musi zostać wyrażona świadomie i swobodnie. Sąd rozstrzygający o uznaniu rozwodu *talaq* powinien to zweryfikować, zwłaszcza gdy mąż podnosi, że zgoda kobiety została wyrażona w toku postępowania rozwodowego w państwie muzułmańskim. Znane są także przypadki, w których sąd europejski zaakceptował rozwód *talaq* po złożeniu stosownego oświadczenia przez męża bezpośrednio przed tym sądem, a żona wyraziła zgodę na rozwód⁶². Nawet jednak wyraźna zgoda kobiety, w tym wyrażona przez wniesienie wniosku o uznanie rozwodu *talaq* w Europie, może okazać się niewystarczającym argumentem za jego zaakceptowaniem. Uznanie rozwodu *talaq* odmówił ostatnio sąd w Thessalonikach, mimo że wnioskowała o to eksżona⁶³. Stanowisko greckiego sądu jest przykładem kategoriycznego — i nie zawsze słusznego *in concreto* — sprzeciwu wobec rozwodów przez odrzucenie, podkreślającego ich sprzeczność z podstawowymi zasadami porządku publicznego państwa europejskiej kultury prawnej⁶⁴.

⁶⁰ Zob. np. A. Büchler, A. Latif: *Judicial...*, s. 73 i n., którzy omawiają ewolucję szwajcarskiej judykatury w tym względzie.

⁶¹ Zob. A. Anthimos: *Talaq v Greek public policy: Operation successful, patient dead...*, 3.08.2018, conflictoflaws.net; Idem: *No recognition of an Egyptian talaq on public policy grounds*. „International Civil Litigation in Greece”, 3.08.2018, icl-in-greece.blogspot.com.

⁶² AG Esslingen, 19.03.1992, 1F 162/92 (cyt. za: P. Fournier: *The reception...*, s. 72).

⁶³ Orz. z dnia 19.12.2017 r. [niepubl.]. Omawiam za A. Anthimos: *No recognition...*

⁶⁴ W rozstrzyganej przez sąd w Thessalonikach sprawie chodziło o rozwód *talaq* przeprowadzony pod rządami prawa egipskiego i potwierdzony świadectwem biura notarialnego w Egipcie. Grecki sąd odmówił uznania rozwodu *talaq*, wskazując na jego jednostronny charakter. Podkreślił, że rozwód taki jest całkowicie sprzeczny z podstawowymi zasadami zarówno greckiego, jak i europejskiego porządku prawnego. Przywołał w tym względzie postanowienia greckiej konstytucji, jak i EKPCz (art. 6, 8 i 14). Dwa aspekty rozstrzygnięcia wywołują jednak wątpliwości. Po pierwsze, jedynym powiązaniem sprawy z terytorium Grecji było obecne miejsce pobytu żony (świeżo nabyte). W chwili przeprowadzania rozwodu małżonkowie zamieszkiwali bowiem na stałe w Egipcie. Po drugie, inaczej niż dzieje się to zazwyczaj, o uznanie rozwodu wystąpiła żona. Trudno zatem kwestionować, że wyraziła ona w ten sposób zgodę na rozwód i akceptację przeprowadzonej procedury *talaq*. Odmowa uznania dokonanego w Egipcie rozwodu oznaczała zaś, że żona zmuszona była wystąpić o rozwód (ponowny) w Grecji. Konieczność ta rodzi określone trudności po stronie kobiety. Przede wszystkim nie ma pewności, że greckie sądy miałyby jurysdykcję krajową do oceny powództwa rozwodowego. Ponadto, pozew

4. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 20 sierpnia 2009 r.

Wedle wiedzy autora, jedynym publikowanym rozstrzygnięciem sądu polskiego dotyczącym problemu uznania w Polsce jednostronnego rozwodu przeprowadzonego pod rządami prawa muzułmańskiego jest postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 20 sierpnia 2009 r. Choć jest to orzeczenie sprzed ponad 10 lat, zasługuje na bliższą uwagę doktryny prawa prywatnego międzynarodowego i szczególnie uwagi w tym miejscu.

Emir M., obywatel Maroka i Polski, wniósł o uznanie w Polsce świadczenia rozwodu wystawionego przez notariusza Biura Notarialnego Spraw Osobowych w Egipcie, stwierdzającego rozwiązanie przez rozwód jego małżeństwa z Peggy P., obywatelką francuską, a od 2007 r. również obywatelką RP. Choć z uzasadnienia postanowienia nie wynika jasno, gdzie strony zawarły związek małżeński, wydaje się, że nastąpiło to za granicą w 1992 r. Małżeństwo to zostało zarejestrowane w polskim rejestrze stanu cywilnego w 2007 r. Jeszcze wcześniej, bo w 2001 r., Emir M. złożył jednak przy świadkach oświadczenie o rozwodzie, zgodnie z tradycyjną formułą znaną prawu muzułmańskiemu. W styczniu 2007 r. Emir M. uzyskał świadectwo rozwodu wystawione przez notariusza w Biurze Notarialnym Spraw Osobowych w Egipcie, po czym wniósł o jego uznanie w Polsce. W kwietniu 2007 r. Peggy P. odpowiedziała, kierując do sądu polskiego pozew o rozwód przeciwko Emirowi M.

Na skutek anonimizacji danych stron dość niejasne stało się uzasadnienie postanowienia w przedmiocie miejsca zamieszkania stron, co jest o tyle niekorzystne, że okoliczność ta ma — w mojej ocenie — istotne znaczenie w kontekście przesłanek stosowania klauzuli porządku publicznego. Sąd informuje, że Emir M. mieszkał w Polsce począwszy od 1961 r. Natomiast jako miejsce zamieszkania Peggy P. w egipskim świadectwie rozwodu podano hotel S. w H., co Sąd przytacza bez komentarza. Można się domyślać, że chodzi tu o miejsce znajdujące się za granicą. W innym bowiem fragmencie uzasadniania Sąd stwierdza, że ostatnie wspólne miejsce zamieszkania znajdowało się w K., a z kontekstu można wnosić, że K. to miejscowość w Polsce. Nie ma tu jednak pewności. Nie wiemy

musiałby być doręczony mężowi w Egipcie. Grecki sąd mógłby być zmuszony zasięgać informacji o prawie egipskim. Wreszcie, kobieta musiałaby ponosić koszty prawdopodobnie długotrwałego i złożonego postępowania. Z tych powodów orzeczenie sądu w Thessalonikach spotkało się z przekonującą — w mojej ocenie — krytyką. Zob. A. Anthimos: *No recognition...*

ponadto, gdzie znajdowało się miejsce zamieszkania żony w chwili składania przez Emira M. oświadczenia o rozwodzie, tj. w 2000 r.

Oddalając wniosek Emira M. o uznanie egipskiego świadectwa rozwodowego, Sąd Apelacyjny w Katowicach, po pierwsze, rozważył, czy w sprawie nie znajduje zastosowania Konwencja haska o uznawaniu rozwodów i separacji z dnia 1 czerwca 1970 r.⁶⁵, której stroną jest Rzeczpospolita. Sąd ustalił, że nie znajduje ona zastosowania we wzajemnych stosunkach pomiędzy Polską a Egiptem. Następnie Sąd wyjaśnił, że w sprawie nie znajduje zastosowania także umowa między RP a Egiptem z dnia 17 maja 1992 r. o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i handlowych⁶⁶ (ponieważ nie obejmuje ona spraw rodzinnych).

W dalszej kolejności SA przywołał art. 18 ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe z 1965 r. [dalej: p.p.m. 1965]⁶⁷. Zgodnie z tym przepisem, w braku wspólnego prawa ojczyznego małżonków dla rozwodu stosować należało prawo państwa, w którym oboje małżonkowie zamieszkują. Ponadto, zgodnie z art. 2 p.p.m. 1965, obywatel polski podlegał prawu polskiemu, chociażby prawo innego państwa uznawało go za obywatela tego państwa. Doprowadziło to SA do niewypowiedzianej konkluzji, że właściwe dla rozwodu byłoby prawo polskie. Wydaje się o tym świadczyć także stwierdzenie Sądu, że „zbędnym w sprawie było ustalanie treści prawa i procedury egipskiej w zakresie rozwiązywania małżeństwa opartego na prawie muzułmańskim”.

Inaczej niż sąd pierwszej instancji, Sąd Apelacyjny przyjął, że świadectwo rozwodowe wystawione przez biuro notarialne spraw osobowych w Egipcie stanowi rozstrzygnięcie obcego organu, które może podlegać uznaniu na podstawie art. 1145 i n. k.p.c. SA podkreśla, że przepisy tytułu I Księgi Trzeciej k.p.c. dotyczą nie tylko orzeczeń obcych sądów, lecz także rozstrzygnięć innych organów. Podpiera się w tym względnie nowelizacją przepisów z 2009 r., która wprowadziła do Kodeksu postępowania cywilnego przepis art. 1149¹ k.p.c. W sprawie nie chodziło zatem o stosowanie prawa właściwego dla rozwodu, lecz o uznanie rozstrzygnięcia egipskiego organu — biura notarialnego spraw osobowych.

Sąd Apelacyjny wskazał na trzy okoliczności, które jego zdaniem przemawiają za odmową uznania w Polsce świadectwa rozwodowego przedstawionego przez Emira M. Po pierwsze, według ustaleń SA, od rozstrzygnięcia biura notarialnego przysługiwało odwołanie. Wnioskodawca nie wykazał, że jego żonie dostarczono świadectwo, i że stało się ono ostateczne. Nie była zatem spełniona przesłanka prawomocności rozstrzygnięcia w państwie pochodzenia (art. 1146 §1 pkt 1 k.p.c.).

⁶⁵ Dz.U. 2001, nr 53, poz. 561.

⁶⁶ Dz.U. 1994, nr 34, poz. 126.

⁶⁷ Ustawa z dnia 12 listopada 1965 r. Dz.U. nr 46, poz. 290 ze zm.

Po drugie, naruszone zostało prawo do obrony Peggy P. Nie uczestniczyła ona bowiem w postępowaniu, które zakończyło się wydaniem świadectwa rozwodu. Emir M. nie przedstawił dowodu, że Peggy M. została prawidłowo wezwana do udziału w tym postępowaniu, a ona sama zaprzeczyła, aby doręczono jej wezwanie i świadectwo rozwodu. Na przeszkodzie uznaniu stały zatem art. 1146 § 1 pkt 3 k.p.c. oraz art. 1147 § 2 k.p.c.

Wreszcie trzecim — i najbardziej interesującym pod względem prowadzonych tu rozważań — powodem, dla którego świadectwo rozwodu nie mogło być uznane, była sprzeczność skutków jego uznania z podstawowymi zasadami porządku prawnego RP (klauzula porządku publicznego; art. 1146 § 1 pkt 7 k.p.c.). SA podkreśla, że rozwiązanie małżeństwa na skutek jednostronnego oświadczenia męża, bez uwzględnienia stanowiska żony, sprzeciwia się zasadzie trwałości małżeństwa i równouprawnienia małżonków, które chronione są także na poziomie konstytucyjnym (art. 18 Konstytucji RP). To zaś, że oceniany rozwód był jednostronny, wynikało już z samej treści świadectwa rozwodowego.

5. Świadectwo rozwodu wystawione przez biuro notarialne

Jedną z trudności, która może się pojawić w kontekście rozwodów *talaq*, jest pytanie o rodzaj rozstrzygnięcia, które podlegać ma uznaniu, w kontekście organu władzy publicznej, od którego ono pochodzi. Obrazuje to dobrze omawiane tu orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach. Zdaniem tego Sądu, świadectwo rozwodowe wystawione przez biuro notarialne spraw osobowych w Egipcie stanowi rozstrzygnięcie obcego organu, które może podlegać uznaniu na podstawie art. 1145 i n. k.p.c. Wniosek ten budzi jednak wątpliwości. Warto poczynić w tym względzie krótkie uwagi.

Oczywiste jest, że na tle przepisów Kodeksu postępowania cywilnego nie tylko orzeczenia sądów podlegają uznaniu. Stwierdzenie to było trafne na tle stanu prawnego sprzed 2009 r., a obecnie nie budzi już wątpliwości z uwagi na brzmienie art. 1149¹ k.p.c. Przepis ten stanowi, że przepisy dotyczące uznawania orzeczeń stosuje się odpowiednio do rozstrzygnięć innych organów państw obcych wydanych w sprawach cywilnych. W doktrynie wskazuje się, że pod tym pojęciem „należy rozumieć akt władczy w granicach jego kompetencji, który wywołuje określony przez prawo skutek prawny”⁶⁸. Artykuł 1149¹ k.p.c. znajduje zastosowa-

⁶⁸ P. Borkowski, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 506—1217*. T. 2. Red. T. Szanciło. Warszawa 2019, kom. do art. 1149¹, pkt 2.

nie do takich aktów organów państw obcych, które wydawane są w sprawach cywilnych. Znaczenie „sprawy cywilnej” ustalać zaś należy w świetle kryteriów wskazanych w art. 1 k.p.c.⁶⁹ Zdaniem np. Sądu Okręgowego w Warszawie⁷⁰, jeśli sprawa jest np. sprawą z zakresu prawa rodzinnego, to już z tego powodu należy do kategorii spraw cywilnych w rozumieniu art. 1149¹ k.p.c.

Rozstrzyganie spraw, które w Polsce powierzone są sądom, może w innych państwach być powierzone innego rodzaju organom. Dotyczy to w szczególności rozwodów przeprowadzanych w trybie administracyjnym (taki tryb jest współcześnie znany w wielu krajach i nie dotyczy wyłącznie rozwodów jednostronnych). Administracyjny charakter rozstrzygnięcia nie wyklucza możliwości jego uznania na zasadach analogicznych do uznawania orzeczeń. Rozwody administracyjne nie budzą już współcześnie takich zastrzeżeń jak dawniej. Dominuje stanowisko, że nie ma przeszkód, aby także takie rozwody były w Polsce uznawane⁷¹.

Należy jednak przeprowadzić rozgraniczenie pomiędzy zakresami zastosowania przepisów art. 1149¹ k.p.c. i art. 1138 k.p.c. Ten ostatni dotyczy zagranicznych dokumentów urzędowych. Przepis ten zrównuje ich moc dowodową z polskimi dokumentami urzędowymi⁷². Nie dochodzi do uznania skutków materialnoprawnych określonych dokumentem, a jedynie do przypisania dokumentowi szczegółowej mocy dowodowej. W przeszłości wątpliwości co do właściwej kwalifikacji dotyczyły notarialnych

⁶⁹ T. Ereciński, J. Ciszewski, K. Weitz: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Warszawa 2009, s. 495, 553—554.

⁷⁰ Post. SO w Warszawie z dnia 14 lutego 2018 r., VI Co 1080/16.

⁷¹ W przeszłości w orzecznictwie wyrażane było stanowisko niechętnie uznawaniu rozwodów przeprowadzanych za granicą w trybie administracyjnym. Wątpliwości co do zasadności takiego stanowiska wyrażał już w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku M. Tomaszewski: *W sprawie skuteczności w Polsce zagranicznych rozwodów administracyjnych*. „Państwo i Prawo” 1979, z. 8—9, s. 118 i n. Obecnie zdecydowanie przeważa pogląd, że rozwody przeprowadzone w trybie administracyjnym mogą być — co do zasady — uznawane. Tak T. Strumiłło, w: *Kodeks postępowania cywilnego. T. 2: Komentarz. Art. 730—1217*. Red. J. Jankowski. Wyd. 2. Warszawa 2015, kom. do art. 1149¹. Silnym wsparciem dla takiego poglądu jest art. 1149¹ k.p.c., zgodnie z którym przepisy dotyczące uznawania zagranicznych orzeczeń stosuje się odpowiednio do rozstrzygnięć innych organów państw obcych wydanych w sprawach cywilnych. Nie jest też przeszkodą dla uznania rozwodu sama okoliczność, że o rozwodzie orzekał obcy sąd religijny, o ile sąd taki współtworzy państwowy system wymiaru sprawiedliwości. Zob. A. Torbus, w: *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*. T. 4. Red. K. Piasecki, A. Marciniak. Warszawa 2017, art. 1098, nb. 10.

⁷² Zob. np. Ł.D. Dąbrowski: *Moc dowodowa zagranicznych dokumentów urzędowych. Wybrane zagadnienia procesowe*. „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2016, vol. 14, s. 120 i n.; M. Wojewoda: *Moc dowodowa zagranicznych dokumentów urzędowych*. W: „System Prawa Prywatnego”. T. 20C: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2015, s. 532.

poświadczeń dziedziczenia. Obecnie jest już jednak jasne, że chodzi w takim wypadku o rozstrzygnięcia podlegające uznaniu na podstawie art. 1145 i n. k.p.c. w zw. z art. 1149¹ k.p.c., a nie jedynie o dokumenty urzędowe z art. 1138 k.p.c.⁷³

Kwestia, czy świadectwo rozwodowe biura notarialnego w Egipcie powinno być uznawane jako „rozstrzygnięcie innego organu” w rozumieniu art. 1149¹ k.p.c. nie jest zatem, w mojej ocenie, oczywista. Chodzi tu oczywiście o sprawę cywilną w znaczeniu, w jakim pojęcie to funkcjonuje w polskim Kodeksie postępowania cywilnego. Jednak inicjowany przez męża rozwód *talaq* nie jest przeprowadzany przed biurem notarialnym. Urzędnik biura notarialnego nie „rozstrzyga” o rozwodzie. Zgodnie z prawem egipskim i przyjętą praktyką, rozwód dokonuje się za pomocą oświadczenia woli męża i jest następnie jedynie rejestrowany w terminie 30 dni w biurze notarialnym⁷⁴. Taka rejestracja jest obowiązkowa⁷⁵. Biuro notarialne ma także obowiązek zawiadomienia żony o jej odrzuceniu przez męża. Nie oznacza to jednak, że toczy się przed nim jakiś realny spór między stronami. Nie ma zatem pewności, że chodzi tu o „rozstrzygnięcie sprawy cywilnej”, które mogłoby podlegać uznaniu z mocy art. 1149¹ k.p.c.

Warto też zwrócić uwagę, że w praktyce rozwody *talaq* często nie są w ogóle rejestrowane⁷⁶. W tradycji państw muzułmańskich, w tym Egiptu, uczestnictwo organów państwowych w sprawach dotyczących prawa rodzinnego jest bowiem czymś nowym i jeszcze się nie upowszechniło. Pozostawia to otwarte pytanie o konsekwencje niezarejestrowanego rozwodu *talaq*, w szczególności zaś czy brak rejestracji oznacza, że rozwód nie wywołuje skutku w postaci rozwiązania małżeństwa.

⁷³ Zob. post. SO w Kielcach z dnia 5 lutego 2015 r., II CA 1533/14, II CZ 1784/14, które spotkało się z przychylnym przyjęciem w doktrynie. Zob. M. Margoński: *Skutki w Polsce poświadczenia dziedziczenia dokonanego przez notariusza holenderskiego. Glosa do postanowienia Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 5 lutego 2015 r. (II CA 1533/14, II CZ 1784/14)*. „Nowy Przegląd Notarialny” 2015, nr 3, 64 (który wskazuje, że notarialne poświadczenie dziedziczenia stanowi „podręcznikowy przykład” rozstrzygnięcia organu pozasądowego w rozumieniu art. 1149¹ k.p.c.). Jednakże w wyr. WSA w Warszawie z dnia 1 lipca 2014 r., I SA/Wa 300/14, przyjęto, że zagraniczne poświadczenie dziedziczenia stanowi jedynie dokument urzędowy, któremu przysługuje moc dowodowa z art. 1138 k.p.c., a nie rozstrzygnięcie obcego organu, o którym mowa w art. 1149¹ k.p.c.

⁷⁴ N. Salem: *The Impact of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women on the Domestic Legislation in Egypt*. Leiden—Boston 2018, s. 88; F. Deif: *Divorced from Justice: Women’s Unequal Access to Divorce in Egypt*. „Human Rights Watch” 2004, vol. 16, no. 8, s. 19; I. Sportel: *Divorce in Transnational Families: Marriage, Migration and Family Law*. Palgrave Mcmillan 2016, s. 63; M. Lindbekk: *Inscribing Islamic Shari’a in Egyptian Divorce Law*. „Oslo Law Review” 2016, vol. 3, no. 2, za przyp. 50.

⁷⁵ I. Sportel: *Divorce...*, s. 63.

⁷⁶ M. Lindbekk: *Inscribing...*, za przyp. 53.

Jak wspomniano wyżej, Sąd Apelacyjny w Katowicach uznał za zbędne ustalanie treści prawa i procedury egipskiej dotyczących rozwodu. Nie ustalił zatem, jaki był charakter rejestracji rozwodu przez biuro notarialne w prawie egipskim. Sąd stwierdza jedynie, że było bezsporne, iż świadectwo rozwodu ma charakter deklaratoryjny, i że żona ma prawo się od niego odwołać. Trudno w konsekwencji ocenić, czy rzeczywiście świadectwo rozwodu wydane przez biuro notarialne powinno być uznane za rozstrzygnięcie obcego organu podlegające uznaniu na podstawie art. 1149¹ k.p.c. Wydaje się, że Sąd Apelacyjny powinien był przeprowadzić dowód na okoliczność treści prawa egipskiego, co pozwoliłoby w sposób precyzyjny określić charakter świadectwa rozwodu. W tym celu Sąd mógł skorzystać z dostępnych środków dowodzenia treści prawa obcego: informacji Ministerstwa Sprawiedliwości lub opinii biegłego⁷⁷.

6. Znaczenie polskiego aktu stanu cywilnego a prawo właściwe dla małżeństwa

W omawianym tu postanowieniu Sąd Apelacyjny w Katowicach stwierdza, że skoro związek małżeński został zarejestrowany w polskim urzędzie stanu cywilnego i w konsekwencji został sporządzony polski akt małżeństwa, to dopóki ten akt nie zostanie unieważniony „strony na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej traktowane są jako małżeństwo w rozumieniu polskiego prawa rodzinnego”. Stwierdzenie to wymaga komentarza. Nie może być ono zbyt szeroko rozumiane. W żadnym razie nie można twierdzić, że małżeństwo zarejestrowane w polskim USC podlega z tego powodu polskiemu prawu. O tym, jakiemu prawu podlega małżeństwo (a ściślej — poszczególne przesłanki i skutki małżeństwa), rozstrzygają bowiem normy kolizyjne prawa prywatnego międzynarodowego. I tak, np. o zawarciu małżeństwa rozstrzyga w stosunku do każdej ze stron jej prawo ojczyste z chwili jego zawarcia (art. 48 p.p.m.⁷⁸), natomiast stosunki osobiste i majątkowe między małżonkami podlegają każdorazowo wspólnemu prawu ojczystemu (art. 51 p.p.m.).

Rejestracja małżeństwa w polskim USC niczego nie zmienia na płaszczyźnie prawa materialnego. Prowadzi ona jedynie do powstania

⁷⁷ Dawniej art. 1143 k.p.c.; obecnie art. 51a § 3 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. — Prawo o ustroju sądów powszechnych. T.j. Dz.U. 2020, poz. 365.

⁷⁸ Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe. Dz.U. nr 80, poz. 432.

polskiego aktu stanu cywilnego, któremu przysługuje szczególna moc dowodowa na podstawie art. 3 PrASC⁷⁹. Dopóki funkcjonuje on w obrocie, dopóty stanowi wyłączny dowód małżeństwa. Nie przesądza jednak — w znaczeniu materialnym — ani o istnieniu małżeństwa, ani o innych kwestiach małżeństwa dotyczących. Jeżeli akt nie odpowiada rzeczywistości stanowi rzeczy, może zostać usunięty z obrotu. Jeśli zatem małżeństwo zarejestrowane w Polsce zostało za granicą rozwiązane, to można dochodzić unieważnienia polskiego aktu stwierdzającego to małżeństwo. Mogą tu wystąpić dwa rodzaje przypadków. Po pierwsze, jeśli małżeństwo rozwiązane zostało wyrokiem sądu lub rozstrzygnięciem innego organu, to podlegają one, co do zasady, uznaniu z mocy prawa (art. 1145 k.p.c. w stosunku do orzeczeń i art. 1149¹ k.p.c. w stosunku do rozstrzygnięć innych organów). Zainteresowana strona może też wystąpić do sądu z wnioskiem o ustalenie, że orzeczenie sądu państwa obcego lub rozstrzygnięcie innego organu rozwiązujące małżeństwo (bądź stwierdzające jego rozwiązanie) podlega uznaniu (art. 1148 k.p.c.).

Po drugie, w przypadku gdy chodzi o rozwody prywatne (dokonywane czynnością prawną), wydaje się, że właściwym trybem postępowania byłoby wytoczenie w Polsce powództwa o ustalenie w trybie art. 189 k.p.c., że małżeństwo ustało. Wnioskodawca dochodziłby w takim wypadku stwierdzenia, że na skutek prywatnego rozwodu przeprowadzonego za granicą małżeństwo ustało. Taka sytuacja jest do wyobrażenia jedynie w przypadku, w którym prawem właściwym dla rozwodu, zgodnie z art. 54 p.p.m., jest prawo obce, przewidujące możliwość rozwiązania małżeństwa bez udziału sądu czy innego organu władzy publicznej⁸⁰. Pojawia się jednak pytanie, czy prywatne rozwody w ogóle mogą być akceptowane. Sprzeciwiają się one przyjętej w Polsce zasadzie, że o rozwiązaniu małżeństwa orzeka sąd. Rozważać można interwencję klauzuli porządku publicznego⁸¹. Jeżeli jednak rozwód przeprowadzony został z zachowaniem równości małżonków i ich praw przy rozwiązaniu małżeństwa oraz w poszanowaniu dla trwałości małżeństwa, to interwencja klauzuli może nie być konieczna.

Inna jest kwestia, że w praktyce skuteczniejszym środkiem zmierzającym do zakończenia związku małżeńskiego w Polsce może się okazać pozew rozwodowy w Polsce (nawet jeśli oznacza to *de facto* ponowny rozwód).

⁷⁹ Poprzednio art. 4 ustawy z dnia 29 września 1986 r. — Prawo o aktach stanu cywilnego. Dz.U. 2011, nr 212, poz. 1264 ze zm.

⁸⁰ Por. A. Kozioł, w: *Komentarz...*, Red. M. Pazdan [2018], s. 498.

⁸¹ I tak np. w Szwajcarii przyjmuje się, że nie może być zaakceptowany rozwód, jeżeli brak było oceny sądu w przedmiocie rozkładu pożycia małżeńskiego, a żona opiera się rozwiązaniu małżeństwa. Tak A. Büchler, A. Latif: *Judicial...*, s. 73.

Uznanie w Polsce rozstrzygnięcia obcego organu stwierdzającego rozwiązanie małżeństwa (z samej mocy prawa) oznacza, że właściwe zmiany powinny zostać uwidocznione w polskim rejestrze stanu cywilnego, w którym istnieje akt małżeństwa rozwiązanego za granicą. Z kolei jeśli chodzi o rozwody prywatne (dokonywane czynnością prawną), zmiana w rejestrze stanu cywilnego możliwa będzie po uprzednim ustaleniu przez polski sąd w trybie art. 189 k.p.c. faktu rozwiązania małżeństwa takim rozwodem.

7. Klauzula porządku publicznego a uznawanie rozwodów *talaq* w Polsce

Nie budzi wątpliwości, że rozwiązanie małżeństwa na skutek jednostronnego oświadczenia męża, bez uwzględnienia stanowiska drugiego z małżonków, sprzeciwia się zasadzie równouprawnienia małżonków, podstawowej dla naszego porządku prawnego. Rozwód *talaq* jako sposób rozwiązania małżeństwa dostępny wyłącznie dla mężczyzny razi swym dyskryminacyjnym charakterem. Równouprawnienie kobiety i mężczyzny w małżeństwie należy do zasad najbardziej podstawowych. Podkreślają to zarówno przepisy krajowe (art. 23 k.r.o., art. 18 w zw. z art. 32 Konstytucji RP), unijne (zwłaszcza art. 20, 21 i 23 Karty Praw Podstawowych), jak i prawa międzynarodowego⁸², w szczególności EKPCz (art. 14). Na fundamentalny charakter tej zasady wskazuje także orzecznictwo⁸³ i doktryna⁸⁴. Już z tego tylko powodu rozwody przez odrzucenie nie powinny być co do zasady uznawane w naszym kraju.

Z kolei łatwość przeprowadzenia rozwodu *talaq* (rozwiązanie małżeństwa na skutek samego oświadczenia męża) godzi w zasadę trwałości

⁸² Zob. np. Konwencja Narodów Zjednoczonych z dnia 18 grudnia 1979 r. w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet. Dz.U. 1982, nr 10, poz. 70.

⁸³ Zob. np. orz. SW w Zielonej Górze z dnia 21 lutego 1975 r., II Cr 109/75. OSP 1976, poz. 9 z aprobowaną glosą J. Jodłowskiego; orz. SN z dnia 20 stycznia 1983 r., III CZP 37/82. OSNCP 1983, nr 8, poz. 107; post. SA w Warszawie z dnia 3.10.1997 r., I Acz 472/97.

⁸⁴ Zob. np. M. Sośniak: *Zasada równorzędności płci w zakresie zawarcia, unieważnienia i rozwiązania małżeństwa w socjalistycznych systemach prawa międzynarodowego prywatnego ze szczególnym uwzględnieniem prawa polskiego*. „Studia Prawnicze” 1978, nr 3, s. 22 i n.; A. Sapota: *Wybór prawa w międzynarodowym prawie rodzinnym*. Warszawa 2016, s. 259; A. Kozioł, w: *Komentarz...*, Red. M. Pazdan [2018], s. 496; M. Zachariasiewicz, w: *Komentarz...*, Red. M. Pazdan [2018], s. 146.

małżeństwa, którą również uważa się za jedną z podstawowych zasad polskiego prawa rodzinnego⁸⁵, zakorzenioną (choć nie *expressis verbis*) także w Konstytucji⁸⁶. Podkreśla się, że w razie potrzeby zasada trwałości małżeństwa chroniona jest także za pomocą klauzuli porządku publicznego⁸⁷. Warto jednak zauważyć, że małżeństwo w prawie polskim ma charakter trwały, ale rozwiązalny. Zakłada to określoną równowagę pomiędzy tymi cechami. Odmienna ocena prawa obcego co do trwałości i rozwiązalności małżeństwa nie może być co do zasady podstawą do ingerencji klauzuli porządku publicznego. Jednak w szczególnych przypadkach wykraczających poza akceptowalny obszar tej równowagi ingerencja klauzuli może być uzasadniona⁸⁸. Wydaje się, że przypadek, w którym mąż może rozwiązać małżeństwo za pomocą zwykłego oświadczenia, bez konieczności spełniania jakichkolwiek przesłanek, godzi w zasadę trwałości małżeństwa i uzasadnia zastosowanie klauzuli. Nie wszystkie przypadki rozwodów na tle prawa muzułmańskiego (nawet określane mianem *talaq*) są jednak identyczne. Jak już powiedziano, niekiedy oświadczenie męża inicjuje jakiegoś rodzaju postępowanie (nawet jeśli nie sądowe), w którym — pomimo braku pełnej równości stron — następuje jednak weryfikacja jakichś przesłanek, próba koncyliacyjna pomiędzy małżonkami itp. Niektóre spośród tych przypadków mogą być akceptowane (o ile nierówność między małżonkami w odniesieniu do rozwiązania małżeństwa jest kompensowana innymi okolicznościami, w szczególności zgodą kobiety na rozwód lub zabezpieczeniem jej interesów majątkowych). W każdym zatem przypadku należy badać całość okoliczności faktycznych i prawnych rozwodu przeprowadzonego na podstawie prawa muzułmańskiego.

Najmniej rażąca wydaje się natomiast z naszej perspektywy okoliczność, że rozwód *talaq* ma z reguły (choć nie zawsze) charakter prywatny, tzn. nie wymaga udziału jakiegokolwiek organu dla swej skuteczności

⁸⁵ T. Smoczyński: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*. Wyd. 9. Warszawa 2018, s. 167.

⁸⁶ M. Łączkowska: *Zasada trwałości małżeństwa w polskim prawie rodzinnym — aspekty materialne i procesowe*. „Studia Prawnoustrojowe” 2014, nr 24, s. 61 i n.; J. Podkowiak: *Prawo rzeczowe, spadkowe i rodzinne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2017, z. 4, s. 793.

⁸⁷ W orzecznictwie tak np. post. SA w Warszawie z dnia 3 października 1997 r., I ACz 472/97. Legalis. W doktrynie tak M. Maćczyński: *Kodyfikacyjne zagadnienia części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Calusowi*. Red. A. Janik. Warszawa 2009, s. 233.

⁸⁸ W doktrynie wspomina się o przykładzie orzekania o rozwodzie bez konieczności spełnienia jakichkolwiek przesłanek. Zob. M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2017, s. 306; A. Koziół, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20C... Red. M. Pazdan, s. 265; A. Sapota: *Wybór prawa...*, s. 259, 261.

(tzw. *bare talaq*). Wprawdzie taki charakter rozwodu jest zdecydowanie obcy naszej tradycji prawnej, ale sam w sobie nie wydaje się godzić w podstawowe zasady porządku publicznego. To, co oburza nas w rozwodach *talaq*, to przede wszystkim ich dyskryminacyjny i jednostronny charakter, a w drugiej kolejności także łatwość, z jaką mąż może rozwiązać swe małżeństwo, a nie sam fakt, że odbywa się to bez jakiegokolwiek udziału organu władzy publicznej. Teoretycznie, gdyby rozwód następował w formie rozwiązania przez małżonków umowy małżeńskiej z zachowaniem równości praw obydwu stron i przy poszanowaniu trwałości, to nie istniałaby konieczność jego zanegowania. Należy jednak pamiętać, że w ramach rozwodów *talaq* ich prywatny charakter staje się w istocie nośnikiem łatwości jednostronnego rozwiązania małżeństwa przez męża z pokrzywdzeniem kobiety.

Łagodniej ocenia się w państwach zachodnioeuropejskiej kultury prawnej rozwody, w ramach których ma miejsce jakaś postać postępowania przed organem władzy publicznej (tzw. *formal talaq*). W szczególności chodziło w orzecznictwie o przypadki, w których przeprowadzono procedurę koncyliacyjną przed specjalną radą arbitrażową (zob. wyżej pkt 3). Może też chodzić o sytuację, jaka zaistniała w stanie faktycznym ocenianym przez Sąd Apelacyjny w Katowicach we wspomnianym tu często postanowieniu, tj. o przypadek, w którym stwierdzenia rozwodu dokonuje biuro notarialne. Taka procedura może — choć nie musi — gwarantować zachowanie prawa kobiety do kwestionowania rozwodu, jako nieuzasadnionego w świetle prawa dla niego właściwego. Należy jednak pamiętać, że w ramach rozwodów przeprowadzanych przy określonym udziale organu władzy publicznej (*formal talaq*) pojawić może się problem ewentualnego naruszenia prawa do obrony żony. Takie ustalenia poczynił Sąd Apelacyjny w Katowicach w ocenianym stanie faktycznym. Ustalił on mianowicie, że żona nie została prawidłowo wezwana do udziału w postępowaniu przed biurem notarialnym i w nim nie uczestniczyła. Co więcej, nie doręczono jej świadectwa rozwodu. Okoliczności te uzasadniły, zdaniem Sądu Apelacyjnego, przyjęcie, że świadectwo to nie może podlegać uznaniu w Polsce⁸⁹.

Pomimo zasadniczego sprzeciwu polskiego porządku prawnego przeciwko rozwodom *talaq*, indywidualne okoliczności sprawy mogą niekiedy

⁸⁹ Nie jest jednak pewne, czy zachowanie prawa do obrony żony w postępowaniu przed biurem notarialnym zmieniłoby cokolwiek w ocenie dopuszczalności uznania świadectwa rozwodu. W postępowaniu tego typu, w typowym przypadku, dochodzi jedynie do stwierdzenia rozwodu już dokonanego wcześniej. Nie toczy się w nim rzeczywisty spór między stronami. Nie wydaje się, aby odrzucana żona miała tu jakiegokolwiek realne możliwości opierania się rozwodowi. Jej udział w postępowaniu przed notariuszem nie uchyla zatem jednostronności i dyskryminacyjnego charakteru rozwodu *talaq*.

przemawiać za potrzebą uznania rozwodu *talaq* lub przynajmniej niektórych jego skutków. Sądy polskie stykające się z taką postacią rozwiązania małżeństwa powinny prowadzić wnikliwą ocenę całokształtu okoliczności sprawy i ocenić zasadność odmowy jego uznania w świetle kryteriów, które zrekonstruować można na podstawie omawianego wyżej (pkt 3) orzecznictwa sądów państw Europy Zachodniej i Ameryki Północnej, które częściej stykały się z rozwodami *talaq*. Kryteria te nie stanowią oczywiście zero-jedynkowych probierzy, których obecność w każdym przypadku uruchamia powinność uznania rozwodu przez odrzucenie. Są to raczej okoliczności, których występowanie może sugerować zasadność odmowy ingerencji klauzuli porządku publicznego w omawianym obszarze. W mojej ocenie, za relewantne należy uznać następujące kryteria.

Po pierwsze, istotne znacznie ma tu siła powiązań sprawy z terytorium państwa sądu orzekającego (forum). Przyjmuje się (choć niejednolicie) także w Polsce⁹⁰, że związek sprawy z forum stanowi jedną z przesłanek stosowania klauzuli porządku publicznego. Im silniejsze powiązanie sprawy z forum, tym bardziej uzasadniona ingerencja w ochronie własnych zasad podstawowych. I odwrotnie — im słabsze związki faktyczne sprawy z obszarem prawnym forum, tym ostrożniejsze powinno być stosowanie klauzuli⁹¹. Jak wskazano wyżej, również w orzecznictwie dotyczącym rozwodów *talaq* stopień powiązania sprawy z forum (zwłaszcza miejsce zamieszkania małżonków) miał istotne znaczenie dla możliwości jego uznania w państwie europejskim. Jeżeli rozwód został przeprowadzony pomiędzy małżonkami zamieszkującymi w chwili rozwodu w państwie muzułmańskim i brak jest innych związków z europejskim obszarem prawnym, to okoliczność ta może przemawiać za uznaniem rozwodu *talaq*. Koncepcja związku z forum pozwala tu osiągnąć równowagę pomiędzy harmonią rozstrzygnięć w stosunkach międzynarodowych (przez poszanowanie odmiennych rozwiązań prawnych przyjętych w odmiennych kulturach prawnych i zdarzeń zaistniałych na obcym terytorium, gdy sprawa nie jest powiązana z forum) a ochroną własnych wartości (gdy związki z forum są silne).

⁹⁰ Post. SN z dnia 11 października 2013 r., I CSK 697/12. OSP 2014, nr 9, poz. 87. W doktrynie: K. Przybyłowski: *Prawo prywatne międzynarodowe. Część ogólna*. Lwów 1935, s. 167; M. Sośniak: *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*. Warszawa 1961, s. 57—58; K. Pietrzykowski: *Zawarcie małżeństwa i przesłanki jego ważności w prawie międzynarodowym prywatnym*. Warszawa 1985, s. 46; M. Pilich: *Zasada obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym*. Warszawa 2015, s. 492—493; M. Zachariasiewicz: *Klauzula...*, s. 205; Idem, w: *Komentarz...*, Red. M. Pazdan [2018], s. 147.

⁹¹ Zob. szerzej M. Zachariasiewicz: *Klauzula...*, s. 200 i n.

Po drugie, w ramach powiązań stanu faktycznego sprawy o charakterze przestrzennym znaczenie ma również oddalenie samych czynności składających się na rozwód. Jeśli rozwód — jako przyczyna ustania stosunku małżeństwa — nastąpił na terenie obcego państwa, w określonej przeszłości, to stanowi to argument, który może niekiedy przemawiać za uznaniem rozwodu *talaq*. Sądy powinny jednak przeciwdziałać turystyce rozwodowej, tj. przypadkom, w których mężczyzna mający miejsce zwykłego pobytu w Polsce wyjeżdża na krótko do kraju swego pochodzenia i tam dokonuje rozwodu lub rejestruje rozwód, domagając się następnie jego uznania w Polsce (fr. *voyage de repudiation*).

W kontekście znaczenia powiązań terytorialnych można zauważyć, że niedoskonałością uzasadnienia wspomnianego tu wielokrotnie postanowienia Sądu Apelacyjnego w Katowicach jest niedostatek informacji na temat takich powiązań w ocenianym stanie faktycznym. Trudno na podstawie uzasadnienia postanowienia zorientować się dokładnie, w jakim stopniu oceniana sprawa była powiązana z terytorium RP. Choć wydaje się, że małżonkowie byli dość mocno związani z Polską i przynajmniej przez pewien okres mieli tu wspólne miejsce swego zamieszkania, to uzasadnienie nie daje tu pewności. Nie wiemy, czy coś się w tym zakresie zmieniło pomiędzy chwilą rozwiązania małżeństwa w Egipcie a chwilą orzekania. Trudno w konsekwencji ocenić, na ile trafne były wywody Sądu w przedmiocie stosowania klauzuli porządku publicznego. Skoro istnieje niepewność co do związków małżonków z egipskim obszarem prawnym w chwili rozwodu, to nie da się ponadto ustalić, czy rozwód stwierdzony przez egipskie biuro notarialne nie był czasem przypadkiem turystyki rozwodowej (fr. *voyage de repudiation*).

Trzecią okolicznością, która może uzasadniać uznanie rozwodu *talaq*, jest potrzeba uwzględniania dalszych skutków życiowych, które nastąpiły pomiędzy odrzuceniem żony a chwilą, w której o kwestii uznania takiego rozwodu rozstrzyga polski sąd. Prawdopodobieństwu wystąpienia takich skutków (np. zawarcia kolejnego małżeństwa) sprzyja duże oddalenie w czasie rozwodu *talaq* (gdy nastąpił wiele lat wcześniej na terytorium państwa, w którym w owym czasie zamieszkiwali małżonkowie). Uznanie rozwodu *talaq* powoduje w takim przypadku, że drugie małżeństwo jednej ze stron pierwszego jest skuteczne (bo nie naruszono zakazu bigamii) i nie można wnosić o stwierdzenie jego nieważności.

Czwartym powodem wzmacniającym racje przemawiające za uznaniem rozwodu *talaq* (ale z pewnością nie samoistnie uzasadniającym uznanie) jest okoliczność, że w toku rozwodu zapewniono kobiecie wystarczające gwarancje pod względem możliwości obrony jej praw. Nie zawsze bowiem rozwód *talaq* odbywa się pozasądowo i całkowicie jednostronnie. Niektóre jego formy stwarzają kobiecie określone możliwości

opierania się rozwodowi, w tym poprzez konieczny udział organu władzy publicznej.

Po piąte, ostrze klauzuli porządku publicznego interweniującej przeciwko rozwodom *talaq* łągodzi zabezpieczenie interesów majątkowych odrzuconej żony — jeśli takowe nastąpiło. Może to mieć miejsce na skutek zachowania przez żonę podarku małżeńskiego (*mahr*) o dużej wartości, tudzież inną formę (np. alimentacyjną)⁹². W przypadkach, w których zabezpieczenie majątkowe zależy od skuteczności rozwodu, odmowa jego uznania pozbawiałaby kobietę tegoż zabezpieczenia, czasem pozostawiając ją zupełnie bez środków do życia.

Wreszcie szóstą okolicznością, która może uzasadniać zaakceptowanie rozwodu *talaq* jest zgoda kobiety. Zgoda ta może zostać wyrażona w trakcie rozwodu, w szczególności jeśli odbyło się jakieś postępowanie rozwodowe, ale także na późniejszym etapie. Jeżeli jednak mąż powołuje się na zgodę żony wyrażoną w toku rozwodu, to sąd musi dokładnie zbadać, czy rzeczywiście doszło do prawidłowo wyrażonej przez nią woli zakończenia małżeństwa. Ponadto, z reguły można przyjąć zgodę kobiety na rozwód, jeśli to ona występuje przed polskim sądem z wnioskiem o uznanie rozwodu *talaq*.

8. Podsumowanie

Rozwody *talaq* (rozwoody przez odrzucenie), znane muzułmańskim systemom prawnym, są bez wątpienia niezgodne z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego, w szczególności z zasadą równouprawnienia małżonków i zasadą trwałości małżeństwa. Uznanie tego typu rozwodów może rodzić skutki sprzeczne z fundamentalnymi wartościami chronionymi w naszej kulturze prawnej. Pomimo to odmowa ich uznania nie będzie uzasadniona w każdym przypadku. Sąd rozstrzygający w tym przedmiocie zawsze powinien rozważyć całokształt okoliczności danego stanu faktycznego oraz konkretne skutki uznania lub nieuznania rozwodu *talaq*. Szczególne znaczenie mają powiązania terytorialne stanu faktycznego z polskim systemem prawnym (zwłaszcza miejsce zamieszkania/zwykłego pobytu małżonków), a także stopień

⁹² W omawianym tu postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Katowicach brak jest informacji, że Peggy P. otrzymała jakieś zabezpieczenie finansowe na skutek rozwodu. Można więc domniemywać, że go nie otrzymała. Gdyby jednak miało być inaczej, to stanowiłoby to argument za uznaniem rozwodu.

oddalenia samego rozwodu (zarówno w przestrzeni, jak i czasie). Istotną rolę odgrywają także konkretne skutki danego rozwodu (finansowe, dalsze losy małżonków — zwłaszcza nowe związki małżeńskie). W każdym przypadku zetknięcia z rozwodem przez odrzucenie należy też brać pod uwagę sposób, w jaki rozwód ten został przeprowadzony, i jaka była rola organu władzy publicznej. Nigdy dość powtarzać, że rolą sądu jest wymierzanie — w ramach obowiązującego porządku prawnego — sprawiedliwości w konkretnej sprawie, a nie bycie ślepym szafarzem pryncypiów, choćby uznawanych za podstawowe w naszym porządku prawnym.

Bibliografia

- Anthimos A.: *No recognition of an Egyptian talaq on public policy grounds*. „International Civil Litigation in Greece”, 3.08.2018, icl-in-greece.blogspot.com.
- Anthimos A.: *Talaq v Greek public policy: Operation successful, patient dead...*, 3.08.2018, conflictolaws.net.
- Bantekas I.: *Transnational Talaq (Divorce) In English Courts: Law Meets Culture*. „Journal of Islamic State Practice in International Law” 2013, no. 2.
- Borkowski P., w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 506—1217*. T. 2. Red. T. Szancilo. Warszawa 2019, kom. do art. 11491, pkt 2.
- Büchler A., Latif A.: *Judicial encounters with Islamic and Middle Eastern family law in Switzerland from a private international law perspective — marriage and divorce*. In: *Muslim Family Law in Western Courts*. Ed. E. Giunchi. Abingdon 2014.
- Carlier J.-Y.: *Quand l'ordre public fait désordre*. „Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht” 2008, no. 9.
- Carlier J.-Y., Henricot C.: *Belgique, de l'exception d'ordre public aux accommodements réciproques?* „Cahiers du CEDIE working papers” 2011, no. 3.
- Dąbrowski Ł.D.: *Moc dowodowa zagranicznych dokumentów urzędowych. Wybrane zagadnienia procesowe*. „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2016, vol. 14.
- Deif F.: *Divorced from Justice: Women's Unequal Access to Divorce in Egypt*. „Human Rights Watch” 2004, vol. 16, no. 8.
- Enright M.: *The Beginning of the Sharpness: Loyalty, Citizenship and Muslim Divorce Practice*. „International Journal of Law in Context” 2013, vol. 9, no. 3.
- Ereciński T., Ciszewski J., Weitz K.: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Warszawa 2009.
- Fiorini A.: *The Codification of Private International Law: The Belgian Experience*. „International Comparative Law Quarterly” 2005, vol. 54.

- Fournier P.: *Please divorce me! Subversive agency, resistance and gendered religious scripts*. In: *Muslim Family Law in Western Courts*. Ed. E. Giunchi. Abingdon 2014.
- Fournier P.: *The reception of Muslim family laws in western liberal states*. „Women Living Under Muslim Law Dossier” 2005, vol. 27.
- Frańczuk M.: *Finanse w małżeństwie muzułmańskim i po jego ustaniu. Porównanie z regulacjami prawa polskiego*. „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2013, nr 901.
- Fredriksen K.J.: *The recognition of transnational Muslim marriages and divorces by Norwegian courts and other competent authorities: dynamics between legislation and legal practice*. In: *Muslim Family Law in Western Courts*. Ed. E. Giunchi. Abingdon 2014.
- Gavalda A.: *Remarques sur l'arrêt Rivière*. „Travaux du Comité français de droit international privé” 1955, vol. 14.
- Goldstein G.: *The Recognition and Enforcement of Foreign Decisions in Québec*. „Yearbook of Private International Law” 2013/2014, vol. 15.
- Isailovic I.: *La reconnaissance politique en droit transnational: les identités, les marginalisations et le droit international privé*. In: *Droit international et reconnaissance*. Eds. H. Muir Watt, E. Tourme Jouannet. Paris 2015.
- Joubert N.: *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*. Paris 2007.
- Kamarad E.: *Kolizyjnoprawne aspekty małżeństw dzieci*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2019, vol. 24.
- Kozioł A., w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2018.
- Kozioł A., w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20C: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2015.
- Krüger H.: *Prawo małżeńskie i spadkowe w dzisiejszym świecie orientalnym*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2016, T. 19.
- Krzysztofek K.: *Dopuszczalność stosowania prawa szariatu w zakresie spraw rozwodowych i spadkowych w prawodawstwie Unii Europejskiej*. „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2016, vol. 19.
- Lagarde P.: *Public Policy (chapter 11)*. In: *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. 3: *Private International Law*. Part 1. Ed. K. Lipstein. Tübingen 1986.
- Lagarde P.: *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*. Paris 1959.
- Lindbekk M.: *Inscribing Islamic Shari'a in Egyptian Divorce Law*. „Oslo Law Review” 2016, vol. 3, no. 2.
- Łączkowska M.: *Zasada trwałości małżeństwa w polskim prawie rodzinnym — aspekty materialne i procesowe*. „Studia Prawnoustrojowe” 2014, nr 24.
- Margoński M.: *Skutki w Polsce poświadczenia dziedziczenia dokonanego przez notariusza holenderskiego. Glosa do postanowienia Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 5 lutego 2015 r. (II CA 1533/14, II CZ 1784/14)*. „Nowy Przegląd Notarialny” 2015, nr 3.

- Mączyński M.: *Kodyfikacyjne zagadnienia części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Całusowi*. Red. A. Janik. Warszawa 2009.
- Moosa Al.-R., Helly D.: *An analysis of British judicial treatment of Islamic divorces 1997—2009*. In: *Muslim Family Law in Western Courts*. Ed. E. Giunchi. Abingdon 2014.
- Nader S.D.: *Twenty Years After Gutierrez v. Collins: Public Policy And Conflict Of Laws Analysis In Texas Tort Cases*. „Baylor Law Review” 2000, vol. 52.
- O’Brien J.: *Conflict of Laws*. 2nd ed. London 1999.
- Pazdan M.: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2017.
- Pietrzykowski K.: *Zawarcie małżeństwa i przesłanki jego ważności w prawie międzynarodowym prywatnym*. Warszawa 1985.
- Pilich M.: *Zasada obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym*. Warszawa 2015.
- Pisarek J.: *Stosunek władz Bawarii do mniejszości muzułmańskich*. „Studia Oecumenica” 2014, nr 14.
- Piwko A.M.: *Muzułmańskie prawo rodzinne: sposoby rozwiązania małżeństwa w islamie oraz zasady dziedziczenia majątku*. „Nurt SVD” 2013, nr 1.
- Piwko A.M.: *Rozwód w islamie*. „Nurt SVD” 2013 [wyd. specjalne].
- Podkowik J.: *Prawo rzeczowe, spadkowe i rodzinne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2017, z. 4.
- Przybyłowski K.: *Prawo prywatne międzynarodowe. Część ogólna*. Lwów 1935.
- Sadowa K.: *Islam religią pokoju czy zagrożeniem dla Europy? Recenzja książki Marka Orzechowskiego „Mój sąsiad islamista. Kalifat u drzwi Europy”*. „Wrocławskie Studia Erazmiańskie” 2015, T. 9.
- Sadowa K.: *Oddziaływanie szariatu na orzecznictwo europejskie i europejski porządek prawny na przykładzie Niemiec i Wielkiej Brytanii — zarys problematyki*. W: „Acta Erasiana”. T. 7: *Z badań nad prawem i administracją*. Red. M. Sadowski. Wrocław 2014.
- Sadowski M.: *Kontrakt małżeński w prawie islamu*. „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2017, T. 103.
- Sadowski M.: *Małżeństwo w prawie islamu*. Poznań 2015.
- Sadowski M.: *Rozwód według procedury „talaq” w prawie islamu*. „Radca Prawny — Zeszyty Naukowe” 2017, nr 3.
- Salem N.: *The Impact of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women on the Domestic Legislation in Egypt*. Leiden—Boston 2018.
- Sapota A.: *Wybór prawa w międzynarodowym prawie rodzinnym*. Warszawa 2016.
- Schwab D.: *Jak małżeństwo trafiło do sądu*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2017, z. 2.
- Sinay-Cytermann A.: *Les tendances actuelles de l'ordre public international*. In: *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: Les relations privées internationales*. Paris 2014.

- Smyczyński T.: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*. Wyd. 9. Warszawa 2018.
- Sośniak M.: *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*. Warszawa 1961.
- Sośniak M.: *Zasada równorzędności płci w zakresie zawarcia, unieważnienia i rozwiązania małżeństwa w socjalistycznych systemach prawa międzynarodowego prywatnego ze szczególnym uwzględnieniem prawa polskiego*. „Studia Prawnicze” 1978, nr 3.
- Sportel I.: *Divorce in Transnational Families: Marriage, Migration and Family Law*. Palgrave Mcmillian 2016.
- Strumillo T., w: *Kodeks postępowania cywilnego*. T. 2: *Komentarz*. Art. 730—1217. Red. J. Jankowski. Wyd. 2. Warszawa 2015, kom. do art. 11491.
- Symeonides S.: *Choice of Law in the American Courts in 2015: Twenty-Ninth Annual Survey*. „American Journal of Comparative Law” 2016, vol. 64.
- Tomaszewski M.: *W sprawie skuteczności w Polsce zagranicznych rozwodów administracyjnych*. „Państwo i Prawo” 1979, z. 8—9.
- Torbus A., w: *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*. T. 4. Red. K. Piasecki, A. Marciniak. Warszawa 2017, art. 1098.
- Vrellis S.: *Conflit ou coordination de valeurs en droit International privé*. „Receuil des Cours” 2007, vol. 328.
- Wojewoda M.: *Moc dowodowa zagranicznych dokumentów urzędowych*. W: „System Prawa Prywatnego”. T. 20C: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2015.
- Zachariasiewicz M.: *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*. Warszawa 2018.
- Zachariasiewicz M., w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2018.
- Zekić M.: *Status kobiety w islamskiej teorii i praktyce*. „Ways to Religion” 2018, T. 2.



Marek Świerczyński^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0002-4079-0487>

Prawo właściwe dla zobowiązań deliktowych wynikających z naruszenia zasad ochrony danych osobowych przyjętych w RODO

Abstract: Disputes arising from international data breaches can be complex. Despite the introduction of new, unified EU regulation on the protection of personal data (GDPR), the European Union failed to amend the Rome II Regulation on the applicable law to non-contractual liability and to extend its scope to the infringements of privacy. GDPR only contains provisions on international civil procedure. However, there are no supplementing conflict-of-law rules. In order to determine the applicable law national courts have to apply divergent and dispersed national codifications of private international law. The aim of this study is to propose an optimal conflict-of-law model for determining the applicable law in case of infringement of the GDPR's privacy regime.

Keywords: GDPR, Rome II Regulation, privacy breach, conflict-of-law rules, torts, delictual liability

1. Wprowadzenie

Spory dotyczące naruszeń danych osobowych w skali międzynarodowej są złożone¹. Pomimo obowiązywania nowych, ujednoczonych regu-

^{a)} Dr hab., Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

¹ Przykładem jest wyrok TSUE w sprawie Evy Glawischmig-Pieszczek p. Facebook Ireland Limited (C-18/18) z dnia 3 października 2019 r. Trybunał przyjął, że sądy mogą

lacji unijnych o ochronie danych osobowych (RODO²), Unia Europejska nie wypełniła istniejącej w rozporządzeniu Rzym II³ luki, która dotyczy ochrony prywatności (art. 1 ust. 2 lit. g). RODO zawiera jedynie przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego (art. 79 i n.). Brak jest natomiast komplementarnej regulacji kolizyjnoprawnej dotyczącej odpowiedzialności z tytułu naruszenia zasad ochrony danych osobowych. W celu ustalenia prawa właściwego (statutu pomocniczego względem RODO) sądy muszą więc stosować krajowe przepisy prawa prywatnego międzynarodowego⁴. Celem niniejszego opracowania jest zaproponowanie optymalnego modelu ustalania prawa właściwego.

Opracowanie nie obejmuje problematyki naruszeń prywatności wykraczających poza zakres zastosowania RODO. Należy bowiem pamiętać, że RODO ma ograniczony zakres zastosowania, tj. tylko do przetwarzania danych w sprawach regulowanych prawem unijnym (art. 2 ust. 2).

2. Trudności występujące przy ustalaniu statutu ochronnego

Określenie prawa właściwego dla poszczególnych zagadnień związanych z ochroną danych osobowych nie jest zadaniem łatwym⁵. Utrudnienia wynikają z następujących powodów: 1) eksterytorialnego zakresu

nakazać dostawcy usług hostingowych usuwanie nielegalnych treści w skali całego świata. Dopuszczył nakazanie kasowania pojawiających się wpisów identycznych i równoznacznych z tymi, które sąd uzna za bezprawne (np. zniesławiające).

² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólnego rozporządzenia o ochronie danych). Dz.Urz. UE L nr 119, s. 1 ze zm.

³ Rozporządzenie nr 864/2007/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych („Rzym II”). Na temat znaczenia rozporządzenia w zakresie odpowiedzialności deliktowej zob. J. Pazdan: *Rozporządzenie Rzym II — nowe wspólnotowe unormowanie właściwości prawa dla zobowiązań pozaumownych*. W: „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”. T. 4. Red. M. Pazdan. Katowice 2009, s. 23; A. Nowicka: *Prawo właściwe dla zobowiązań wynikających z czynów niedozwolonych w świetle przepisów rozporządzenia nr 864/2007*. W: „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ”. Z. 100: *Prawo własności intelektualnej wczoraj, dziś i jutro*. Red. J. Barta, A. Matlak. Kraków 2007, s. 312 i n.

⁴ M. Brkan: *Data Protection and Conflict-of-Laws: A Challenging Relationship*. „European Data Protection Law Review” 2016, vol. 2 (3), s. 337.

⁵ J. Chen: *How the best-laid plans go awry: the (unsolved) issues of applicable law in the General Data Protection Regulation*. „International Data Privacy Law” 2016, vol. 6 (4), s. 310 i n.

zastosowania RODO (art. 3 RODO), przy czym wątpliwości wywołuje zarówno ustalenie zasięgu tej eksterytorialności, jak i jej wpływu na proces ustalania prawa właściwego⁶; 2) mieszanego, publiczno-prywatnoprawnego charakteru przepisów RODO; 3) posłużenia się przez RODOowymi kryteriami (jednostka organizacyjna, nakierowanie działalności, monitorowanie zachowania osób) na potrzeby ustalania zakresu jego zastosowania, co skutkuje powstaniem pytania o zbieżność tych kryteriów z łącznikami (np. siedzibą naruszciciela, miejscem naruszenia) stosowanymi w normach kolizyjnych dotyczących odpowiedzialności pozaumownej; 4) wprowadzenia w RODO przepisów z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego, w szczególności jurysdykcji krajowej, korzystnych dla osób dochodzących roszczeń względem administratorów danych oraz podmiotów przetwarzających dane na zlecenie administratorów danych, co w połączeniu z brakiem jednoznacznej regulacji kolizyjnoprawnej zwiększa ryzyko *forum shopping* (manipulacji prawem właściwym) przez osobę, której dane dotyczą (poszkodowanego); 5) wspomnianego braku ujednoczonych norm kolizyjnych dla zobowiązań z naruszeń prywatności, przy czym jeśli chodzi o państwa członkowskie UE, to zobowiązania dotyczące ochrony prywatności zostały wyraźnie wyłączone spod zakresu zastosowania rozporządzenia Rzym II; oznacza to, że zależnie od organu rozpatrującego sprawę zastosowanie może znaleźć odmienne prawo właściwe (w zakresie kwestii nieuregulowanych wprost w RODO, np. wysokości odszkodowania za naruszenie prywatności)⁷; 6) potrzeby dokonania oceny, które z przepisów RODO mają charakter przepisów wymuszających swoje zastosowanie.

Nie ulega wątpliwości, że problematyka prawa prywatnego międzynarodowego została bardzo zaniedbana w trakcie prac nad RODO⁸. Nacisk położono na doprecyzowanie eksterytorialnego zastosowania RODO (art. 3). Jedną z najbardziej charakterystycznych cech RODO jest daleko posunięta ekstraterytorialność regulacji⁹. Rozwiązanie to jest uzasad-

⁶ P. Litwiński, P. Barta, M. Kawecki, w: *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*. Red. P. Litwiński. Warszawa 2018, s. 159–160; M. Górski, w: *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*. Red. M. Sankowska-Baryła. Warszawa 2018, s. 62–64.

⁷ C. Nagy: *The Word Is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law — Missed and New Opportunities*. „Journal of Private International Law” 2012, vol. 2, s. 251–296.

⁸ M. Czepelak: *Would We Like to Have a European Code of Private International Law?* „European Review of Private Law” 2010, s. 705 i n.

⁹ Por. P. De Hert, V. Papakonstantinou: *The Council of Europe Data Protection Convention reform. Analysis of the new text and critical comment on its global ambition*. „Computer Law & Security Review” 2014, vol. 30, s. 637 i n.

nione, gdyby bowiem UE nie rozszerzyła ochrony danych na działalność podmiotów zagranicznych (w szczególności z USA, ale także z Chin czy Rosji), nie zapewniłaby skutecznej ochrony swoich obywateli. Eksterytorialne stosowanie RODO (do czego zmierzają państwa trzecie w swoich analogicznych regulacjach¹⁰) utrudnia działalność działających globalnie przedsiębiorców¹¹ i ogranicza prowadzenie handlu międzynarodowego¹². Pojawia się więc pytanie, czy rozwiązania te pozostają w zgodzie z neutralnym charakterem norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego, których zasadniczym celem nie jest uprzywilejowanie żadnej ze stron stosunku prawnego.

Powstaje jednak pytanie, czy eksterytorialność RODO jest fenomenem z omawianej perspektywy prawa prywatnego międzynarodowego. Prawo publiczne danego państwa niejednokrotnie obejmuje swym zakresem zastosowania działania na danym terytorium podejmowane przez podmioty zagraniczne. Przykładem są obowiązki podatkowe. W kolejnym punkcie postaram się uzasadnić tezę, że rozwiązania przyjęte w RODO mają szczególny charakter i wywierają wpływ na stosowanie przepisów prawa prywatnego międzynarodowego.

3. Eksterytorialność RODO a prawo prywatne międzynarodowe

Eksterytorialne stosowanie RODO nie skutkuje wyłączeniem stosowania dotychczasowych przepisów prawa prywatnego międzynarodowego. Okoliczność, że ustawodawca unijny starał się jak najbardziej precyzyjnie (wręcz kazuistycznie) określić zakres zastosowania RODO nie oznacza, że regulacja ta stanowi kompletny system prawny. Nie jest to regulacja pełna (wyczerpująca) i zastępująca krajowe systemy prawne w zakresie konsekwencji cywilnoprawnych naruszenia zasad ochrony

¹⁰ Przykładami są nowe przepisy przyjęte w Singapurze, Afryce Południowej, Filipinach i Malezji. Prowadzi to do odejścia od neutralności sieci.

¹¹ J. Hörnle: *The Jurisdictional Challenge of the Internet*. In *Law and the Internet*. Eds. L. Edwards, Ch. Waelde. Oxford 2008, s. 121 i n.

¹² Tak trafnie D. Svantesson w rozdziale E. 3 *Electronic Commerce*, in: *Encyclopedia of Private International Law*. Eds. J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio. Elgar 2017, s. 593—599; por. A. Themelis: *The Internet, Jurisdiction and EU Competition Law: The Concept of „Over-territoriality” in Addressing Jurisdictional Implications in the Online World*. „World Competition” 2012, vol. 2, s. 325—354.

danych osobowych. Dla rozstrzygnięcia danej kwestii konieczne będzie ustalenie statutu pomocniczego (prawa krajowego). Przykładem są zasady przyznania odszkodowania (zadośćuczynienia) osobie, której prawa i wolności zostały naruszone w związku z niedozwolonym przetwarzaniem jej danych osobowych. Jednak stosowanie norm kolizyjnych w odezwaniu od kryteriów zastosowania przyjętych w RODO będzie podważać międzynarodową skuteczność i ochronny charakter tej regulacji. Brak należytego wyjaśnienia relacji tych przepisów względem siebie będzie prowadzić do rozbieżności w orzecznictwie. Na przykład sądy jednego państwa będą stosować własne prawo, uzasadniając to przepisami RODO, a sądy innego państwa będą stosować własne prawo, uzasadniając to przepisami prawa prywatnego międzynarodowego.

Nie powinno ulegać wątpliwości, że podstawą ustalenia prawa właściwego nie są przepisy art. 82 ust. 6 RODO. Wskazano w nim, że postępowanie sądowe dotyczące odszkodowania jest wszczynane przed sądem właściwym **na mocy prawa krajowego państwa członkowskiego**, o którym mowa w art. 79 ust. 2 RODO [podkr. M.Ś.]. Pomimo niejednoznacznego brzmienia, przepis ten nie stanowi normy kolizyjnej określającej prawo właściwe dla odszkodowania z tytułu sprzecznego z prawem przetwarzania danych osobowych, a jedynie rozszerza zakres norm jurysdykcyjnych z art. 79 ust. 2 (dotyczących środków prawnych) na powództwa dotyczące odszkodowania.

Regulacja RODO w zakresie cywilnoprawnych aspektów ochrony prywatności jest szcążkowa (przykładem jest art. 82 RODO, stanowiący bezpośrednią podstawę dochodzenia roszczeń deliktowych¹³). Oceniając sprawę z perspektywy polskich przepisów kolizyjnoprawnych, trzeba przyjąć, że przepisy RODO mają dominujący publicznoprawny charakter. Ich podstawowym celem jest nałożenie określonych obowiązków publicznoprawnych na administratora danych oraz podmiot przetwarzający dane na jego zlecenie (procesora). To właśnie dla skutecznej realizacji tego celu prawodawca unijny starał się jednoznacznie określić zasięg obowiązywania RODO¹⁴. Większość danych osobowych osób przebywających w UE jest przetwarzana poza UE, przy czym przepisy państw trzecich nie zapewniają ochrony zgodnej z RODO¹⁵.

¹³ Zob. szerzej P. Litwiński, P. Barta, M. Kawecki, w: *Rozporządzenie...*, s. 822–826.

¹⁴ P. Voigt, A. von dem Bussche: *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*. Cham 2017, s. 22.

¹⁵ G. Haas: *La réglementation sur la protection des données personnelles*. St. Herblain 2018, s. 20.

4. Kryteria stosowania RODO a łączniki norm kolizyjnych

Z art. 3 RODO wynika, że w celu ustalenia zakresu obowiązywania RODO stosuje się trzy główne łączniki (kryteria)¹⁶: 1) istnienie na terenie UE jednostki organizacyjnej, 2) oferowanie towarów i usług na terenie UE osobom przebywającym na tym terenie, 3) monitorowanie ich zachowania. Kryteria te służą także określeniu zakresu obowiązywania przepisów prawa krajowego uzupełniających RODO¹⁷, w tym polskiej ustawy o ochronie danych osobowych z dnia 10 maja 2018 r. Dla prawidłowej wykładni powyższych kryteriów przydatne jest dotychczasowe orzecznictwo TSUE dotyczące ochrony osób fizycznych, których dane są przetwarzane¹⁸.

Nie bez przyczyny pierwszym wymienionym w RODO kryterium jest elastyczne¹⁹ kryterium miejsca położenia jednostki organizacyjnej podmiotu przetwarzającego dane osobowe²⁰. Należy je rozumieć szerzej niż dotychczasowe kryterium siedziby²¹. W istocie RODO nawiązuje tym nowym (w polskiej wersji językowej) pojęciem do elastycznej wykładni siedziby przyjmowanej w prawie prywatnym międzynarodowym. Jego interpretacja sprawia jednak duże problemy²². Wątpliwości wzbudza samo posłużenie się pojęciem „jednostka organizacyjna”. RODO nie zawiera jego definicji. W motywie 22 preambuły wskazano jedynie, że przetwarzanie danych osobowych w kontekście działalności prowadzonej przez jednostkę

¹⁶ Por. P. Litwiński, P. Barta, M. Kawecki, w: *Rozporządzenie...*, s. 153—154, 159—160; M. Gömann: *The new territorial scope of EU data protection law: deconstructing a revolutionary achievement*. „Common Market Law Review” 2017, vol. 54 (2), s. 567—690.

¹⁷ Por. P. Schantz: *Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht*. Hrsg. H. Wolff, S. Brink. Munich 2017, art. 3.

¹⁸ M. Czerniawski: *Zakres terytorialny a pojęcie „jednostki organizacyjnej” w przepisach ogólnego rozporządzenia o ochronie danych — zarys problemu: Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Aktualne problemy prawnej ochrony danych osobowych*. Red. G. Sibiga. Warszawa 2016, s. 22—23.

¹⁹ P. Voigt, A. von dem Bussche: *The EU...*, s. 22.

²⁰ Co podkreślano od początku na etapie projektowania rozporządzenia — P. De Hert, V. Papakonstantinou: *The proposed data protection Regulation replacing Directive 95/46/EC: A sound system for the protection of individuals*. „Computer Law & Security Review” 2012, vol. 28, s. 130—142.

²¹ D. Svantesson: *Article 4(1)(A) ‘Establishment of the Controller’ in EU Data Privacy Law — Time to Rein in this Expanding Concept?* „International Data Privacy Law” 2016, vol. 6 (3), s. 210.

²² P. De Hert, M. Czerniawski: *Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context*. „International Data Protection Law” 2016, vol. 6 (3), s. 230.

organizacyjną administratora lub podmiotu przetwarzającego w UE powinno odbywać się zgodnie z RODO, niezależnie od tego, czy samo przetwarzanie danych ma miejsce w UE. Dodatkowo stwierdzono, że pojęcie „jednostka organizacyjna” zakłada skuteczne i faktyczne prowadzenie działalności przez stabilne struktury. Forma prawna takich struktur, niezależnie od tego, czy chodzi o oddział, czy spółkę zależną posiadającą osobowość prawną, nie jest w tym względzie czynnikiem decydującym²³.

Przy interpretacji pojęcia jednostki organizacyjnej pomocne jest orzecznictwo TSUE, w szczególności wyroki w sprawach C-131/12, Google Spain²⁴ i C-230/14, Weltimmo, które mimo że wydane zostały na podstawie przepisów dyrektywy 95/46/WE, nadal zachowują aktualność²⁵. Dotyczą one zakresu terytorialnego stosowania przepisów dyrektywy 95/46/WE oraz implementujących ją przepisów krajowych państw członkowskich UE. W pierwszej sprawie Trybunał uznał, że art. 4 ust. 1 lit. a dyrektywy 95/46/WE należy interpretować w ten sposób, że przetwarzanie danych osobowych ma miejsce w ramach działalności gospodarczej prowadzonej przez administratora danych, odpowiedzialnego za to przetwarzanie na terytorium danego państwa członkowskiego w rozumieniu tego przepisu, jeśli operator wyszukiwarki internetowej ustanawia w danym państwie członkowskim oddział lub spółkę zależną, których celem jest promocja i sprzedaż powierzchni reklamowych oferowanych za pośrednictwem tej wyszukiwarki, a działalność tego oddziału lub spółki zależnej jest skierowana do osób zamieszkujących to państwo. Powyższa działalność powinna być uznana za spełniającą kryterium prowadzenia jednostki organizacyjnej na potrzeby art. 3 RODO. Jak widać, przyjęta interpretacja tego pojęcia jest zbieżna z rozumieniem pojęcia siedziby w znaczeniu funkcjonalnym, jakie stosujemy na potrzeby prawa prywatnego międzynarodowego.

Z kolei w sprawie C-230/14 Weltimmo spółka prawa słowackiego twierdziła, że prowadzi działalność gospodarczą wyłącznie na terenie Słowacji, tj. w państwie członkowskim, w którym posiada siedzibę rejestrową.

²³ Por. P. Voigt, A. von dem Bussche: *The EU...*, s. 23.

²⁴ B. Van Alsenoy, M. Koekoek: *Internet and Jurisdiction after Google Spain: the extraterritorial reach of the „right to be delisted”*. „International Data Protection Law” 2015, vol. 5 (2), s. 105—120; zob. także dokumenty grupy roboczej art. 29 dyrektywy, tj. Article 29 Working Party, Guidelines on the Implementation of the Court of Justice of the European Union Judgment on „Google Spain and Inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González” C-131/12’ (WP 225); Article 29 Working Party, ‘Update of Opinion 8/2010 on applicable law in light of the CJEU judgement in Google Spain’ (WP 179 update).

²⁵ D. Svantesson: *The CJEU’S Weltimmo Data Privacy Ruling — Lost in the Data Privacy Turmoil, Yet So Very Important*. „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2016, vol. 23 (2), s. 332.

Węgierski organ nadzorczy na podstawie art. 4 ust. 1 lit. a dyrektywy 95/46/WE uznał swoją właściwość względem tej spółki, argumentując, że działalność Weltimmo, operatora strony internetowej z ogłoszeniami, koncentrowała się na terytorium Węgier. TSUE wyjaśnił, że z przepisów dyrektywy 95/46/WE wyłania się: „elastyczna koncepcja pojęcia prowadzenia działalności gospodarczej, odbiegająca od podejścia formalistycznego, zgodnie z którym przedsiębiorstwo prowadzi działalność gospodarczą wyłącznie w miejscu, w którym jest zarejestrowane. Tym samym w celu ustalenia, czy dana spółka będąca administratorem danych prowadzi działalność gospodarczą w rozumieniu dyrektywy 95/46/WE w innym państwie członkowskim niż państwo członkowskie lub trzecie, w którym jest zarejestrowana, należy ocenić stopień stabilności rozwiązania organizacyjnego, jak również faktyczny charakter prowadzenia działalności w tym drugim państwie członkowskim, z uwzględnieniem szczególnego charakteru rozpatrywanej działalności gospodarczej oraz świadczenia rozpatrywanych usług. Dotyczy to w szczególności przedsiębiorstw, które zajmują się oferowaniem usług wyłącznie za pośrednictwem internetu”. TSUE przyjął szerokie rozumienie pojęcia „prowadzenie działalności gospodarczej”, zakładając, że: „obecność pojedynczego przedstawiciela może w pewnych okolicznościach wystarczyć, aby istniało stabilne rozwiązanie organizacyjne, jeżeli działa on z wystarczającym stopniem stabilności, przy pomocy niezbędnych środków do świadczenia konkretnych rozpatrywanych usług, w danym państwie członkowskim”.

Z orzecznictwa TSUE wynika zatem, że prowadzeniem działalności w sposób efektywny i rzeczywisty przez stabilne struktury jest nawet posiadanie przedstawicielstwa w postaci kilku osób reprezentujących spółkę na terenie danego państwa, które kontaktuje się z klientami na obszarze tego państwa w sprawie usług, które świadczone są przez spółkę już z terytorium innego państwa.

Nawet jeśli podmiot przetwarzający dane nie ma w UE jednostki organizacyjnej (w tak szerokim rozumieniu, jak przedstawione powyżej), to będzie musiał stosować przepisy RODO, o ile oferuje towary i usługi na terenie UE osobom znajdującym się w UE²⁶. Kwestii tej dotyczy drugie z kryteriów przewidziane w art. 3 RODO.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 lit a oraz motywem 23 preambuły RODO, aby osoby fizyczne nie zostały pozbawione ochrony przysługującej im na mocy tego rozporządzenia, przetwarzanie danych osobowych osób, których dane dotyczą, znajdujących się w UE, przez administratora lub podmiot przetwarzający, którzy nie posiadają jednostki organizacyjnej

²⁶ Por. C. Raul: *The Privacy, Data Protection and Cybersecurity Law Review*. Eds. A. Raul. London 2015, s. 12.

w Unii, powinno podlegać RODO, jeżeli czynności przetwarzania wiążą się z oferowaniem takim osobom towarów lub usług, niezależnie od tego, czy pociąga to za sobą płatność.

Aby stwierdzić, czy administrator lub podmiot przetwarzający oferują towary lub usługi znajdującym się w Unii osobom, których dane dotyczą, należy ustalić, czy jest oczywiste, że administrator lub podmiot przetwarzający planują oferować usługi osobom, których dane dotyczą, w co najmniej jednym państwie członkowskim UE²⁷. Do ustalenia takiego zamiaru nie wystarczy sama dostępność w UE strony internetowej administratora, podmiotu przetwarzającego, pośrednika, adresu poczty elektronicznej lub innych danych kontaktowych ani posługiwanie się językiem powszechnie stosowanym w państwie trzecim, w którym jednostkę organizacyjną ma administrator²⁸. Jednak znaczenie mają czynniki takie, jak posługiwanie się językiem lub walutą powszechnie stosowanymi w co najmniej jednym państwie członkowskim oraz możliwość zamówienia towarów i usług w tym języku lub wzmianka o klientach, lub użytkownikach znajdujących się w Unii²⁹.

Jak się wydaje, art. 3 ust. 2 lit. a RODO odwołuje się do kryterium prostego pobytu osób, którym oferowane są towary lub usługi (zatem nie jest wymagane posiadanie polskiego obywatelstwa czy też miejsca zamieszkania w Polsce). Miejsce pobytu prostego (lub po prostu pobytu) oznacza miejsce każdego, nawet przemijającego, chwilowego przebywania (wypoczynek, wizyta itp.). W przypadku pobytu prostego osoba fizyczna nie ma zamiaru stałego przebywania w danym miejscu. Dla prostego pobytu charakterystyczny jest fakt mniejszej trwałości przebywania w danym miejscu — wystarczająca jest nawet krótka obecność. Nie ma znaczenia ani stały charakter faktycznego przebywania w danym miejscu, ani zamiar pobytu.

Przetwarzanie danych osobowych osób znajdujących się w UE przez administratora lub podmiot przetwarzający, którzy nie mają jednostki organizacyjnej w Unii, podlega RODO także w przypadkach, gdy wiąże się z monitorowaniem zachowania takich osób, o ile zachowanie to ma miejsce na terytorium Unii. Jest to trzecie kryterium z art. 3 RODO. Aby stwierdzić, czy czynność przetwarzania można uznać za „monitorowanie zachowania” osób, należy ustalić, czy aktywności osób fizycznych są obserwowane w jakikolwiek sposób (np. aktywność w Internecie śledzona za pomocą plików cookies lub informacji przekazywanych przez wyszukiwarki internetowe, fizyczne ruchy śledzone za pomocą danych

²⁷ F. Lecomte: *Nouvelle donne pour les données. Le RGDP*. Paris 2018, s. 24–25.

²⁸ G. Haas: *La réglementation...*, s. 18–20.

²⁹ Por. P. Voigt, A. von dem Bussche: *The EU...*, s. 26.

przekazywanych przez telefony komórkowe)³⁰. Należy podkreślić, że kryterium to będzie spełnione niezależnie od tego, czy w odniesieniu do tak zebranych danych później stosowane będą techniki przetwarzania danych polegające na profilowaniu osoby fizycznej, w szczególności w celu podjęcia decyzji jej dotyczącej lub przeanalizowania, lub prognozowania jej osobistych preferencji, zachowań i postaw³¹.

Ze względu na trudności interpretacyjne pod koniec 2019 r. Europejska Rada Ochrony Danych (EROD) opublikowała wytyczne w sprawie terytorialnego zakresu stosowania RODO³². Nie ma tu miejsca na szczegółowe omówienie wytycznych, warto jednak zwrócić uwagę na kilka spostrzeżeń, mogących mieć znaczenie również w przypadku stosowania norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego.

Po pierwsze, w ocenie EROD posiadanie strony internetowej dostępnej w UE samo w sobie nie wystarcza do stwierdzenia istnienia „jednostki organizacyjnej” na terenie UE.

Po drugie, aby określić, czy kryterium „ukierunkowania” działalności, o którym mowa w RODO, jest spełnione, w wytycznych przedstawiono różne czynniki, które zostały przyjęte na podstawie europejskiego prawa ochrony konsumentów, i które w połączeniu z sobą mogą oznaczać ukierunkowanie na podmioty danych w UE. Obejmują one m.in.: a) zapłatę dysponentowi wyszukiwarki w celu zapewnienia usługi odsyłania dla ułatwienia konsumentom w UE dostępu do strony internetowej lub uruchomienie kampanii marketingowych i reklamowych skierowanych do danego kraju UE; b) międzynarodowy charakter działalności; c) używanie języka/waluty innego niż powszechnie stosowany w kraju przedsiębiorcy, zwłaszcza języka/waluty jednego lub kilku państw członkowskich UE, a także d) oferowanie dostawy towarów w państwach członkowskich UE.

Po trzecie, w ocenie EROD oferta usług obejmuje również oferowanie „usług społeczeństwa informacyjnego”, które są zdefiniowane jako „wszelkie usługi społeczeństwa informacyjnego, to znaczy wszelkie usługi normalnie świadczone za wynagrodzeniem, na odległość, drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usług”. Obejmują one m.in. strony internetowe, aplikacje i inne usługi online.

³⁰ Por. D. Svantesson: *Extraterritoriality in Data Privacy Law*. Kopenhaga 2013, s. 226; P. Cadot, T. Livenais: *Photographie du champ territorial du règlement données personnelles: de nouveaux opérateurs concernés?* In: Le RGDP. Eds. S. Prévost, E. Royer. Paris 2018, s. 33–35.

³¹ P. Voigt, A. von dem Bussche: *The EU...*, s. 27.

³² https://edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/gdpr-guidelines-recommendations-best-practices_en [Dostęp: 26.03.2020 r.].

Po czwarte, w wytycznych stwierdza się, że chociaż w motywach do RODO wspomina się o monitorowaniu w odniesieniu do śledzenia zachowań w Internecie, śledzenie za pomocą innych technologii lub sieci związanych z przetwarzaniem danych osobowych powinno być również brane pod uwagę przy podejmowaniu decyzji, czy przetwarzanie jest równoznaczne z „monitorowaniem zachowań”, i wymienia się przykłady, takie jak urządzenia noszone i inteligentne. Z tych też względów w wytycznych podano kilka przykładów działań, które stanowią „monitoring” dla tych celów, w tym: a) reklamę behawioralną; b) geolokalizację, w szczególności dla celów marketingowych; c) śledzenie online z wykorzystaniem plików cookies lub innych technik śledzenia (np. pobierania odcisków palców); d) spersonalizowane usługi w zakresie analizy diety i zdrowia online; e) telewizję przemysłową; f) badania rynku i inne badania behawioralne oparte na indywidualnych profilach, a także g) monitorowanie lub regularne składanie sprawozdań na temat statusu poszczególnych profili oraz zdrowie jednostki.

Jak widać, wraz z postępem technologicznym pogłębieniu ulega interpretacja kryteriów służących do ustalenia, w jakich międzynarodowych sytuacjach RODO znajduje zastosowanie, co faktycznie musi wpływać na proces ustalenia prawa właściwego w przypadku naruszenia reżimu ochronnego RODO. Mam tu na myśli nie tylko lokalizację samego naruszciciela (ustalenie siedziby czy jego jednostki organizacyjnej), lecz także „lokalizację” jego działalności skutkującej naruszeniem RODO i pociągającej za sobą odpowiedzialność deliktową sprawcy naruszenia. Istnieje potrzeba jednolitego wykorzystania powyższych wskazówek, zarówno na potrzeby ustalenia zakresu zastosowania RODO, jak i cywilnoprawnych konsekwencji naruszenia przyjętych w nim zasad ochrony danych. Wymienione okoliczności dodatkowo uzasadniają sięgnięcie do ujednoczonych przepisów kolizyjnych rozporządzenia Rzym II i przyjmowania wykładni stosowanych w nim łączników w duchu kryteriów przyjętych w art. 3 RODO.

5. Prawo właściwe dla zobowiązań deliktowych z naruszenia zasad ochrony danych przyjętych w RODO

Wiarygodne ustalenie prawa właściwego dla odpowiedzialności pozaumownej z tytułu naruszenia zasad ochrony danych, w szczególności w przypadku komunikacji elektronicznej, staje się zadaniem karkołom-

nym³³. Sądom krajowym zbyt łatwo jest przyjąć właściwość własnego prawa (obowiązującego w ich siedzibie) na podstawie zasadniczo dowolnych kryteriów. Podstawowy problem polega na wyłączeniu z zakresu rozporządzenia Rzym II określającego prawo właściwe dla zobowiązań pozaumownych „zobowiązań pozaumownych wynikających z naruszenia prawa do prywatności i innych dóbr osobistych, w tym zniesławienia” (art. 1 ust. 2 pkt g). Skutkuje to powstaniem istotnej luki w międzynarodowym systemie ochronnym RODO³⁴. Sądy krajowe powinny sięgać do odmiennie regulujących kwestie ochrony prywatności krajowych regulacji prawa prywatnego międzynarodowego.

Niezależnie od powyższego, trudności zwiększa możliwość powołania się przez podmioty przetwarzające dane w ramach świadczenia usług drogą elektroniczną na unijne przepisy o handlu elektronicznym³⁵. Dotyczy to m.in. zasady państwa pochodzenia wynikającej z art. 3 dyrektywy o handlu elektronicznym³⁶. W wyroku z dnia 25 października 2010 r. w sprawach połączonych C-509/09 i C-161/10 eDate Advertising GmbH przeciwko X, Olivier Martinez, Robert Martinez przeciwko MGN Limited (2011), dotyczącym naruszenia prywatności, TSUE orzekł, że w świetle art. 3 dyrektywy o handlu elektronicznym państwa członkowskie UE muszą zapewnić, że „dostawca usługi handlu elektronicznego nie podlega bardziej rygorystycznym wymogom niż wymogi przewidziane w prawie materialnym mającym zastosowanie w państwie członkowskim, w którym usługodawca ma siedzibę”³⁷. Powstaje zatem pytanie, czy zasada państwa pochodzenia może stanowić przeszkodę dla zastosowania bardziej restrykcyjnej interpretacji RODO (np. przyjmowanej przez francuskie organy) wobec usługodawcy internetowego mającego siedzibę (jednostkę organizacyjną) w państwie, które, dla przyjęcia odpowiedzialności podmiotu przetwarzającego dane osobowe, przewiduje

³³ P. Litwiński, P. Barta, M. Kawecki, w: *Rozporządzenie...*, s. 811.

³⁴ Por. A. Całus: *Znaczenie rozporządzenia Rzym II dla unifikacji prawa właściwego dla czynów niedozwolonych w państwach członkowskich Unii Europejskiej*. W: *Czyny niedozwolone w prawie polskim i w prawie porównawczym*. Red. M. Nesterowicz. Warszawa 2012.

³⁵ S. Francq: *Responsabilité du fournisseur d'information sur Internet: affaires eDate Advertising et Martinez*. „La Semaine Juridique — édition generale” 2012, n° 1—2, s. 35—38.

³⁶ Dyrektywa 2000/31 z dnia 8 czerwca 2000 r. o niektórych aspektach prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, a w szczególności handlu elektronicznego. Dz.Urz. UE L 178, 17.07.2000.

³⁷ O znaczeniu wyroku zob. S. Bollée, B. Haftel: *Les nouveaux (dés)équilibres de la compétence internationale en matière de cyberdélits après l'arrêt eDate Advertising et Martinez*. „Recueil Dalloz” 2012, s. 1285 i n.; M. Bogdan: *Defamation on the Internet, Forum Delicti and the E-Commerce Directive: Some Comments on the ECJ Judgment in the eDate Case*. „Yearbook of Private International Law” 2011, vol. 13, s. 483—491.

znacznie wyższe wymogi. Uważam, że prawo właściwe wyznaczone przez odpowiednią normę kolizyjną powinno w tym przypadku ustąpić zasadzie państwa pochodzenia. Oznacza to, że stosowanie prawa właściwego musi zostać skorygowane lub tak dostosowane, aby zapobiec utrudnieniom swobody świadczenia usług elektronicznych w Unii Europejskiej. Wątku tego w tym miejscu jednak nie poszerzam, ponieważ dotyczy etapu rozstrzygnięcia sporu już po ustaleniu prawa właściwego.

Uprowadzając dalsze rozważania, uważam za kluczowe, aby organ orzekający w sprawie — niezależnie od tego, którego państwa członkowskiego jest to organ — stosował to samo prawo do oceny roszczeń osoby podmiotu danych³⁸. Przyjęty mechanizm kolizyjny chroniący prywatność powinien zapewniać równowagę stron. Należy unikać rozwiązań, które chronią nadmiernie tylko jedną z nich³⁹. Przykładem wadliwego, moim zdaniem, rozwiązania będzie przyjęcie właściwości prawa państwa, w którym znajduje się miejsce zwykłego pobytu poszkodowanego. Choć jest to rozwiązanie proste do zastosowania, jednak nasuwa zastrzeżenia co do jego neutralności oraz racjonalności w przypadku naruszenia reżimu ochronnego danych osobowych.

Według art. 16 ust. 1 polskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 2011 r., dobra osobiste osoby fizycznej podlegają jej prawu ojczystemu. Prawo to wyznacza katalog dóbr osobistych i towarzyszących im praw podmiotowych, decyduje o ich powstaniu, treści, zasięgu i ustaniu. Prawo właściwe dla ochrony dóbr osobistych należy natomiast odszukać, stosując przepisy art. 16 ust. 2 i 3. Zgodnie z art. 16 ust. 2, osoba fizyczna, której dobro osobiste jest zagrożone naruszeniem lub zostało naruszone, może żądać ochrony na podstawie prawa państwa, na którego terytorium nastąpiło zdarzenie powodujące to zagrożenie naruszenia lub naruszenie, albo prawa państwa, na którego terytorium wystąpiły skutki tego naruszenia. Mamy więc do czynienia ze wskazaniem opcyjnym⁴⁰. Jeżeli zakwalifikujemy naruszenie zasad RODO do kategorii naruszeń dóbr osobistych (prywatności), osoba, której dane dotyczą, może dokonać takiego wskazania, co zwiększa ryzyko manipulacji prawem właściwym.

³⁸ Por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej: z dnia 30 listopada 1976 r. w sprawie 21/76, *Handelskwekerij G. J. Bier BV v Mines de potasse d'Alsace SA*, z dnia 7 marca 1995 r. w sprawie C-68/93, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd v Presse Alliance SA*, oraz z dnia 25 listopada 2011 r. w sprawach połączonych C509/09 *eDate Advertising GmbH v X i C161/10 Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited*.

³⁹ O. Feraci: *La legge applicabile alla tutela dei diritti della personalità nella prospettiva comunitaria*. „Rivista di diritto internazionale” 2009, n° 4, s. 1020—1085.

⁴⁰ Por. J. Balcarczyk: *Wybrane problemy związane z projektem ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe*. „Rejent” 2009, nr 7—8, s. 140.

Nie jest jednak oczywiste, czy powyższe przepisy znajdują — bądź też czy powinny znaleźć — zastosowanie w przypadku naruszeń reżimu ochronnego RODO. Zanim zastosujemy omawiane przepisy, należy dokonać kwalifikacji kolizyjnoprawnej naruszeń RODO. Jak wiadomo, RODO ma charakter odrębny w stosunku do przepisów chroniących dobra osobiste⁴¹. Podkreśla to fakt utworzenia oddzielnych podstaw dochodzenia roszczeń przez osoby, których dane są przetwarzane, zarówno w treści RODO, jak i w ramach nowej polskiej ustawy o ochronie danych osobowych z 2018 r.⁴² Powstaje więc pytanie, czy w celu odszukania prawa właściwego możemy sięgnąć do modelu kolizyjnoprawnego przyjętego w rozporządzeniu Rzym II⁴³, niejako ignorując przewidziane w nim wyłączenie dotyczące ochrony prywatności (wprowadzone na długo przed przyjęciem RODO). Zdaję sobie sprawę, że stanowisko przewidujące, zgodnie z którym, wyłączenie zawarte w rozporządzeniu Rzym II nie dotyczy naruszeń nowego reżimu ochrony danych osobowych stworzonego przez RODO, może zostać uznane za kontrowersyjne. Ma jednak istot-

⁴¹ Por. J. Braciak: *Prawo do prywatności*. Warszawa 2004, s. 92.

⁴² Dz.U. 2018, poz. 1000, t.j. Dz.U. 2019, poz. 1781.

⁴³ Rozporządzeniu Rzym II poświęcono obszerną literaturę. Przeważa w niej krytyczna ocena dotycząca wyłączenia z jego zakresu deliktów dotyczących prywatności. Zob. w szczególności A. Dickinson: *The Rome II Regulation*. Oxford 2009; R. Plender, M. Wilderspin: *European Private International Law of Obligation*. London 2009; J. Ahern, W. Binchy: *Rome II Regulation on Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, 2009; J. Fawcett, J.M. Carruthers, G. Cheshire, P. North: *Private International Law*. Oxford 2008; *Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict of law. Part Two*. Ed. G. Calliess. Wolters Kluwer 2011, s. 358—654; *Rome II Regulation*. Hrsg. P. Huber. Munich 2011; A. Rushworth, A. Scott: *Rome II: Choice of law for non-contractual obligations*. „Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly” 2008, s. 274—306; T. Hartley: *Choice of Law for Non-Contractual Liability: Selected Problems under the Rome II Regulation*. „International & Comparative Law Quarterly” 2008, vol. 57, s. 899—908; C. Briere: *Le reglement (CE) no 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)*. „Journal de droit international” 2008, vol. 135, s. 31; S. Leible, M. Lechmann: *Die neue EG-Verordnung über aufervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)*. „Recht der Internationalen Wirtschaft” 2007, vol. 53, s. 721; T. Graziano: *Das auf aufervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II — Verordnung*. „Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 2009, Nr. 73, s. 1—177; T. Dornis: *When in Rome, do as the Romans do? — a defense of the lex domicilii communis: in the Rome II Regulation*. „European Legal Forum” 2007, vol. 4, s. 152—159; S. Symeonides: *Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity*. „American Journal of Comparative Law” 2008, vol. 56, s. 173—222; P. Kozyris: *Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides’ Missed Opportunity*. „American Journal of Comparative Law” 2008, vol. 56, s. 471—497; M. Carruthers, E. Crawford: *Variations on a theme of Rome II. Reflections on proposed choice of law rules for non-contractual obligations: Part I*. „Edinburgh Law Review” 2005, vol. 9, s. 65—97; *Part II*. „Edinburgh Law Review” 2005, vol. 9, s. 238—266.

ne zalety, co wynika z przyjętej w rozporządzeniu Rzym II nowoczesnej, zbalansowanej oraz elastycznej regulacji ustalania prawa właściwego. Kluczowym argumentem jest możliwość zbieżnej interpretacji kryteriów przyjętych dla zastosowania RODO (art. 3) oraz ogólnych łączników norm kolizyjnych rozporządzenia Rzym II, co ma zasadnicze znaczenie w przypadku naruszeń dokonywanych przy wykorzystaniu nowych technologii przetwarzania danych.

6. Rekomendacja i wnioski

Podstawową regułą kolizyjną, według rozporządzenia Rzym II, jest zasada właściwości prawa państwa, w którym szkodę poniesiono, niezależnie od tego, w jakim państwie miało miejsce zdarzenie wyrządzające szkodę, ani w jakim państwie lub państwach wystąpiły pośrednie skutki tego zdarzenia (art. 4 ust. 1). Zastosowanie tej reguły w odniesieniu do naruszeń RODO nie powinno budzić większych wątpliwości. Ponadto, rozporządzenie Rzym II zawiera reguły dodatkowe oraz uzupełniające. Warto zatem przypomnieć, jak na podstawie rozporządzenia Rzym II powinien wyglądać proces wyboru właściwej normy kolizyjnej.

W pierwszej kolejności sąd powinien sprawdzić, czy strony dokonały ważnego, tj. spełniającego przesłanki art. 14 Rzym II, wyboru prawa właściwego. Również to rozwiązanie ma zalety w przypadku zobowiązania z naruszenia zasad ochrony danych osobowych. Uwzględnić autonomię woli stron. W braku ważnego wyboru prawa należy sprawdzić, czy istnieją przesłanki do zastosowania reguł dotyczących ujętych odrębnie typów czynów niedozwolonych (art. 5–9 Rzym II). Jeśli odpowiedź jest negatywna, a tak jest w przypadku naruszenia zasad ochrony danych osobowych, zasadne staje się sięgnięcie do norm ogólnych z art. 4 Rzym II, począwszy od normy z ust. 2 (właściwość wspólnego prawa personalnego stron, co *notabene* będzie rozwiązaniem spójnym z przepisami jurysdykcyjnymi wynikającymi z art. 79 i n. RODO). Dopiero gdy brak jest wspólnego prawa personalnego, należy skorzystać z podstawowej normy z art. 4 ust. 1, przewidującej właściwość prawa państwa, w którym powstała bezpośrednia szkoda. W obu powyższych sytuacjach celowe jest ustalenie przez sąd, czy istnieje możliwość korekty wskazania prawa na podstawie art. 4 ust. 3 Rzym II. Widzimy tu spójny model ustalania prawa właściwego i brak zasadniczych przeszkód, aby znalazł zastosowanie w przypadku naruszenia przepisów RODO.

Uważam ponadto, że zasady ustalania prawa właściwego przewidziane w rozporządzeniu Rzym II można, w miarę możliwości, interpretować z uwzględnieniem wykładni dokonanej na potrzeby przepisów RODO (art. 3, ale także art. 79 i n.). Wykładnia powinna bowiem być do pewnego stopnia zbieżna, ponieważ wszystkie te instrumenty prawne mają za zadanie zapewnienie przewidywalności rozstrzygnięć sądowych. Powyższe nie oznacza jednak możliwości dokonywania interpretacji pojęcia miejsca szkody wynikającej z naruszenia zasad ochrony danych osobowych przyjętych w RODO w sposób rozszerzający, tak aby obejmowało wszystkie miejsca, w których mogą być doznawane ujemne skutki zdarzenia, które już spowodowało szkodę rzeczywiście powstałą w innym miejscu⁴⁴.

Warto mieć na uwadze, że wprowadzenie do art. 4 ust. 1 Rzym II łącznika miejsca szkody, zamiast bardziej ogólnie sformułowanego łącznika miejsca deliktu, uwzględnia przypadek wielomiejscowości stanu faktycznego naruszenia⁴⁵. W rozporządzeniu Rzym II przyjęto, że decydujące znaczenie ma lokalizacja szkody rozumianej jako miejsce bezpośredniego naruszenia dobra prawnego poszkodowanego, ponieważ to w nim realizuje się zdarzenie decydujące o powstaniu odpowiedzialności. Bez znaczenia jest natomiast miejsce, w którym poszkodowany poniósł szkodę następczą, wynikającą ze szkody pierwotnej, powstałej w innym państwie. W motywie 17 preambuły rozporządzenia Rzym II przedstawiono ogólną wskazówkę co do sposobu rozumienia wyrażenia „szkoda bezpośrednia”. Wskazano tam, że: „państwem, w którym powstaje szkoda, powinno być państwo, w którym [...] została poniesiona szkoda na osobie lub szkoda na mieniu”.

Stosowanie łącznika bezpośredniej szkody stanowi kompromis pomiędzy przyznaniem właściwości prawu państwa, w którym znajduje się miejsce czynu niedozwolonego, a upoważnieniem poszkodowanego do dokonania wyboru prawa państwa, w którym wystąpił czyn, albo prawa państwa, w którym wystąpiła szkoda⁴⁶. Przyjęte w rozporządzeniu Rzym II rozwiązanie skutkuje pewnym usztywnieniem wskazania prawa właściwego w porównaniu z ogólnym łącznikiem miejsca deliktu, który podlegał w praktyce elastycznej interpretacji, pozwalając na przyjęcie,

⁴⁴ Por. S. Marino: *Nuovi sviluppi in materia di illecito extracontrattuale on line*. „Rivista di diritto internazionale privato e processuale” 2012, n° 4, s. 879—896.

⁴⁵ O różnych wymiarach wielomiejscowości deliktu M. Sośniak: „*Lex loci delicti commissi*” w prawie międzynarodowym prywatnym. „Studia Cywilistyczne” [Kraków] 1963, T. 4, s. 148—149; Idem: *Zobowiązania nie wynikające z czynności prawnych w prawie prywatnym międzynarodowym*. Katowice 1971, s. 30—31; Idem: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Katowice 1991, s. 143.

⁴⁶ Por. T. Pajor: *Nowe tendencje w części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego państw europejskich*. „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 1995, T. 18, s. 68 i n.

zależnie od okoliczności danej sprawy, właściwości prawa miejsca czynu bądź prawa miejsca szkody (skutku czynu niedozwolonego)⁴⁷. Może to powodować trudności w przypadku naruszeń zasad ochronnych przyjętych w RODO. Dlatego warto mieć na uwadze, że usztywnienie to złączono ze względu na możliwość zastosowania reguły korekcyjnej z art. 4 ust. 3 rozporządzenia Rzym II, a więc sąd może na jej podstawie, w drodze wyjątku, zastosować prawo miejsca czynu (zdarzenia) sprawczego, np. działania administratora danych⁴⁸. Niestety, nadal przy poszukiwaniu i stosowaniu prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych sądy napotykały na trudności, stosując art. 4 ust. 3 rozporządzenia Rzym II. Problemy dotyczą konfrontacji dwóch kryteriów, które w przepisie tym się pojawiają: kryterium „znacznie silniejszego związku” czynu niedozwolonego z innym państwem niż państwo wskazane w art. 4 ust. 1 lub 2, użytego w art. 4 ust. 3 zd. 1, oraz kryterium „ściśłego związku czynu niedozwolonego z wcześniejszą umową”, wskazanego w art. 4 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Rzym II. Trudności te mogą zostać ograniczone przy wykorzystaniu przyjętych w RODO rozwiązań dotyczących zarówno jego zakresu zastosowania (a więc mogących wpływać na interpretację kryterium „znacznie ściślejszego związku” z rozporządzenia Rzym II), jak i wcześniejszych umów dotyczących ochrony danych osobowych (por. np. art. 28 RODO dotyczący umów zawieranych pomiędzy administratorem a podmiotem przetwarzającym). Nietrafne będzie jednak powoływanie reguły korekcyjnej w celu zanegowania wyboru prawa dokonanego przez stronę bądź nieuzasadnione korygowanie wskazań reguł kolizyjnych ze względu na realizację danego celu materialnoprawnego (np. realizacji interesów państwa sądu). Niezbędne jest zachowanie powściągliwości w korzystaniu z korygującego działania reguły korekcyjnej.

Podsumowując, uważam za najbardziej racjonalne stosowanie przepisów kolizyjnoprawnych rozporządzenia Rzym II w celu ustalenia prawa właściwego dla odpowiedzialności deliktowej administratora danych

⁴⁷ Tendencją współczesnego prawa prywatnego międzynarodowego jest bowiem uelastycznienie i zróżnicowanie rozwiązań kolizyjnych. Por. T. Pajor: *Odpowiedzialność deliktowa w prawie prywatnym międzynarodowym*. Warszawa 1989, s. 5 i n.; M. Sośniak: *Zobowiązania...*, s. 49 i n.

⁴⁸ Zob. wyr. SN z dnia 5 lutego 2015 r., V CSK 164/14. Legalis. Na temat sposobów rozwiązywania problemu wielomiejscowości po stronie miejsca szkody — zob. szerzej M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2017, s. 247—274. Warto przypomnieć projekt normy kolizyjnej zaproponowanej przez M. Sośniaka: „W zakresie zobowiązań nie wynikających z czynności prawnych właściwe jest prawo państwa, gdzie zaistniał czynnik, który w przeważający sposób zadecydował o powstaniu zobowiązania, chyba że z okoliczności wynika powiązanie z prawem innego państwa”. M. Sośniak: *Uwagi do projektu polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*. „Nowe Prawo” 1962, nr 7—8, s. 1019.

badź podmiotu przetwarzającego w przypadku naruszenia przez niego zasad ochrony danych osobowych przewidzianych w RODO. Powyższa teza jest dodatkowo uzasadniona rozwiązaniami przyjętymi w nowej polskiej ustawie o ochronie danych osobowych. Według ustawy, każda osoba, której prawa przysługujące na mocy przepisów o ochronie danych osobowych zostały naruszone, będzie mogła żądać zaniechania tego działania, a także może żądać, aby ten, kto dopuścił się naruszenia, dopełnił czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków. W przepisach ustawy przesądzono, że dochodzenie omawianych roszczeń nie wyłącza możliwości wystąpienia z innymi roszczeniami z tytułu naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych. Ustawa, bez potrzeby definiowania dobra osobistego (danych osobowych), konstruuje bezpośrednią podstawę dochodzenia cywilnoprawnych roszczeń niemajątkowych w razie naruszenia praw przysługujących na podstawie przepisów o ochronie danych osobowych, co może mieć istotne znaczenie praktyczne dla prawidłowego przestrzegania zasad wprowadzanych przez RODO.

Bibliografia

- Ahern J., Binehy W.: *Rome II Regulation on Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, 2009.
- Balcarczyk J.: Wybrane problemy związane z projektem ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe. „Rejent” 2009, nr 7—8.
- Bogdan M.: *Defamation on the Internet, Forum Delicti and the E-Commerce Directive: Some Comments on the ECJ Judgment in the eDate Case*. „Yearbook of Private International Law” 2011, vol. 13.
- Bollée S., Haftel B.: *Les nouveaux (dés)équilibres de la compétence internationale en matière de cyberdélits après l'arrêt eDate Advertising et Martinez*. „Recueil Dalloz” 2012.
- Braciak J.: *Prawo do prywatności*. Warszawa 2004.
- Briere C.: *Le règlement (CE) no 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)*. „Journal de droit international” 2008, vol. 135.
- Brkan M.: *Data Protection and Conflict-of-Laws: A Challenging Relationship*. „European Data Protection Law Review” 2016, vol. 2 (3).
- Cadio P., Livenais T.: *Photographie du champ territorial du règlement données personnelles: de nouveaux opérateurs concernées?* In: Le RGDP. Eds. S. Prévost, E. Royer. Paris 2018.
- Całus A.: *Znaczenie rozporządzenia Rzym II dla unifikacji prawa właściwego dla czynów niedozwolonych w państwach członkowskich Unii Europejskiej*.

- W: *Czyny niedozwolone w prawie polskim i w prawie porównawczym*. Red. M. Nesterowicz. Warszawa 2012.
- Carruthers M., Crawford E.: *Variations on a theme of Rome II. Reflections on proposed choice of law rules for non-contractual obligations: Part I—II*. „Edinburgh Law Review” 2005, vol. 9.
- Chen J.: *How the best-laid plans go awry: the (unsolved) issues of applicable law in the General Data Protection Regulation*. „International Data Privacy Law” 2016, vol. 6 (4).
- Czepelak M.: *Would We Like to Have a European Code of Private International Law?* „European Review of Private Law” 2010.
- Czerniawski M.: *Zakres terytorialny a pojęcie „jednostki organizacyjnej” w przepisach ogólnego rozporządzenia o ochronie danych — zarys problemu: Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Aktualne problemy prawnej ochrony danych osobowych*. Red. G. Sibiga. Warszawa 2016.
- De Hert P., Czerniawski M.: *Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context*. „International Data Protection Law” 2016, vol. 6 (3).
- De Hert P., Papakonstantinou V.: *The Council of Europe Data Protection Convention reform: Analysis of the new text and critical comment on its global ambition*. „Computer Law & Security Review” 2014, vol. 30.
- De Hert P., Papakonstantinou V.: *The proposed data protection Regulation replacing Directive 95/46/EC: A sound system for the protection of individuals*. „Computer Law & Security Review” 2012, vol. 28.
- Dickinson A.: *The Rome II Regulation*. Oxford 2009.
- Dornis T.: *When in Rome, do as the Romans do? — a defense of the lex domicilii communis: in the Rome II Regulation*. „European Legal Forum” 2007, vol. 4.
- Fawcett J., Carruthers J.M., Cheshire G., North P.: *Private International Law*. Oxford 2008.
- Feraci O.: *La legge applicabile alla tutela dei diritti della personalità nella prospettiva comunitaria*. „Rivista di diritto internazionale” 2009, n° 4.
- Franco S.: *Responsabilité du fournisseur d'information sur Internet: affaires eDate Advertising et Martinez*. „La Semaine Juridique — édition generale” 2012, n° 1—2.
- Gömann M.: *The new territorial scope of EU data protection law: deconstructing a revolutionary achievement*. „Common Market Law Review” 2017, vol. 54 (2).
- Górski M., w: *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*. Red. M. Sakowska-Baryła. Warszawa 2018.
- Graziano T.: *Das auf aufservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II — Verordnung*. „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 2009, Nr. 73.
- Haas G.: *La réglementation sur la protection des données personnelles*. St. Herblain 2018.

- Hartley T.: *Choice of Law for Non-Contractual Liability: Selected Problems under the Rome II Regulation*. „International & Comparative Law Quarterly” 2008, vol. 57.
- Hörnle J.: *The Jurisdictional Challenge of the Internet*. In *Law and the Internet*. Eds. L. Edwards, Ch. Waelde. Oxford 2008.
- Kozyris P.: *Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides’ Missed Opportunity*. „American Journal of Comparative Law” 2008, vol. 56.
- Lecomte F.: *Nouvelle donne pour les données. Le RGDP*. Paris 2018.
- Leible S., Lechmann M.: *Die neue EG-Verordnung über aufervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)*. „Recht der Internationalen Wirtschaft” 2007, vol. 53.
- Litwiński P., Barta P., Kawecki M., w: *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*. Red. P. Litwiński. Warszawa 2018.
- Marino S.: *Nuovi sviluppi in materia di illecito extracontrattuale on line*. „Rivista di diritto internazionale privato e processuale” 2012, n° 4.
- Nagy C.: *The Word Is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law — Missed and New Opportunities*. „Journal of Private International Law” 2012, vol. 2.
- Nowicka A.: *Prawo właściwe dla zobowiązań wynikających z czynów niedozwolonych w świetle przepisów rozporządzenia nr 864/2007*. W: „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ”. Z. 100: *Prawo własności intelektualnej wczoraj, dziś i jutro*. Red. J. Barta, A. Matlak. Kraków 2007.
- Pajor T.: *Nowe tendencje w części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego państw europejskich*. „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 1995, T. 18.
- Pajor T.: *Odpowiedzialność deliktowa w prawie prywatnym międzynarodowym*. Warszawa 1989.
- Pazdan J.: *Rozporządzenie Rzym II — nowe wspólnotowe unormowanie właściwości prawa dla zobowiązań pozaumownych*. W: „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”. T. 4. Red. M. Pazdan. Katowice.
- Pazdan M.: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2017.
- Plender R., Wilderspin M.: *European Private International Law of Obligation*. London 2009.
- Raul C.: *The Privacy, Data Protection and Cybersecurity Law Review*. Eds. A. Raul. London 2015.
- Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict of law. Part Two*. Ed. G. Calliess. Wolters Kluwer 2011.
- Rome II Regulation*. Hrsg. P. Huber. Munich 2011.
- Rushworth A., Scott A.: *Rome II: Choice of law for non-contractual obligations*. „Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly” 2008.
- Schantz P.: *Beck’scher Online-Kommentar Datenschutzrecht*. Hrsg. H. Wolff, S. Brink. Munich 2017.

- Sośniak M.: „*Lex loci delicti commissi*” w prawie międzynarodowym prywatnym. „*Studia Cywilistyczne*” [Kraków] 1963, T. 4.
- Sośniak M.: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Katowice 1991.
- Sośniak M.: *Uwagi do projektu polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*. „*Nowe Prawo*” 1962, nr 7—8.
- Sośniak M.: *Zobowiązania nie wynikające z czynności prawnych w prawie prywatnym międzynarodowym*. Katowice 1971.
- Svantesson D.: *Article 4(1)(A) ‘Establishment of the Controller’ in EU Data Privacy Law — Time to Rein in this Expanding Concept?* „*International Data Privacy Law*” 2016, vol. 6 (3).
- Svantesson D.: *Electronic Commerce*. In: *Encyclopedia of Private International Law*. Eds. J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio. Elgar 2017.
- Svantesson D.: *Extraterritoriality in Data Privacy Law*. Kopenhaga 2013.
- Svantesson D.: *The CJEU’S Weltimmo Data Privacy Ruling — Lost in the Data Privacy Turmoil, Yet So Very Important*. „*Maastricht Journal of European and Comparative Law*” 2016, vol. 23 (2).
- Symeonides S.: *Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity*. „*American Journal of Comparative Law*” 2008, vol. 56.
- Themelis A.: *The Internet, Jurisdiction and EU Competition Law: The Concept of „Over-territoriality” in Addressing Jurisdictional Implications in the Online World*. „*World Competition*” 2012, vol. 2.
- Van Alsenoy B., Koekkoek M.: *Internet and Jurisdiction after Google Spain: the extraterritorial reach of the „right to be delisted”*. „*International Data Protection Law*” 2015, vol. 5 (2).
- Voigt P., von dem Bussche A.: *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*. Cham 2017.



Anna Juryk^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0002-5057-3734>

Transgraniczne sprawy rodzinne w relacjach polsko-brytyjskich w obliczu brexitu¹

Abstract: The purpose of the article is above all to show possible changes in the field of cross-border family matters as a result of Brexit. From a Polish perspective, this topic is particularly socially significant due to the numerous labor migration of Poles to the UK. It is estimated that around one million Poles live in the UK. First, the article presents current sources of law regarding cross-border family matters (EU law, international agreements, internal law). Next, possible solutions to family matters and their strengths and weaknesses were discussed after Brexit. Finally, solutions currently adopted in the UK and the biggest concerns related to them are shown.

Keywords: Cross-border family matters, Brexit, conflict of law

1. Wstęp

Oficjalnie 31 stycznia 2020 r. Wielka Brytania² opuściła Unię Europejską. Nie jest to jednak koniec procesu opuszczania UE, a nawet moż-

^{a)} Dr, Kolegium Ekonomii, Finansów i Prawa, Instytut Prawa, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie.

¹ Tekst powstał w wyniku realizacji tematu badawczego *Transgraniczne sprawy rodzinne pomiędzy Polską a Wielką Brytanią. Brexit i co dalej?*, finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki, nr rej. 2018/02/X/HS5/01463, ID 414992.

² W tekście używam zamiennie nazw Wielka Brytania i UK. Oficjalna nazwa państwa w języku polskim to Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, natomiast Wielka Brytania to tzw. polska nazwa krótka państwa, której odpowiedni-

na powiedzieć, że to dopiero początek drogi, ponieważ nie doszło jeszcze do wypracowania szczegółów wzajemnych relacji na linii UE — UK. Umowa o wystąpieniu UK z dnia 24 stycznia 2020 r.³, sfinalizowana ostatecznie przez rząd Borisa Johnsona, zagwarantowała *status quo* — dalsze obowiązywanie prawa unijnego — do końca okresu przejściowego, tj. do 31 grudnia 2020 r.

Dzisiaj brak jest gotowych rozwiązań także w zakresie rodzinnych spraw transgranicznych. UK stoi dopiero przed koniecznością ich wypracowania. Sytuacją najbardziej pożądaną byłoby ich przyjęcie najpóźniej do czasu upływu okresu przejściowego. Wydaje się to coraz mniej realne, z uwagi na trwającą obecnie pandemię Covid-19.

Z perspektywy Polski temat jest społecznie doniosły, od 2010 r. bowiem UK zajmuje pierwsze⁴ miejsce wśród krajów docelowych największej migracji zarobkowej Polaków w XXI w. Według szacunków GUS za 2017 r., w Wielkiej Brytanii mieszka ok. 793 tys. Polaków. Z kolei oficjalne źródła brytyjskie podają wyższe liczby, np. w I kwartale 2016 r. szacowano, że w UK⁵ żyje ok. 984 tys.⁶ osób posiadających polskie obywatelstwo, z czego ok. 908 tys. urodziło się na terenie Polski. Dla porównania w 2004 r. w UK mieszkało ok. 69 tys. Polaków⁷. Patrząc na polską

kiem w języku angielskim jest United Kingdom [dalej: UK]; por. Komisja Standaryzacji Nazw Geograficznych poza Granicami Rzeczypospolitej Polskiej przy Głównym Geodecie Kraju: *Nazwy państw. Główny Urząd Geodezji i Kartografii*. Warszawa 2006, s. 10, http://ksng.gugik.gov.pl/pliki/nazwy_panstw.pdf [Dostęp: 9.10.2019 r.]. W języku angielskim nazwa Great Britain odnosi się wyłącznie do Anglii, Szkocji i Walii (bez Irlandii Północnej).

³ Umowa o wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej z Unii Europejskiej i Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej. Dz.Urz. UE L nr 29, s. 7.

⁴ Główny Urząd Statystyczny: *Informacja o rozmiarach i kierunkach czasowej emigracji z Polski w latach 2004—2016*. Warszawa 2017, <https://stat.gov.pl/obszary-tema-tyczne/ludnosc/migracje-zagraniczne-ludnosc/informacja-o-rozmiarach-i-kierunkach-czasowej-emigracji-z-polski-w-latach-2004-2017,2,11.html> [Dostęp: 2.04.2019 r.]. Po Wielkiej Brytanii najwięcej polskich emigrantów przebywa, biorąc pod uwagę liczbę ludności, w Niemczech (703 tys.), Holandii (120 tys.) oraz Irlandii (112 tys.).

⁵ UK, skrót od United Kingdom, to skrócona oficjalna nazwa państwa — United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, choć międzynarodowy kod państwa, według Międzynarodowej Organizacji Normalizacyjnej, to GB/GBR; por. *Guidance Toponymic guidelines for map and other editors, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*. Updated, 17 July 2019, <https://www.gov.uk/government/publications/toponymic-guidelines/toponymic-guidelines-for-map-and-other-editors-united-kingdom-of-great-britain-and-northern-ireland#abbreviations-encountered-in-official-mapping> [Dostęp: 9.10.2019 r.].

⁶ O. Hawkins, A. Moses: *Polish population of the United Kingdom*. „Briefing Paper”, CBP7660, 15 July 2016, <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-7660> [Dostęp: 1.07.2019 r.].

⁷ Ibidem.

emigrację przez pryzmat rodziny, w I kwartale 2016 r. w UK mieszkało ok. 433 tys. polskich rodzin (na 29,9 mln wszystkich rodzin), z czego małżeństwa z dziećmi stanowiły ok. 114 tys. osób⁸.

Rozłączenie rodzin wynikające z imigracji pociąga za sobą wzrost spraw między małżonkami (zwłaszcza majątkowych) — o rozwód, alimenty na rzecz dzieci i byłego małżonka, sprawowanie opieki nad dziećmi itp. Tego typu sprawy na pograniczu dwóch różnych państw to domena prawa prywatnego międzynarodowego, które określa reguły jurysdykcji międzynarodowej, prawa właściwego oraz skuteczności zagranicznych orzeczeń. W sprawach rodzinnych bardzo ważną rolę odgrywa także administracyjna współpraca między państwami, oparta na sieci specjalnie wyznaczonych w tym celu organów centralnych (np. w zakresie uprawnień rodzicielskich, alimentów, adopcji zagranicznej).

Specyfiką pierwszych lat po emigracji jest rozdzielenie rodziny między dwa państwa. Ponadto w omawianych sytuacjach aktualizować się będzie problematyka wzajemnego uznawania i wykonywania orzeczeń, ponieważ nawet w sytuacji, w której rodzina nuklearna w całości zamieszkuje w danym państwie, mogą nadal trwać relacje majątkowe (np. własność nieruchomości, niespłacone długi, nienaprawiona szkoda) w drugim państwie.

Na wstępie warto także zasygnalizować, że obywatelstwo jako więź prawna danej osoby z konkretnym państwem ma w dalszym ciągu znaczenie, szczególnie w sprawach rodzinnych. Oznacza to, że osoba mieszkająca w państwie „nieojczystym” wciąż musi się liczyć z możliwością zastosowania prawa ojczystego (np. Polak mieszkający w UK). Ogólnie jednak także w sprawach rodzinnych obywatelstwo jest wypierane przez łącznik zwykłego pobytu. W zakresie prawa właściwego oznacza to jednolite traktowanie na danym terytorium wszystkich mieszkańców (niezależnie od obywatelstwa).

2. Źródła prawa w zakresie transgranicznych spraw rodzinnych w Polsce i UK

Początkowo w każdym państwie obowiązywały krajowe zasady międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego. Gdy prawo unijne zaczęło obowiązywać w Polsce (w szerszym zakresie) oraz w UK

⁸ Ibidem.

(w węższym zakresie), 1) w obu państwach przestały być stosowane reguły krajowe; 2) w obu państwach zaczęły częściowo obowiązywać te same reguły. W uwagi na brexit w przyszłości sytuacja się jeszcze bardziej skomplikuje, ponieważ UK wróci do stosowania prawa krajowego, chyba że umowami międzynarodowymi z UE (bilateralnie) i z udziałem UE (multilateralnie) prawo zostanie ponownie ujednoczone. Rzecz jasna, nie można rozstrzygnąć, co będzie w konkretnym wypadku korzystniejsze dla danej rodziny emigrantów: zastosowanie prawa krajowego czy ujednoczonego. Natomiast dla systemu prawa ujmowanego generalnie ujednoczenie oznacza uproszczenie i jest pożądane.

2.1. Prawo unijne w UK

United Kingdom jako członek UE było związane prawem unijnym na podstawie European Community Act z 1972 r.⁹, ustawy zaliczanej do ustawodawstwa głównego, nowelizowanej często w drodze ustaw pochodnych przyjmowanych na podstawie Act to Deal with the Mechanics to Implementation¹⁰. Umowa międzynarodowa w prawie UK nie wywołuje skutków *ipso iure*, lecz wymaga implementacji.

Wielka Brytania, podobnie jak Dania, nigdy nie uczestniczyła w pełnym zakresie w unijnej polityce przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości (PWBS). Podczas negocjacji traktatu amsterdamskiego w 1996 r. Zjednoczone Królestwo uzyskało prawo do niewiązania się (*opt out*) różnymi inicjatywami prawnymi podejmowanymi przez UE w dziedzinie współpracy policyjnej i sądowej¹¹. Aktualnie na podstawie protokołu nr 21 i 22¹² do TFUE Zjednoczone Królestwo i Irlandia nie są

⁹ Na jej podstawie ratyfikowano w UK Treaty concerning the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland, the Kingdom of Norway and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the European Economic Community and to the European Atomic Energy Community z 22.01.1972 r.; jest to odpowiednik polskiej ścieżki ratyfikacji za uprzednią zgodą wyrażoną w formie ustawy.

¹⁰ A. Dickinson: *United Kingdom*. In: *Encyclopedia of private international law, National reports*. Vol. 3. Eds. J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de M. Asensio. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, s. 2612.

¹¹ D. Curtin: *The ties that bind. Securing information-sharing after Brexit*. In: *Brexit and Beyond: Rethinking the Futures of Europe*. Eds. B. Martill, U. Staiger. UCL Press 2018, doi: 10.2307/j.ctt20krxf8, <https://www.jstor.org/stable/j.ctt20krxf8>, s. 148.

¹² Protokół w sprawie stanowiska Zjednoczonego Królestwa i Irlandii w odniesieniu do przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, Protokół dodany traktatem z dnia 2 października 1997 r. (Dz.U. 2004, nr 90, poz. 864[31]), który wchodzi w życie 1 maja 2004 r.; tytuł zmieniony traktatem z dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2009, nr 203, poz. 1569), który wchodzi w życie 1 grudnia 2009 r.

związane. Nie mają też do nich zastosowania środki przyjęte w ramach przetrzeźwienia wolności, sprawiedliwości i bezpieczeństwa, chyba że same zdecydują się do nich przystąpić¹³. Z jednej strony jest to przeszkoda w unifikacji prawa prywatnego międzynarodowego w całej UE, z drugiej strony zaś istniejący model współpracy UK — UE w zakresie współpracy sądowej w sprawach cywilnych może być wykorzystany i rozwijany po brexicie¹⁴.

United Kingdom w zakresie spraw rodzinnych¹⁵ związało się m.in. rozporządzeniem nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącym jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającym rozporządzenie (WE) nr 1347/2000¹⁶ [dalej: Bruksela II bis], oraz rozporządzeniem nr 4/2009 z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń oraz współpracy w zakresie zobowiązań alimentacyjnych¹⁷ [dalej: rozporządzenie nr 4/2009], po jego przyjęciu¹⁸, wyłącznie w zakresie, w jakim nie dotyczy prawa właściwego¹⁹, a więc bez art. 15 tego rozporządzenia.

¹³ Mogą to zrobić w terminie 3 miesięcy od przedstawienia Radzie propozycji lub inicjatywy, lub w każdym czasie po przyjęciu środka przez Radę.

¹⁴ M. Pilich: *Brexit and EU private international law: May the UK stay in?* „Maastricht Journal of European and Comparative Law” August 2017, 20 (10), doi: 10.1177/1023263X17722327, s. 15—16.

¹⁵ Dla spraw rodzinnych znaczenie mają rozporządzenia: rozporządzenie nr 393/2007 z dnia 13 listopada 2007 r. dotyczące doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych; rozporządzenie nr 1206/2001 z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie współpracy między sądami państw członkowskich przy przeprowadzaniu dowodów w sprawach cywilnych lub handlowych; rozporządzenie nr 805/2004 z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie utworzenia Europejskiego Tytułu Egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych; rozporządzenie nr 2016/1191 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie promowania swobodnego przepływu obywateli przez uproszczenie wymogów dotyczących przedkładania określonych dokumentów urzędowych w Unii Europejskiej i zmieniające rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 oraz decyzja Rady 2001/470/WE z dnia 28 maja 2001 r. ustanawiająca Europejską Sieć Sądową w sprawach cywilnych i handlowych.

¹⁶ Dz.Urz. UE L nr 338 z dnia 23.12.2003, s. 1.

¹⁷ Dz.Urz. UE L nr 7 z dnia 10.01.2009, s. 1.

¹⁸ Na podstawie decyzji Komisji z dnia 8 czerwca 2009 r., dotyczącej zamiaru przyjęcia przez Zjednoczone Królestwo rozporządzenia Rady (WE) nr 4/2009 w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń oraz współpracy w zakresie zobowiązań alimentacyjnych (2009/451/WE; Dz.Urz. UE 2009 L nr 149/73).

¹⁹ UK nie związało się protokołem haskim o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych, co ma znaczenie przede wszystkim dla uznawania i wykonalności orzeczeń, dokumentów urzędowych i ugód sądowych (art. 16 ust. 3 oraz art. 23—38 rozporządzenia nr 4/2009).

Zasadniczo UK przystąpiło do większości unijnych rozporządzeń w zakresie jurysdykcji, skuteczności zagranicznych orzeczeń oraz szeroko pojętego dostępu do wymiaru sprawiedliwości, natomiast nie związało się unijnymi normami kolizyjnymi wskazującymi prawo właściwe dla szeroko pojętych spraw rodzinnych, w tym dla alimentów²⁰, dla rozwodu i separacji²¹, dotyczących małżeńskich/partnerskich skutków majątkowych²². Jest to po części wynikiem traktowania prawa obcego jako faktu, który podlega dowodzeniu przed sądem. Prawo obce może być przez sąd brytyjski uwzględnione tylko na wniosek strony, w przeciwieństwie do prawa brytyjskiego, prawo obce nie jest stosowane z urzędu²³.

Prawo unijne tworzy autonomiczny porządek prawny i korzysta z pierwszeństwa stosowania przed prawem krajowym. Gwarantuje ono w sprawach małżeńskich (rozwód, separacja, unieważnienie małżeństwa), odpowiedzialności rodzicielskiej (łącznie z bezprawnym uprowadzeniem dziecka):

1. Jednolite reguły jurysdykcji sądów państw członkowskich w sprawach transgranicznych, opartych na miejscu zwykłego pobytu wnioskodawcy (dziecka, osoby uprawnionej do alimentów, małżonka)²⁴.
2. Automatyczne uznawanie i wykonywanie orzeczeń. Prawo UE zapewnia, że decyzje dotyczące opieki nad dziećmi, kontaktów z nimi, alimentów wydane w jednym państwie członkowskim mogą być automatycznie uznawane i wykonywane w każdym innym państwie członkowskim. Z uwagi na niezwiązanie się UK protokołem haskim z 2007 r. o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych²⁵ wyłącznie polskie orzeczenia o alimentach są w UK automatycznie wykonywane, natomiast brytyjskie orzeczenia alimentacyjne wymagają

²⁰ Rozporządzenie nr 4/2009.

²¹ Rozporządzenie nr 1259/2010 z dnia 20 grudnia 2010 r. w sprawie wprowadzenia w życie wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodu i separacji prawnej. Dz.Urz. UE L nr 343, 29.12.2010, s. 10.

²² Dwa rozporządzenia regulujące kompleksowo jurysdykcję, prawo właściwe oraz skuteczność zagranicznych orzeczeń z dnia 24 czerwca 2016 r.: 1) nr 2016/1103 wdrażające wzmocnioną współpracę w dziedzinie jurysdykcji, prawa właściwego oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach dotyczących małżeńskich ustrojów majątkowych. Dz.Urz. UE L nr 183, 8.07.2016, s. 1; 2) nr 2016/1104 z dnia 24 czerwca 2016 r. wdrażające wzmocnioną współpracę w dziedzinie jurysdykcji, prawa właściwego oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach dotyczących skutków majątkowych zarejestrowanych związków partnerskich. Dz.Urz. UE L nr 183, 8.07.2016, s. 30.

²³ A. Dickinson: *United Kingdom...*, s. 2616.

²⁴ M. Doyle: *The impact of Brexit on children and young people in Scotland, Case study on cross-border family law*. Together (Scottish Alliance for Children's Rights), s. 9–10.

²⁵ 2009/941/WE: Decyzja Rady z dnia 30 listopada 2009 r. w sprawie zawarcia przez Wspólnotę Europejską Protokołu haskiego z dnia 23 listopada 2007 r. o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych. Dz.Urz. UE L nr 331, 16.12.2009, s. 17–18.

w Polsce stwierdzenia wykonalności²⁶. Automatyzm uznawania w połączeniu z automatyzmem wykonania zapewnia dzieciom pewność i bezpieczeństwo w zakresie kontaktów z rodzicem/rodzicami, opieki i alimentów oraz pozwala uniknąć opóźnień i kosztów związanych z zabezpieczeniem nowych roszczeń w innych krajach. Zapobiega to również uchylaniu się przez rodziców od ich obowiązków w stosunku do dzieci przez przeniesienie się do innego kraju.

3. Uwzględnianie najlepszego interesu dziecka. Wszystkie decyzje podjęte na mocy Brukseli II bis muszą leżeć w najlepszym interesie dziecka, zgodnie z art. 24 Karty praw podstawowych UE²⁷ oraz art. 3 Konwencji o prawach dziecka²⁸.
4. Wzmocnienie prawa dzieci do uczestnictwa w transgranicznych postępowaniach rodzinnych. W świetle Brukseli II bis decyzje dotyczące opieki, dostępu i powrotu po uprowadzeniu dziecka nie mogą zostać wykonane, jeżeli istnieją dowody na to, że dziecku nie dano możliwości bycia wysłuchanym²⁹.
5. Szybkość rozstrzygnięć: w postępowaniu w sprawie powrotu dziecka, zgodnie z art. 11 ust. 3 Brukseli II bis, decyzja musi zostać podjęta co do zasady w ciągu 6 tygodni. Przyspieszeniu postępowania ma służyć także ograniczenie liczby odwołań³⁰.
6. Współpracę między państwami, opartą na sieci ustanowionych w każdym państwie organów centralnych oraz jednostek odpowiedzialnych za doręczanie dokumentów sądowych lub pozasądowych oraz przeprowadzanie dowodów za granicą.

2.2. Umowy międzynarodowe

Źródłem prawa prywatnego międzynarodowego w relacjach polsko-brytyjskich są także umowy międzynarodowe, zwłaszcza konwencje haskie opracowane przez Haską Konferencję Prawa Prywatnego Międzynarodowego [dalej: HCCH], które w dużej mierze zostały zastąpione przez unijne rozporządzenia o treści podobnej do treści konwencji.

Wielka Brytania jest członkiem HCCH od 1955 r., z kolei Polska — od 1984 r.³¹ Zarówno Polska, jak i UK samodzielnie związały się m.in.:

²⁶ Według zasad określonych w rozporządzeniu 4/2009 (art. 23—38).

²⁷ Dz.Urz. UE C nr 326, 26.10.2012, s. 391—407.

²⁸ Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. Dz.U. 1991, nr 120, poz. 526.

²⁹ M.in. art. 23 lit. b, art. 41 ust. 2, art. 42 ust. 2 Brukseli II bis.

³⁰ M.in. art. 21 ust. 2, art. 34, art. 42 ust. 1, art. 43 ust. 2 Brukseli II bis.

³¹ <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members/details1/?sid=75> [Dostęp: 2.04.2019 r.].

Konwencją o uznawaniu rozwodów i separacji z dnia 1 czerwca 1970 r.³²; Konwencją o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń odnoszących się do obowiązków alimentacyjnych z dnia 2 października 1973 r.³³; Konwencją dotyczącą cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z dnia 25 października 1980 r.³⁴; Konwencją o ochronie dzieci i współpracy w dziedzinie przysposobienia międzynarodowego z dnia 29 maja 1993 r.³⁵; Konwencją o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci z dnia 19 października 1996 r.³⁶

Polska oraz UK są także stronami Konwencji haskiej z dnia 23 listopada 2007 r. o międzynarodowym dochodzeniu alimentów na rzecz dzieci i innych członków rodziny³⁷ [dalej: konwencja haska o dochodzeniu alimentów z 2007 r.], którą formalnie związała się UE ze skutkami dla wszystkich państw członkowskich, korzystając z zewnętrznej wyłącznej kompetencji w tym zakresie.

Zarówno Polska, jak i UK są stronami licznych umów dwustronnych dotyczących międzynarodowej procedury cywilnej oraz skuteczności zagranicznych orzeczeń. W relacjach polsko-brytyjskich nie doszło do zawarcia takiej umowy.

Zasadniczo od momentu członkostwa UK (1.01.1973 r.) oraz Polski (1.05.2004 r.) w UE postanowienia umów międzynarodowych ustąpiły pierwszeństwa rozporządzeniom unijnym w zakresie regulowanym przez te rozporządzenia.

Porównując zakresy zastosowania prawa unijnego ze wskazanymi konwencjami, warto nadmienić, że prawo unijne, w przeciwieństwie do konwencji haskich, obejmuje także jurysdykcję w sprawach małżeńskich (rozwód, separacja, unieważnienie małżeństwa) oraz w sprawach o alimenty. Powoduje to brak jednolitych reguł jurysdykcyjnych w kręgu państw będących stronami tych konwencji. Oznacza to konieczność stosowania krajowych przepisów regulujących jurysdykcję. Tymczasem, jak podkreśla TSUE, odrzucenie krajowych norm jurysdykcyjnych ułatwia

³² W UK weszła w życie dnia 24.08.1975 r., w Polsce 11.06.2001 r. Dz.U. 2001, nr 53, poz. 561.

³³ W UK weszła w życie 1.03.1980 r., w Polsce 31.01.2000 r. Dz.U. 2000, nr 2, poz. 13.

³⁴ W UK weszła w życie 1.08.1986 r., w Polsce 9.10.1995 r. Dz.U. 1995, nr 108, poz. 528.

³⁵ W UK weszła w życie 1.06.2003 r., w Polsce 31.05.2000 r. Dz.U. 2000, nr 39, poz. 448.

³⁶ W UK weszła w życie 1.11.2012 r., w Polsce 1.11.2010 r. Dz.U. 2010, nr 39, poz. 448.

³⁷ Tekst konwencji jako załącznik do decyzji Rady nr 2011/432/UE z dnia 9 czerwca 2011 r. w sprawie zatwierdzenia w imieniu Unii Europejskiej Konwencji haskiej z dnia 23 listopada 2007 r. o międzynarodowym dochodzeniu alimentów na rzecz dzieci i innych członków rodziny. Dz.Urz. UE L nr 192, 2011, s. 39.

również proces uznawania orzeczeń we wszystkich państwach członkowskich, który stanowi kamień węgielny europejskiego systemu współpracy sądowej w sprawach cywilnych³⁸. Istotniejszy jest jednak fakt, że konwencje nie przewidują automatycznego uznawania orzeczeń wydanych przez sąd jednej ze stron w sprawie rozvodu i separacji³⁹ oraz o alimenty⁴⁰.

Nowością w unijnych rozporządzeniach są także jednolite wielojęzyczne formularze wniosków, wyciągów z orzeczenia⁴¹ oraz świadectw orzeczeń w sprawach małżeńskich i odpowiedzialności rodzicielskiej⁴². Unijne rozporządzenia redukują również liczbę wymaganych dokumentów⁴³ oraz usprawniają i przyśpieszają administracyjną współpracę między organami centralnymi, co ma szczególne znaczenie dla alimentów, których dochodzenie za granicą było dotychczas nieskuteczne i długotrwałe.

Obowiązujące konwencje nie gwarantują zatem w takim stopniu, jak prawo unijne swobodnej cyrkulacji zagranicznych orzeczeń ani tak skutecznej współpracy między państwami.

³⁸ Opinia z dnia 4 września 2014 r., C-400/13 i C-408/13, Sanders. ECLI:EU:C:2014:2461.

³⁹ Por. art. 2 Konwencji haskiej o uznawaniu rozwodów i separacji uzależnia ich uznanie od zachowania tzw. jurysdykcji pochodnej. Oznacza to, że sąd wezwany do uznania musi zweryfikować istnienie jednej z podstaw jurysdykcji pochodnej. Uznanie wymaga w takim przypadku przeprowadzenia specjalnego postępowania. Natomiast automatyzm uznania oznacza brak konieczności przeprowadzania postępowania w sprawie uznania, choć nie zawsze stoi na przeszkodzie złożeniu wniosku o uznanie lub nieuznanie orzeczenia (np. art. 21 ust. 1 i 3 Brukseli II bis, art. 24 Konwencji o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci). W niektórych przypadkach automatyzm uznawania rozumiany jest „rygorystycznie”, tj. wyklucza możliwość sprzeciwienia się uznaniu orzeczenia (art. 17 ust. 1 rozporządzenia nr 4/2009).

⁴⁰ Por. art. 20 Konwencji haskiej z 2007 r. o międzynarodowym dochodzeniu alimentów na rzecz dzieci i innych członków rodziny.

⁴¹ Jednolite formularze wniosków o uzyskanie, zmianę, o uznanie lub o uznanie i stwierdzenie wykonalności orzeczenia względnie wykonanie orzeczenia w sprawach alimentów, załączniki I—XI rozporządzenia nr 4/2009.

⁴² Świadectwo dotyczące orzeczeń w sprawach małżeńskich, w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej, do kontaktów z dzieckiem, dotyczące powrotu dziecka, załączniki I—IV Brukseli II bis.

⁴³ Por. art. 37 i 39 Brukseli II bis, brak regulacji w konwencji, co oznacza, że w tym zakresie obowiązują regulacje państwa, do którego organu ma wpłynąć wniosek o uznanie, stwierdzenie wykonalności lub rejestrację w celu wykonania, przy czym każde państwo w odniesieniu do stwierdzenia wykonalności lub zarejestrowania ma obowiązek stosować proste i szybkie postępowanie (art. 26 ust. 2). Zob. art. 20, 28 rozporządzenia nr 4/2009.

2.3. Prawo wewnętrzne

Jeśli chodzi o prawo wewnętrzne na terenie UK, to wyróżniamy trzy systemy prawne: Anglii i Walii, Szkocji oraz Irlandii Północnej. Biorąc pod uwagę normy kolizyjne, zasadniczo Anglia i Walia są traktowane jako jedno państwo, jednak Walia, Szkocja i Irlandia mają swoje własne organy prawodawcze. Między poszczególnymi systemami prawa prywatnego międzynarodowego w UK występują duże różnice, mimo wspólnego parlamentu, wspólnej władzy wykonawczej oraz sądu najwyższego⁴⁴.

Żaden z systemów prawnych UK nie posiada kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego. Regulacje w tym zakresie są rozproszone w zróżnicowanych źródłach, tzn. w prawie krajowym, unijnym oraz w umowach międzynarodowych.

W systemach prawnych UK ustawy dzielą się na ustawy główne oraz drugorzędne⁴⁵, do tego dochodzą jeszcze różne formy delegowanych aktów prawnych. Fundamentalne znaczenie w UK jako źródło prawa ma orzecznictwo, ze względu na rygorystyczną doktrynę precedensu (*stare decises*)⁴⁶. Jednak znaczenie orzecznictwa dla prawa prywatnego międzynarodowego zmniejszyło się znacznie w ostatnim półwieczu, ze względu na członkostwo UK w UE oraz rosnącą liczbę przepisów krajowych. Czołowy ekspert w tej dziedzinie prawa prywatnego międzynarodowego A. Briggs prezentuje stanowisko, że prawo prywatne międzynarodowe w UK nie jest częścią *common law*, które dostosowało się do nowego prawa unijnego, lecz tworzy europejski system prawa prywatnego międzynarodowego, zawierający treść pochodzącą z *common law*⁴⁷.

Podstawowa reguła kolizyjna obowiązująca w systemach prawnych UK to stosowanie *lex fori*, tj. własnego prawa (np. w sprawie rozwodu)⁴⁸. Jak wspomniano wcześniej, prawo obce w systemie *common law* nie jest traktowane jak prawo brytyjskie. Sąd nie musi stosować go z urzędu, jest bowiem traktowane jako fakt, który podlega udowodnieniu, tak jak inne fakty w postępowaniu. Prawo obce jest stosowne wyłącznie na wniosek strony, która wykaże konieczność jego zastosowania w danej sprawie z pominięciem prawa obowiązującego w siedzibie sądu. Orzecznictwo dostarcza jednak przykłady odejścia od zasady stosowania własnego prawa. I tak forma zawarcia małżeństwa podlega *lex loci celebrationis*, z ko-

⁴⁴ A. Dickinson: *United Kingdom...*, s. 2612.

⁴⁵ *Ibidem*; systemy źródeł prawa w UK nie należą do prostych i czytelnych.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 2614.

⁴⁷ A. Briggs: *The conflict of law*. 3 th. Oxford University Press 2013, Preface, s. v—vi.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 7—10; D. McClean: *Morris, The Conflict of Laws*. Eds. D. McClean, V. Ruiz Abou-Nigm. 8 th. London 2012, s. 7—12.

lei możliwość zawarcia małżeństwa reguluje domicyl każdego z przyszyłych małżonków⁴⁹.

W systemie *common law* dla *conflict of law* kluczowe jest pojęcie domicylu, przy czym w UK wyróżnia się dwie kategorie domicylu: domicyl z pochodzenia (*domicile of origin*) oraz domicyl z wyboru (*domicile of choice*)⁵⁰. W dalszym ciągu odgrywa w UK ważną rolę w sprawach rodzinnych. Każdy musi mieć domicyl, przy czym można mieć wyłącznie jeden domicyl. Z chwilą urodzenia osobie zostaje przypisany domicyl z pochodzenia, tj. domicyl rodziców z chwili narodzin dziecka. Może on zostać zmieniony jedynie wskutek wyraźnej woli osoby zainteresowanej, która osiągnęła pełnoletniość. Zmiana domicylu z pochodzenia na domicyl z wyboru w innym państwie wymaga dwóch elementów: pobytu osoby w tym państwie oraz zamiaru pozostania w tym państwie na stałe lub przez czas nieokreślony.

Stalość powiązania osoby z określonym porządkiem prawnym sprawia, że domicyl z pochodzenia jest porównywany do obywatelstwa. Na przykład domicyl z pochodzenia może zostać utracony na rzecz domicylu z wyboru, ale zawsze może on zostać przywrócony, gdy domicyl z wyboru zostaje utracony bez uzyskania nowego⁵¹.

W systemach prawnych UK jurysdykcję sądu wyznacza zasadniczo domicyl pozwanego⁵². W Szkocji, w przeciwieństwie do Anglii, Walii i Irlandii Północnej, jurysdykcja przeciwko pozwanemu, przebywającemu za granicą, nie jest uzależniona od zgody sądu na doręczenie mu za granicą pozwu⁵³. W zakresie jurysdykcji *common law* opiera się przede wszystkim na koncepcji *forum non conveniens*, zgodnie z którą sąd krajowy ma prawo zrezygnować z powierzonej mu przez ustawę jurysdykcji, jeśli uważa, że sąd innego państwa jest bardziej odpowiedni do rozstrzygnięcia sporu.

Z kolei uznawanie i wykonywanie zagranicznych orzeczeń w sprawach pieniężnych na podstawie ogólnych zasad *common law* wymaga wcześniejszej rejestracji w UK⁵⁴. Odrębne reguły obowiązują w zakresie

⁴⁹ Brook v Brook (1861), 9H.L.C. 193. Sekcja 38 (1) Family Law (Scotland) Act 2006.

⁵⁰ Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws. Ed. L. Collins. 14 th. London, Sweet&Maxwell, 2006, s. 122—176; J.J. Fawcett, J.M. Carruthers, P.M. North, Cheshire, North and Fawcett: *Private international law*. 14 th. Oxford [etc.], Oxford University Press, 2008, s. 153—196.

⁵¹ „In fact it (domicile of origin) transcends even nationality in stability and permanence, for though it may be placed in abeyance, it can never be destroyed. To the end of his life a man's domicile of origin retains his capacity for revival”. G.C. Cheshire: *Private International Law*. London 1965, s. 171.

⁵² A. Dickinson: *United Kingdom...*, s. 2617.

⁵³ Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982 (sekcja 20).

⁵⁴ Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933 (c 13(23-24Geo 5)).

uznawania i wykonywania orzeczeń pochodzących z jednego z systemów prawnych UK⁵⁵.

Natomiast w polskim prawie wewnętrznym źródłem norm kolizyjnych jest ustawa Prawo prywatne międzynarodowe z dnia 4 lutego 2011 r.⁵⁶, a źródłem norm dotyczących międzynarodowego postępowania cywilnego — część IV k.p.c.⁵⁷, przy czym reguły jurysdykcji, uznawania i wykonywania zagranicznych orzeczeń są wzorowane na przepisach rozporządzenia nr 44/2001 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych⁵⁸ [dalej: Bruksela I]. W 2008 r. doszło do nowelizacji⁵⁹ k.p.c., na skutek której „udomowiono” przepisy Brukseli I, co oznacza, że do 10 stycznia 2014 r.⁶⁰ w Polsce stosowało się jednakowe reguły w zakresie skuteczności zagranicznych orzeczeń w odniesieniu do wszystkich państw. Także podstawy jurysdykcji sądów polskich w sprawach cywilnych, handlowych, małżeńskich, relacji między rodzicami i dziećmi⁶¹, alimentacyjnych są wzorowane na odpowiednich przepisach Brukseli I i II bis.

Na gruncie polskich norm kolizyjnych stosowanych w obszarach, w których nie doszło do ujednoczenia (za pomocą prawa unijnego lub umów międzynarodowych), decydujące znaczenie ma wciąż łącznik obywatelstwa małżonków (np.: zdolność zawarcia małżeństwa⁶², skutki zawarcia małżeństwa⁶³, rozwiązania małżeństwa⁶⁴) względnie dziecka (m.in. ustalenie i zaprzeczenie pochodzenia dziecka⁶⁵, przysposobienie⁶⁶). Łączniki miejsca zamieszkania oraz zwykłego pobytu mają zasadniczo pomocniczy charakter (m.in. skutki zawarcia małżeństwa⁶⁷, rozwiązanie

⁵⁵ Sekcja 18—19 i art. 6—7 Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982.

⁵⁶ Dz.U. 2015, poz. 1792.

⁵⁷ Ustawa — Kodeks postępowania cywilnego z dnia 17 listopada 1964 r. Dz.U. 2018, poz. 1360.

⁵⁸ Dz.Urz. UE L nr 12, 16.01.2001, s. 1—23.

⁵⁹ Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2008, nr 234, poz. 1571, weszła w życie dnia 1 lipca 2009 r.

⁶⁰ Data rozpoczęcia stosowania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych. Dz.Urz. UE L nr 351, 20.12.2012, s. 1—32, Bruksela I bis, które zastąpiło Brukselę I.

⁶¹ Por. m.in. art. 1103², art. 1103³, art. 1106³k.p.c.

⁶² Artykuł 48 p.p.m. 2011.

⁶³ Artykuł 51 ust. 1 p.p.m. 2011.

⁶⁴ Artykuł 54 ust. 1 p.p.m. 2011.

⁶⁵ Artykuł 55 p.p.m. 2011.

⁶⁶ Artykuł 57 p.p.m. 2011.

⁶⁷ Artykuł 51 ust. 2 p.p.m. 2011.

małżeństwa⁶⁸), przeciwnie do norm k.p.c. określających jurysdykcję krajową, wzorowanych na unijnych rozporządzeniach.

3. Skutki prawne brexitu w zakresie transgranicznych spraw rodzinnych

Brexit może oznaczać poważne zmiany źródeł prawa z uwagi na kres obowiązywania ujednoczonego w UE prawa prywatnego międzynarodowego, którego największą zaletą jest znoszenie wszelkich formalności i barier w zakresie dostępu do szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości. Na przykład orzeczenia sądowe w sprawach rodzinnych wydane w jednym państwie unijnym są automatycznie uznawane w każdym innym państwie unijnym; z kolei ich wykonanie może przebiegać dwutorowo: po wcześniejszym stwierdzeniu wykonalności w odrębnym postępowaniu (np. brytyjskie orzeczenia alimentacyjne w Polsce) albo automatycznie bez potrzeby podejmowania jakichkolwiek działań poprzedzających samo wykonanie (np. polskie orzeczenia alimentacyjne w Wielkiej Brytanii).

Eksperti zajmujący się prawem prywatnym międzynarodowym wskazują jednak, że transgraniczne sprawy rodzinne nie znajdują się wysoko na liście priorytetów politycznych związanych z brexitem⁶⁹. Rodzi to obawy dotyczące pewności i przewidywalności prawa, co jest bardzo niepokojące dla rodzin międzynarodowych. Jednocześnie zwraca się uwagę, że UK po opuszczeniu UE, „otoczone” przez państwa członkowskie UE, nie będzie mogło odizolować się od unijnej polityki PWBS, biorąc pod uwagę globalizację oraz dużą mobilność ludzi, straci jednak jakkolwiek wpływ na treść i zakres tej polityki, jaki daje udział w strukturach UE⁷⁰.

Zjednoczone Królestwo po opuszczeniu struktur unijnych stanie się dla UE krajem trzecim. Brexit oznacza koniec zasady swobodnego przepływu na terenie UK, która sprzyjała i chroniła mobilność w UE pracowników, osób prowadzących działalność na własny rachunek, usługodawców, studentów, emerytów i inne osoby, w tym członków rodziny

⁶⁸ Artykuł 54 ust. 2 p.p.m. 2011.

⁶⁹ *Brexit and Family Law*, October 2017, Family Law Bar Association (FLBA), International Academy of Family Lawyers (IAFL), <https://www.resolution.org.uk> [Dostęp: 17.02.2020 r.], s. 20.

⁷⁰ D. Curtin: *The ties that bind...*, s. 155.

z krajów trzecich, od prawie 50 lat⁷¹. Stworzenie nowego reżimu prawnego po brexicie dla osób przemieszczających się jest zadaniem bardzo złożonym z powodu zawilości istniejącego prawa UE w tej dziedzinie⁷².

3.1. W poszukiwaniu najlepszego rozwiązania

Jedną z pierwszych propozycji rozważanych przez stronę brytyjską było przyjęcie, że prawo unijne obowiązujące bezpośrednio w UK przed datą brexitu stanie się częścią prawa wewnętrznego po dacie brexitu⁷³. W założeniu miało to być rozwiązanie tymczasowe, które pozwoliłoby parlamentom brytyjskim na decydowanie o tym, jaki dorobek prawny każdy z nich chce przyjąć i dostosować za pomocą krajowego prawa wtórnego⁷⁴. W zakresie prawa prywatnego międzynarodowego pomysł ten szybko spotkał się z krytyką. Rozporządzenia unijne dotyczące jurysdykcji oraz skuteczności zagranicznych orzeczeń wymagają bowiem wzajemności oraz zaufania przy ich stosowaniu⁷⁵. Zatem sądy brytyjskie byłyby jednostronnie zobowiązane do uznawania i wykonywania orzeczeń pochodzących z państw unijnych, gdy tymczasem sądy państw członkowskich UE nie miałyby takiego obowiązku w stosunku do orzeczeń brytyjskich⁷⁶. W takiej sytuacji istniałoby znaczne ryzyko prowadzenia równoległych postępowań w UK i innych państwach członkowskich UE, a w konsekwencji wielość wyroków oraz trudności z pogodzeniem ich treści⁷⁷. Zdaniem brytyjskich ekspertów, jest to najgorsze z możliwych rozwiązań, postawiłoby bowiem obywateli brytyjskich w gorszej sytuacji niż sytuacja obywateli Unii, pogłębiłoby stan niepewności prawnej oraz

⁷¹ O możliwych modelach relacji Wielkiej Brytanii z Unią Europejską z perspektywy swobody przepływu osób por. S. Kubas: *Brexit a swoboda przepływu osób z polskiej perspektywy*. W: *Unia Europejska w przededniu Brexitu*. Red. J. Barcik, M. Półtorak. Warszawa 2018, s. 158.

⁷² J. Shaw: *Citizenship and free movement in a changing EU: Navigating an archipelago of contradictions*. In: *Brexit and Beyond...* Eds. B. Martill, U. Staiger, doi: 10.2307/j.ctt20krxf8, <https://www.jstor.org/stable/j.ctt20krxf8>, s. 157.

⁷³ *European Union (Withdrawal) Bill 2017*; services.parliament.uk/bills/2017-19/europeanunionwithdrawal.html. Szerzej na ten temat J. Gumuła-Kędracka: *Brexit a reforma rozporządzenia Bruksela II bis*. W: *Unia Europejska w przededniu Brexitu*. Red. J. Barcik, M. Półtorak..., s. 179.

⁷⁴ J. Fitchen: *The Private International Law Consequences of Brexit*. „Nederlands Internationaal Privaatrecht” 2017, no. 3, s. 418.

⁷⁵ N. Lowe: *Some reflections on the options for dealing with international family law following Brexit*. „Family Law” 2017, vol. 399, s. 405; J. Fitchen: *The Private International Law...*, s. 418—419.

⁷⁶ M. Doyle: *The impact of Brexit...*, s. 17 i powołana tam literatura.

⁷⁷ *Brexit and Family Law...*, s. 6.

doprowadziłyby do niesprawiedliwych rozstrzygnięć⁷⁸. Może to, zwłaszcza na początku, prowadzić do przewlekłości postępowań prowadzonych przed sądami brytyjskimi, a tym samym opóźnień w wydaniu rozstrzygnięcia z powodu niepewności prawnej, a zatem do zwiększenia kosztów postępowania⁷⁹.

Dodatkowo w przypadku zmiany w prawie unijnym po dacie brexitu brak nowelizacji w systemach prawych UK będzie oznaczać stosowanie prawa unijnego w dotychczasowym brzmieniu, tj. obowiązującego w dacie brexitu, a w konsekwencji brak jednolitości w transgranicznych sprawach rodzinnych między UK a państwami unijnymi. Takie zagrożenie dotyczy np. nowego rozporządzenia⁸⁰, które ma zastąpić Brukselę II bis. Nowe rozporządzenie będzie stosowane od 1 sierpnia 2022 r., co oznacza, że uchyli ono rozporządzenie Bruksela II bis dopiero 1 sierpnia 2022 r.⁸¹

W związku z poważnymi wadami koncepcji przeniesienia prawa unijnego do systemów prawnych UK konieczne stało się poszukiwanie innych propozycji rozwiązań, mających zapewnić pozostanie UK częścią jednolitego unijnego prawa prywatnego międzynarodowego w sprawach rodzinnych. Większość przedstawicieli doktryny i praktyki w UK za najlepsze rozwiązanie uważa utrzymanie między UK a UE, po opuszczeniu przez Zjednoczone Królestwo struktur unijnych, pełnej wzajemności w zakresie prawa rodzinnego⁸². Pozwoliłoby to skutecznie utrzymać obecny system i zachować w UK wszystkie jego korzyści, przede wszystkim zharmonizowane w całej UE regulacje dotyczące jurysdykcji do rozpatrywania spraw transgranicznych, uznawania i egzekwowania orzeczeń oraz współpracy transgranicznej⁸³. Jednocześnie zaleca się — podobnie jak w przypadku Danii — pozostawienie dotychczasowej roli orzecznictwu TSUE. Jednak od początku prac mających na celu opuszczenie UE rząd UK wyraźnie wykluczał poddanie się jurysdykcji TSUE w jakimkolwiek zakresie.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Rozporządzenie Rady (UE) 2019/1111 z dnia 25 czerwca 2019 r. w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę. Dz.Urz UE L nr 178, 2.07.2019, s. 1—115, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/TXT/?uri=CELEX:32019R1111> [Dostęp: 26.07.2019 r.] uchyła przepisy dotychczasowej Brukseli II bis (art. 140), stosuje się od 1 sierpnia 2022 r.

⁸¹ Artykuł 104 ust. 2 nowej Brukseli II bis.

⁸² Por. *Resolution „The implications of Brexit for the justice system — written evidence by Resolution to the Justice Select Committee”* (2017), annexed to The Law Society Meeting Paper 18th July 2017 (n 62) point 4; szerzej por. M. Doyle: *The impact of Brexit...*, s. 18 i powołaną tam literaturę; *Brexit and Family Law...*, s. 6.

⁸³ Ibidem.

Kolejnym brany pod uwagę rozwiązaniem, poważnie rozważanym przez brytyjskich polityków na początku 2017 r.⁸⁴, było zawarcie indywidualnie uzgodnionej umowy z UE, która określałaby nowe ramy współpracy w zakresie prawa rodzinnego między Wielką Brytanią a UE. Ekspertki wskazują jednak, że jest to mało realistyczne, ponieważ opracowanie, wynegocjowanie i wprowadzenie alternatywnych rozwiązań jest tak czasochłonne, że nie będzie możliwe do dnia zakończenia okresu przejściowego (do 31 grudnia 2020 r.)⁸⁵.

Jednak niektórzy przedstawiciele doktryny twierdzili, że nie jest konieczne ani „zatrzymanie” prawa unijnego, ani umowa między UK a UE gwarantująca pełne respektowanie przez obie strony zasady wzajemności, ponieważ lukę po prawie unijnym wypełnią konwencje haskie opracowane pod auspicjami HCCH⁸⁶, a w przypadku państw niebędących ich stronami — umowy dwustronne⁸⁷. Rozwiązanie to zakłada, że UK powróci do stosowania już istniejących instrumentów prawnych natychmiast, gdy rozporządzenia UE przestaną obowiązywać⁸⁸, co pozwoli uniknąć „próżni prawnej”⁸⁹. Dzięki „odzyskaniu” po brexicie możliwości samodzielnego zawierania umów międzynarodowych z państwami trzecimi⁹⁰, dotychczas niemożliwej z uwagi na wyłącznie zewnętrzne kompetencje UE w sprawach regulowanych przez wtórne unijne prawo, UK może także zawierać nowe konwencje w celu wypełnienia luki po unijnym p.p.m. Problem w tym, że państwa członkowskie nie mogą zawierać takich umów z państwami trzecimi (czyli z UK po zakończeniu okresu przejściowego).

Koncepcja powrotu do stosowania konwencji haskich („odzycia”) dotyczących spraw rodzinnych opiera się na podobieństwie treści tych konwencji do treści rozporządzeń unijnych. Trzeba jednak pamiętać, że regulacje haskich konwencji oraz opartych na nich unijnych rozporządzeń w transgranicznych sprawach rodzinnych nie są identyczne, ponieważ

⁸⁴ House of Lords European Union Select Committee: *Brexit: justice for families, individuals and businesses?*, 20 March 2017, HL Paper 134, <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/lducom/134/13402.htm>, s. 39/139 [Dostęp: 24.07.2019 r.].

⁸⁵ *Brexit and Family Law...*, s. 7. Por. propozycje zawarte w Białej Księdze w sprawie brexitu: *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union* (HM Government, 2017), pkt 12.2.

⁸⁶ P. Beaumont: *Private international law concerning children in the UK after Brexit: comparing Hague Treaty Law with EU Regulations*, www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIIL%20Working%20Paper%20No%202017_2.pdf [Dostęp: 2.07.2019 r.].

⁸⁷ „Law Society Meeting Paper” 18 July 2017; M. Doyle: *The impact of Brexit...*, s. 36.

⁸⁸ P. Beaumont: *Private international law...*, s. 3.

⁸⁹ W UK określane jako *cliff-edge*.

⁹⁰ J. Fitchen: *The Private International Law...*, s. 19.

prawo unijne wprowadziło zmiany i nowe rozwiązania istotne zwłaszcza z perspektywy dziecka⁹¹, oceniane na ogół jako korzystniejsze dla dziecka⁹². Z tego powodu powrót do konwencji haskich bywa określany jako dobrowolna rezygnacja z „wartości dodanej” prawa UE⁹³. Jednak zmiany wprowadzone przez prawo unijne, które w zamierzeniu miały poprawić sytuację prawną dziecka, opierając się na doświadczeniach związanych ze stosowaniem konwencji haskich, nie zawsze można uznać za korzystniejsze. Można natomiast o nich powiedzieć, że miały na celu poprawę współpracy sądowej w transgranicznych sprawach rodzinnych. Ponadto zakres prawa unijnego jest szerszy niż zakres konwencji haskich (np. Bruksela II bis reguluje także jurysdykcję w sprawach rozwodu, separacji i unieważnienia małżeństwa).

Dostrzega się także pewne obawy, związane z płynnym przejściem do stosowania konwencji haskich⁹⁴, a konkretnie „problemy techniczne związane z przystąpieniem Wielkiej Brytanii do odpowiednich konwencji”⁹⁵. Pojawiły się one w związku z opinią TSUE 1/13⁹⁶, wydaną na tle haskiej Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę⁹⁷. W świetle tej opinii wyrażenie zgody na przystąpienie państwa trzeciego do wspomnianej Konwencji należy do wyłącznej kompetencji UE. Oznacza to, że państwo członkowskie UE nie może samodzielnie złożyć oświadczenia o wyrażeniu zgody na przystąpienie państwa trzeciego do konwencji haskiej z 1980 r., ponieważ musi mieć na to zgodę Komisji Europejskiej. Powodem przyjęcia takiego stanowiska jest fakt, że konwencja haska z 1980 r. nie daje regionalnej organizacji integracji europejskiej, przykładem której jest UE, możliwości złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przystąpienie innego państwa do

⁹¹ M. Doyle: *The impact of Brexit...*, s. 18 i powołana tam literatura.

⁹² Takie różnice i ich wpływ na sytuacje dziecka — pokazujące, że nie zawsze są to zmiany korzystniejsze dla dziecka — na przykładzie Brukseli II bis oraz Konwencji haskiej o cywilnych aspektach uprowadzenia dziecka za granicę 1980 r. oraz Konwencji haskiej o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci z 1996 r., por. J. Gumuła-Kędracka: *Brexit a reforma...*, s. 180—182.

⁹³ M. Doyle: *The impact of Brexit...*, s. 18.

⁹⁴ *Brexit and Family Law...*, s. 17; por. M. Pilich: *Brexit and EU private international law...*, s. 8—13 i powołaną tam literaturę.

⁹⁵ M. Doyle: *The impact of Brexit...*, s. 18.

⁹⁶ Opinia Trybunału 1/13 (wielka izba) z dnia 14 października 2014 r. ECLI: EU:C:2014:2303, krytykowana w doktrynie m.in. za zbyt ingerowanie w suwerenność państw członkowskich, niezgodność z celami traktatów unijnych, zob. P. Beaumont: *A Critical Analysis of the Judicial Activism of the Court of Justice of the European Union in Opinion 1/13*. In: *The External Action of the EU in the Field of Private International Law after Opinion 1/13*. Ed. P. Franzina. Intersentia 2016, s. 55—74.

⁹⁷ Dz.U. 1995, nr 108, poz. 528.

wskazanej konwencji⁹⁸. Oświadczenie takie może wyrazić jedynie państwo jako suwerenny podmiot prawa międzynarodowego publicznego. Dopiero na skutek przystąpienia UE do grona członków HCCH w 2005 r. oraz związanej z tym zmiany statutu HCCH regionalne organizacje integracji europejskiej uzyskały zdolność traktatową, dotychczas zarezerwowaną wyłącznie dla suwerennego państwa⁹⁹. Zatem w odniesieniu do konwencji haskich przyjętych po 2005 r. może do nich przystąpić UE, a także ewentualnie do konwencji przyjętych wcześniej, jeśli dojdzie do zmiany ich postanowień, czego dotychczas nie praktykowano.

W odniesieniu jednak do Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę oraz Konwencji haskiej o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci z 1996 r.¹⁰⁰ obawy wynikające z opinii TSUE 1/13 są bezzasadne, ponieważ UK złożyło stosowne deklaracje przystąpienia do nich jako członek HCCH, a nie jako członek UE¹⁰¹. Brexit zatem w żaden sposób nie wpłynie na obowiązywanie tych konwencji w prawie międzynarodowym nie tylko w odniesieniu do UK, ale także innych państw będących ich stronami, które do nich przystąpiły samodzielnie, a nie jako członkowie UE.

Sytuacja jest jasna w odniesieniu do konwencji z 1980 r., jednak faktem jest, że konwencja z 1996 r. obowiązuje w UK na podstawie European Communities Act 1972. Wprawdzie UK podpisało tę konwencję 1 kwietnia 2003 r., lecz została ona ratyfikowana i weszła w życie dopiero w 2010 r., dokładnie w tych samych datach, w których została ratyfikowana i weszła w życie w UE, a więc powinna być w UK traktowana jako instrument unijny¹⁰². Jako uzasadnienie takiego działania podaje się chęć ratyfikacji konwencji z 1996 r. bez potrzeby wydawania ustawy krajowej, koniecznej do obowiązywania konwencji w brytyjskim systemie prawnym, a dokładnie kilku ustaw krajowych, skoro na system prawny Zjednoczonego Królestwa składa się system prawny Anglii, Walii, Szkocji i Irlandii Północnej. Zatem uchylene po zakończeniu okresu przejściowego European Communities Act 1972, dzięki któremu zaczęto stosować w UK konwencję haską z 1996 r., może oznaczać niepewność co do jej

⁹⁸ P. Beaumont: *Private international law...*, s. 1.

⁹⁹ Artykuł 3 jednolitego zmienionego Statutu Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego, przyjęty w Hadze dnia 30 czerwca 2005 r. (Dz.U. 2013, poz. 1090), w języku angielskim <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text> [Dostęp: 7.07.2019 r.].

¹⁰⁰ Dz.U. 2010, nr 172, poz. 1158.

¹⁰¹ P. Beaumont: *Private international law...*, s. 2.

¹⁰² M. Doyle: *The impact of Brexit...*, s. 32.

statusu prawnego. W tym przypadku konieczne będzie wydanie ustawy będącej podstawą obowiązywania konwencji z 1996 r.¹⁰³

Natomiast porównując treść Brukseli II bis z treścią konwencji haskiej z 1980 r. — w dużym skrócie — można wskazać, że Bruksela II bis przewiduje szybsze procedury w przypadku uprowadzenia dziecka oraz daje ostateczny głos w sprawie sądowi poprzedniego miejsca stałego pobytu dziecka¹⁰⁴. Z kolei konwencja haska z 1996 r., podobnie jak konwencja lugańska z 2007 r., nie przewiduje automatycznego wykonywania orzeczeń dotyczących prawa do kontaktów z dzieckiem i niektórych orzeczeń pociągających za sobą powrót dziecka (art. 40 Brukseli II bis). Podobnie konwencja haska o uznawaniu rozwodów i separacji z 1970 r. nie może stanowić wystarczającej alternatywy¹⁰⁵ dla Brukseli II bis, ponieważ nie zawiera ona przepisów dotyczących jurysdykcji, co oznacza powrót do krajowych przepisów dotyczących jurysdykcji, nie przewiduje także automatycznego uznawania i wykonywania orzeczeń rozwodowych. W praktyce oznacza to wydłużenie postępowań rozwodowych, a co za tym idzie większe koszty sądowe.

Jeszcze inaczej jest w przypadku Konwencji haskiej o międzynarodowym dochodzeniu alimentów z 2007 r., którą UK związało się na podstawie decyzji Rady z 2011 r. w sprawie zatwierdzenia wspomnianej konwencji¹⁰⁶. UK przystąpiło do niej jako członek UE. W związku z brexitem w dniu 28 grudnia 2018 r. UK samodzielnie ratyfikowało tę konwencję, by mogła ona wejść (ponownie) w życie dokładnie następnego dnia po dniu brexitu, pierwotnie 1 kwietnia 2019 r., po pierwszej planowanej dacie brexitu. Na skutek dwukrotnego przekładania ostatecznego terminu opuszczenia UE przez UK wstrzymano procedury ratyfikacji konwencji z 2007 r., najpierw do 13 kwietnia lub 23 maja 2019 r. (pierwsze przesunięcie daty brexitu), później do 1 listopada 2019 r. (drugie przesunięcie daty brexitu)¹⁰⁷. Po brexicie Ministerstwo Spraw Zagranicznych UK wycofało się z ratyfikacji obu konwencji w okresie przejściowym, zapowiadając ponowną ratyfikację po jego zakończeniu¹⁰⁸. Jak widać, oficjalnie kroki podjęte zostały jedynie odnośnie do dwóch wyżej wymienionych konwencji, co wskazuje na częściowe poparcie dla koncepcji stosowania niektórych konwencji haskich po brexicie.

¹⁰³ Ibidem; N. Lowe: *Some reflections...*, s. 405.

¹⁰⁴ *Brexit and Family Law...*, s. 18.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Decyzja Rady z dnia 9 czerwca 2011 r. w sprawie zatwierdzenia w imieniu Unii Europejskiej Konwencji haskiej z dnia 23 listopada 2007 r. o międzynarodowym dochodzeniu alimentów na rzecz dzieci i innych członków rodziny. Dz.Urz. UE L nr 192, 2011, s. 39.

¹⁰⁷ Stosowne komunikaty zamieszczone na stronie <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1255&disp=resdn> [Dostęp: 3.07.2019 r.].

¹⁰⁸ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1255&disp=resdn> [Dostęp: 20.03.2020 r.].

Mimo to pojawiły się wątpliwości, czy w świetle opinii TSUE 1/13 stosowanie Konwencji haskiej o międzynarodowym dochodzeniu alimentów z 2007 r. po brexicie w relacjach z państwami unijnymi nie będzie jednak wymagało zgody Komisji¹⁰⁹. Intensywnie tworzona w ciągu ostatnich kilkunastu lat sieć wzajemnych powiązań między unijnym prawem prywatnym międzynarodowym a systemem konwencji haskich opracowanych przez HCCH utrudnia automatyczny powrót do stosowania konwencji haskich. Multicentryczność systemów prawnych jest więc swoistą pułapką.

W porównaniu z rozporządzeniem nr 4/2009 konwencja haska z 2007 r. nie reguluje jurysdykcji ani automatycznego uznawania i wykonywania orzeczeń. Inaczej także niż rozporządzenie przewiduje możliwość składania zastrzeżeń¹¹⁰. Ich działanie może polegać na wyłączeniu niektórych postanowień konwencji w odniesieniu do państwa je składającego lub odwrotnie — na rozszerzaniu zakresu jej zastosowania. Dzięki możliwości składania zastrzeżeń konwencja z 2007 r. jest elastyczna, co jednak nie sprzyja jednolitości jej stosowania, ponieważ w poszczególnych państwach mogą obowiązywać różne wersje jednej konwencji.

W kontekście różnych rozwiązań po brexicie często zwraca się również uwagę na Konwencję lugańską z 2007 r. o jurysdykcji i uznawaniu oraz wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych [dalej: konwencja lugańska z 2007 r.], którą UK związało się jako członek UE¹¹¹. Konwencja lugańska z 2007 r. rozszerza zakres zastosowania Brukseli I sprzed przekształcenia na państwa EFTA. Pozostanie UK poza reżimem konwencji lugańskiej z 2007 r. oceniano jako „wielki krok wstecz w dostępie do wymiaru sprawiedliwości”¹¹², dlatego też rząd brytyjski zapowiedział przystąpienie do konwencji lugańskiej z 2007 r. po zakończeniu okresu przejściowego¹¹³. Konwencja lugańska z 2007 r. jest typem konwencji półotwartej. Mogą do niej bez żadnych ograniczeń przystąpić państwa EFTA, a każde inne państwo¹¹⁴ — wyłącznie na zaproszenie depozytariusza (po uzyskaniu jednomyślnej zgody wszystkich

¹⁰⁹ Bar Council Brexit Working Group; por. M. Doyle: *The impact of Brexit...*, s. 31.

¹¹⁰ *Brexit and Family Law...*, s. 17.

¹¹¹ UK jest jej stroną od pierwszego dnia zatwierdzenia konwencji przez UE, por. pkt 10 preambuły, decyzja Rady z dnia 27 listopada 2008 r. dotycząca zawarcia Konwencji o jurysdykcji i uznawaniu oraz wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych (2009/430/WE). Dz.Urz. UE L 147, 10.06.2009, s. 1—4.

¹¹² „a huge step back for access to justice”; por. E. Lein: *Litigation post Brexit*, s. 3, https://www.biicl.org/documents/1532_faq_-_litigation_post_brexit.pdf?showdocu ment=1 [Dostęp: 15.07.2019 r.].

¹¹³ Pozwoli to „zastąpić” Brukselę I w relacjach UK — UE i EFTA; J. Fitchen: *The Private International Law...*, s. 432.

¹¹⁴ Dlatego pojawiają się głosy, że aby przystąpić do konwencji lugańskiej z 2007 r., UK będzie musiało przystąpić do EFTA; *Brexit and Family Law...*, s. 17.

umawiających się państw), a wchodzi ona w życie wyłącznie pomiędzy państwem przystępującym oraz tymi umawiającymi się stronami, które nie wniosły żadnego sprzeciwu wobec przystąpienia (art. 70 ust. 1 lit. a i c, art. 72 konwencji z 2007 r.). Aktualnie UK otrzymało deklaracje poparcia od Norwegii, Islandii i Szwajcarii, wymagana jest jeszcze zgoda UE¹¹⁵. Zatem sprawa ratyfikacji konwencji lugańskiej wydaje się pewna.

Jeśli chodzi o sprawy rodzinne, konwencja lugańska z 2007 r. dotyczy jedynie spraw alimentacyjnych, a wyraźnie wyłącza spod zakresu zastosowania sprawy stanu cywilnego (art. 1 ust. 2 lit. a). Jest więc remedium na brak regulacji jurysdykcji oraz automatycznego uznawania orzeczeń w sprawach alimentacyjnych w konwencji haskiej o dochodzeniu alimentów z 2007 r., ale nie zrekompensuje utraty Brukseli II bis¹¹⁶. Biorąc pod uwagę skuteczność zagranicznych orzeczeń, nie jest również tak nowoczesna, jak Bruksela II bis oraz rozporządzenie 4/2009, które przewidują automatyczne wykonywanie orzeczeń, bez potrzeby stwierdzania wykonalności w przypadku niektórych orzeczeń¹¹⁷.

Wprawdzie kraje EFTA nie podlegają jurysdykcji TSUE, zgodnie jednak z art. 1 protokołu 2 konwencji lugańskiej dotyczącego jednolitej wykładni konwencji, sądy ją stosujące i dokonujące jej wykładni zobowiązane są uwzględnić zasady wynikające z orzeczeń dotyczących jej postanowień, wydanych przez sądy każdego państwa będącego jej stroną oraz wydanych przez TSUE. Zatem dalsze obowiązywanie konwencji lugańskiej z 2007 r. w Wielkiej Brytanii oznacza konieczność stosowania orzecznictwa TSUE.

Z kolei w kierunku wykorzystania modelu współpracy między UE a Danią idą propozycje zawarcia przez UK z UE umowy podobnej do tej, jaką zawarła Dania¹¹⁸ w sprawie stosowania rozporządzenia Bruksela I¹¹⁹, uchylonego i zastąpionego rozporządzeniem Bruksela I bis¹²⁰.

¹¹⁵ <https://www.gov.uk/government/news/support-for-the-uks-intent-to-accede-to-the-lugano-convention-2007> [Dostęp: 20.02.2020 r.].

¹¹⁶ J. Gumuła-Kędracka: *Brexit a reforma...*, s. 184.

¹¹⁷ Zob.: art. 41–42 Brukseli II bis (orzeczenia dotyczące prawa do kontaktów z dzieckiem i powrotu dziecka), art. 17 ust. 2 rozporządzenia nr 4/2009, art. 38 konwencji lugańskiej z 2007 r.; por. *Brexit and Family Law...*, s. 17.

¹¹⁸ Umowa pomiędzy Unią Europejską a Królestwem Danii w sprawie właściwości sądów oraz uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych. Dz.Urz. UE L nr 299, 16.11.2005, s. 62; decyzja Rady 2006/325/WE z dnia 27 kwietnia 2006 r. dotycząca zawarcia umowy pomiędzy Wspólnotą Europejską a Królestwem Danii w sprawie właściwości sądów oraz uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych. Dz.Urz. UE L nr 120, 5.05.2006, s. 22.

¹¹⁹ Rozporządzenie 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. UE L nr 12, 16.01.2001, s. 1 [dalej: Bruksela I].

¹²⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wyko-

Dodatkowo zakres takiej umowy proponuje się rozszerzyć o sprawy regulowane przez Brukselę II bis oraz rozporządzenie nr 4/2009¹²¹. Taka umowa mogłaby wypełnić lukę po utracie rozporządzeń Bruksela I bis, Bruksela II bis, rozporządzenia nr 4/2009 oraz konwencji lugańskiej z 2007 r. w relacjach z państwami EFTA. Analogicznie do konwencji lugańskiej z 2007 r., taka umowa oznaczałaby dla UK akceptowanie orzecznictwa TSUE, gdyż zdaniem przedstawicieli nauki i praktyki, dzisiaj jedynie jednolita wykładnia TSUE pozwala zapewnić rozstrzygnięciom międzynarodową harmonię¹²². Propozycja ta nie spotkała się jednak z oficjalnym poparciem.

Inną propozycją jest „partnerstwo kontynentalne” między UE a UK w dziedzinie prawa prywatnego międzynarodowego¹²³. Jest ona oparta na istniejącym modelu współpracy UK — UE w zakresie prawa prywatnego międzynarodowego. Z założenia każda ze stron partnerstwa (UE jako całość i UK) może przedstawić wnioski ustawodawcze. Dzięki temu UK oraz państwa UE mogłyby pracować nad poprawą i rozwojem nowych unijnych instrumentów prawa prywatnego międzynarodowego¹²⁴. Podstawowa zaleta partnerstwa to możliwości łatwego przekształcenia rozporządzeń w umowy międzynarodowe, które mają zostać przyjęte w relacjach UE — UK i odwrotnie. Ponadto partnerstwo kontynentalne nie powinno być postrzegane jako konkurencja dla HCCH.

Jednak — realistycznie rzecz ujmując — obecna europejska polityka legislacyjna nie jest spójna nawet w odniesieniu do krajów UE, którym nie przyznano specjalnego statusu porównywalnego z Wielką Brytanią, Irlandią lub Danią. Nie wróży to dobrze współpracy sądowej w sprawach cywilnych¹²⁵. Wydaje się, że UE nie zdoła poprawić niedoskonałości wynikającej z nadmiaru regulacji prawnych¹²⁶.

nywania w sprawach cywilnych i handlowych. Dz.Urz. UE L 351, 20.12.2012, s. 1—32, stosuje się od 10 stycznia 2014 r.; pismem z dnia 20 grudnia 2012 r. Dania powiadomiła Komisję o swojej decyzji w sprawie wdrożenia treści rozporządzenia (UE) nr 1215/2012. Dz.Urz. UE L nr 149, 12.06.2009, s. 80.

¹²¹ E. Lein: *Litigation...*, s. 3.

¹²² *Ibidem*, s. 4.

¹²³ M. Pillich: *Brexit and EU...*, s. 16—17 i powołana tam literatura.

¹²⁴ J. Pisani-Ferry et al.: *Europe after Brexit: A proposal for a continental partnership*. Bruegel 2016.

¹²⁵ „Centralization of European private international law in less than two decades after the Treaty of Amsterdam has been dramatic”. R.A. Brand: *Implementing the 2005 Hague Convention: The EU Magnet and the US Centrifuge*. „Legal Studies Research Paper Series: Working Paper” no. 2013—20 (2013), <http://ssrn.com/abstract/42288708>.

¹²⁶ Por. wezwanie do większej spójności między różnymi rozporządzeniami UE dotyczącymi prawa prywatnego międzynarodowego jest oceniane jako nierealistyczne w czasie kryzysu politycznego w UE; por. R. Wagner: *Do We Need a Rome 0 Regulation?* „Netherlands International Law Review” 2014/61, s. 225.

3.2. Brak jednolitej interpretacji

Jedną z zalet prawa UE jest to, że jest ono stosowane jednolicie w całej Unii, dzięki wykładni dokonywanej przez TSUE. Niezależnie od przyjętego rozwiązania w rodzinnych sprawach transgranicznych brexit niesie ryzyko braku tej jednolitości. System konwencji haskich z powodu braku organu sądowego podobnego do TSUE nie może zapewnić jednolitej interpretacji na takim poziomie, jak prawo unijne. Wprowadzając konwencje haskie, sądy krajowe mogą uwzględniać orzeczenia sądów innych umawiających się stron, lecz takie orzeczenia zagraniczne nie są wiążące. Przykładem podejmowania starań w kierunku jednolitej wykładni są tworzone przez HCCH internetowe bazy wyroków wydawanych w umawiających się państwach¹²⁷. Dotyczy to szczególnie konwencji haskiej z 1980 r. o cywilnych aspektach uprowadzenia dziecka za granicę¹²⁸.

Mimo to brak jednolitej interpretacji jest widoczny w wielu obszarach konwencji haskich, np. w odniesieniu do kluczowych pojęć, jak miejsce zwykłego pobytu¹²⁹. Czasami interpretacja postanowień konwencji haskiej różniła się nawet między sądami w jednym umawiającym się państwie, np. w zakresie miejsca zwykłego pobytu w USA.

W dłuższej perspektywie „zatrzymanie” prawa unijnego w UK po brexicie niesie więc z sobą ryzyko różnorodnej interpretacji prawa. Interpretacje tych przepisów, identyczne z interpretacjami przepisów prawa unijnego w pozostałych 27 państwach członkowskich, przez TSUE nie będą wiążące dla sądów brytyjskich¹³⁰. Dlatego też system ochrony dzieci i rodziny oparty na konwencjach haskich uznaje się za mniej przewidywalny od systemu obowiązującego w UE¹³¹. Ponadto brak jednolitej interpretacji może także wystąpić pomiędzy różnymi systemami prawnymi UK. I tak w Szkocji nie obowiązuje Konwencja o prawach dziecka¹³², co oczywiście nie musi oznaczać niższego standardu ochrony dziecka.

Choć wyjście z UE nie stanowi automatycznego i całkowitego odcięcia się od orzecznictwa TSUE, tym bardziej przy „zatrzymaniu” prawa unij-

¹²⁷ Por. INCADAT, www.incadat.com, 5.07.2019 r.

¹²⁸ Dz.U. 1995, nr 108, poz. 528.

¹²⁹ M. Doyle: *The impact of Brexit...*, s. 33.

¹³⁰ Por. komentarze: D. Williams, R. Bailey Harris: *Select Committee on the European Union Justice Sub-Committee Corrected oral evidence: Brexit: civil justice cooperation and the CJEU*, s. 7–8, <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/eu-justice-subcommittee/brexit-civil-justice-cooperation/oral/44261.pdf> [Dostęp: 5.07.2019 r.].

¹³¹ M. Doyle: *The impact of Brexit...*, s. 33.

¹³² Przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r.

nego, rząd brytyjski bardzo długo opowiadał się za całkowitym odejściem od orzecznictwa TSUE¹³³. Powodem była obawa przed zbyt dużym wpływem orzecznictwa TSUE na merytoryczne prawo brytyjskie po brexicie. Dlatego odrzucano także propozycje przypisania orzecznictwu TSUE niewiążącego doradczego charakteru w praktyce sądów brytyjskich¹³⁴. Tymczasem eksperci podkreślają, że należy dokonać rozróżnienia między obszarami prawa, w których TSUE zajmuje się prawem merytorycznym (jak w prawie konsumenckim lub w prawie pracy), a tymi obszarami prawa, w których zajmuje się kwestiami proceduralnymi (jak w przypadku prawa rodzinnego)¹³⁵. Unijne regulacje w zakresie transgranicznych spraw rodzinnych nie są regulacjami merytorycznymi. UE nie ma kompetencji w zakresie merytorycznego prawa rodzinnego. Moim zdaniem, nie można jednak całkowicie wykluczyć wpływu orzeczeń TSUE na merytoryczne prawo rodzinne obowiązujące w jednym z systemów prawnych UK. Wprawdzie rola TSUE w zakresie transgranicznego prawa rodzinnego jest inna niż w prawie konsumenckim, jednak należy mieć na względzie, że zjawisko materializacji prawa prywatnego międzynarodowego dotyczy szczególnie spraw rodzinnych, także w wymiarze procesowym, czego przykładem jest uwzględnienie najlepszego interesu dziecka na płaszczyźnie jurysdykcji¹³⁶, uznawania i wykonywania orzeczeń¹³⁷ w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz bezprawnego uprowadzenia dziecka, a także obowiązek wysłuchania dziecka¹³⁸. W praktyce możemy także obserwować negatywne zjawisko wykorzystywania unijnych rozporządzeń dotyczących prawa prywatnego międzynarodowego do wprowadzania „tylnymi drzwiami” jednolitych rozwiązań materialnych¹³⁹.

¹³³ *UK White Paper, The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*, 2.3, 2.8, A.20, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/589191/The_United_Kingdoms_exit_from_and_partnership_with_the_EU_Web.pdf [Dostęp: 24.07.2019 r.].

¹³⁴ Por. komentarz D. Williams, R. Bailey-Harris: *Select Committee...*, s. 8.

¹³⁵ *Brexit and Family Law...*, s. 13.

¹³⁶ Pkt. 12—13 preambuły, art. 12 Brukseli II bis.

¹³⁷ Artykuł 23 lit. a jako element klauzuli porządku publicznego, stanowiącej podstawę odmowy uznania orzeczenia.

¹³⁸ Artykuł 23 lit. b jako podstawa nieuznania orzeczeń odnoszących się do odpowiedzialności rodzicielskiej, art. 41 ust. 2, art. 42 ust. 2 (wydanie świadectwa orzeczenia wydanego przez sąd pochodzenia jako warunek automatycznego wykonania w zakresie prawa do kontaktów z dzieckiem) Brukseli II bis. Punkt 19 preambuły do Brukseli II bis zwraca jednak uwagę, że wysłuchanie dziecka odgrywa ważną rolę w stosowaniu rozporządzenia, nie ma jednak na celu modyfikacji procedur krajowych stosowanych w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej.

¹³⁹ P. Mostowik, K. Sondel-Maciejewska: *Materialnoprawne rezultaty unijnej współpracy sądowej w sprawach rodzinnych*. W: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*. Red. J. Poczobut. Warszawa 2013, s. 173—176, 181.

Ostatecznie na zasadzie wyjątku dopuszczono możliwość uwzględnienia przez brytyjskie sądy orzecznictwa TSUE wydanego po zakończeniu okresu przejściowego w zakresie ważności, treści oraz skutków wszelkich „zatrzymanych” w systemach brytyjskich przepisów pochodzenia unijnego, pod warunkiem jednak, że jest to konieczne do rozpatrzenia danej sprawy (sekcja 6(2—6) European Union (Withdrawal) Act 2018).

3.3. Rozwiązanie przyjęte w European Union (Withdrawal) Act 2018 oraz European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020

European Union (Withdrawal) Act 2018 [dalej: EUWA 2018]¹⁴⁰ to ustawa, która miała uchylić z dniem brexitu European Communities Act 1972 [dalej: ECA 1972] oraz — co ważniejsze — ustanowić wymóg zgody parlamentu na zawarcie umowy o wystąpieniu (sekcja 13)¹⁴¹. Weszła ona w życie 31 stycznia 2020 r. Istotnych zmian w EUWA 2018 dokonano na podstawie ustawy parlamentu¹⁴² — European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020 [dalej: EUWA 2020]¹⁴³, wdrażającej do prawa krajowego po brexicie postanowienia umowy o wystąpieniu (Withdrawal Agreement)¹⁴⁴ [dalej: umowa o wystąpieniu]. Były one konieczne z uwagi na luki i błędy dostrzeżone w EUWA 2018 w czasie przedłużającego się okresu opuszczania UE przez UK.

Jedną z pierwszych zmian wprowadzonych do EUWA 2018 (sekcja 1A) przez EUWA 2020 jest utrzymanie mocy obowiązującej ECA 1972 w okresie przejściowym (od 1 lutego 2020 r. do 31 grudnia 2020 r.), zwanym „the implementation period”¹⁴⁵. Było to konieczne z uwagi na postanowienia części czwartej *Transition* umowy o wystąpieniu. Początkiem okresu przejściowego jest konkretna data, tj. dzień następujący po dacie brexitu, czyli 1 lutego 2020 r., natomiast ostatni dzień tego okresu nazwany „IP [implementation period — A.J.] completion day” został

¹⁴⁰ UK Public General Acts 2018 c. 16, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/contents/enacted> [Dostęp: 23.07.2019 r.].

¹⁴¹ Akt otrzymał zgodę królewską 26 czerwca 2018 r.

¹⁴² Akt otrzymał zgodę królewską 23 stycznia 2020 r.

¹⁴³ UK Public General Acts 2020 c. 1, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/1/contents/enacted> [Dostęp: 23.07.2019 r.].

¹⁴⁴ Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community. Dz.Urz. UE L nr 29, s. 7.

¹⁴⁵ Sekcja 1A (6) „the implementation period” means the transition or implementation period provided for by Part 4 of the withdrawal agreement and beginning with exit day and ending on IP completion day.

wprawdzie zdefiniowany prawnie na dzień 31 grudnia 2020 r., jednak może on ulec zmianie w następstwie przedłużenia okresu przejściowego¹⁴⁶. Ponadto pozbawienie mocy ECA 1972 oznaczałoby *de facto* brak podstawy prawnej obowiązywania w UK prawa unijnego w okresie przejściowym. Nie może nią być umowa o wystąpieniu regulująca relacje UK — UE po brexicie.

Ogólnie rzecz biorąc, EUWA 2018 (sekcja 2 Saving for EU-derived domestic legislation), aby zapewnić ciągłość prawną, gwarantuje „zatrzymanie” po brexicie ustawodawstwa krajowego wydanego na podstawie prawa unijnego. W rozumieniu sekcji 2(2) chodzi o akty wydane na podstawie sekcji 2(2) European Communities Act 1972, a także akty mające na celu ich wykonanie. Są to przede wszystkim przepisy niestanowione przez parlamenty brytyjskie, które mają na celu wykonywanie obowiązków lub korzystanie z praw przysługujących UK na mocy traktatów unijnych. Kompetencje do wydawania takich aktów należą do królowej lub — w praktyce częściej — do ministrów. EWUA 2020 zasadę „zatrzymania” rozszerza na okres przejściowy (sekcja 1B EUWA 2018). Jednak z perspektywy unijnego p.p.m. o wiele większe znaczenie mają postanowienia sekcji 3 EUWA 2018 Incorporation of direct EU legislation (włączenie bezpośrednio stosowanego prawa unijnego), w świetle której prawo unijne obowiązujące bezpośrednio przed brexitem stanie się częścią prawa krajowego w dniu brexitu oraz po nim¹⁴⁷ (sekcja 3(1)). W rozumieniu tego przepisu „direct EU legislation” (por. sekcja 20(1) „Interpretation”) to m.in. wszelkie unijne rozporządzenia. Zakresy sekcji 2 i 3 są zatem wyraźnie rozgraniczone, dotyczą bowiem innego rodzaju aktów prawnych unijnego pochodzenia. Sekcja 5(4) wyłącza wyraźnie spod zakresów zastosowania sekcji 2 i 3 postanowienia Karty praw podstawowych¹⁴⁸. Postanowienia sekcji 3, jako jedne z nielicznych, będą stosowane po upływie okresu przejściowego; obowiązywanie w okresie przejściowym unijnego prawa, do którego odnosi się sekcja 3, wynika z umowy o wystąpieniu.

Sekcja 5 EUWA 2018 („Exceptions to savings and incorporation”) odnosi się do zasady pierwszeństwa stosowania prawa unijnego w obliczu „zatrzymania” oraz „włączenia” prawa pochodzącego od UE do brytyjskich systemów prawnych. Wprawdzie zgodnie z sekcją 5(1), zasada nadrzędności prawa UE nie ma zastosowania do aktu prawnego przyjętego lub wydanego po brexicie, lecz wiąże w dalszym ciągu po tej dacie w zakresie interpretacji, zaniechania lub uchylenia każdej normy prawnej przyjętej przed dniem brexitu.

¹⁴⁶ Artykuł 132 umowy o wystąpieniu w zw. z sekcją 37(2) EUWA 2020.

¹⁴⁷ „Direct EU legislation, so far as operative immediately before exit day, forms part of domestic law on and after exit day”.

¹⁴⁸ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej. OJ C 326, 26.10.2012, s. 391—407.

Z kolei zgodnie z sekcją 6(1) EUWA 2018, dotyczącą interpretacji „zatrzymanego” prawa unijnego, sądy brytyjskie nie są związane żadnymi ustalonymi zasadami ani żadnymi decyzjami podjętymi po zakończeniu okresu przejściowego przez TSUE, nie mogą także skierować żadnej sprawy do TSUE dnia następnego po zakończeniu okresu przejściowego. Jednakże mogą one uwzględnić orzecznictwo TSUE wydane po zakończeniu okresu przejściowego, jeśli jest to istotne dla rozpatrzenia danej sprawy. Ponadto w świetle postanowień sekcji 6(7) częścią krajowego prawa brytyjskiego stanie się także orzecznictwo TSUE w zakresie, w jakim dotyczy prawa, o którym mowa w sekcji 2—4 EUWA 2018. Zatem UK zachowa prawo precedensowe TSUE jako część prawa wewnętrznego, natomiast nie będzie wiążące dla sądów brytyjskich orzecznictwo TSUE wydane po zakończeniu okresu przejściowego. Przepisy pozwalają także sądom brytyjskim (sekcja 6(5) EUWA 2018) na odstąpienie od orzecznictwa TSUE po zastosowaniu tego samego testu, który zastosowałyby przy podejmowaniu decyzji o odejściu od własnego orzecznictwa. Gwarancją zachowania *status quo* w odniesieniu do określonego w sekcjach 2—4 prawa pochodzenia unijnego jest sekcja 7 EUWA 2018, określająca także — co jest oryginalne dla prawnika kontynentalnego — rangę aktu prawnego, którym można dokonać zmian we wskazanym prawie.

Kolejną ważną zmianą wprowadzoną przez EUWA 2020 jest zwiększenie kontroli parlamentu nad procesem wdrażania postanowień EUWA 2018 przez przyjęcie wymogu uchwalania w tym celu ustaw, a tym samym ograniczenie wynikających z sekcji 8 EUWA 2018 uprawnień rządu do wydawania aktów wykonawczych na podstawie tzw. *Henry VIII powers*¹⁴⁹. I tak wejście w życie sekcji 3 „Incorporation of direct EU legislation” oraz sekcji 7 „Status of retained EU law” EUWA 2018 przed jego zmianą było uzależnione od wydania przepisów wykonawczych przez rząd brytyjski (sekcja 25 (4)).

Przyjęty model „zatrzymania” prawa unijnego po upływie okresu przejściowego w zakresie p.p.m. bez gwarancji wzajemności to w ocenie ekspertów najgorsze z możliwych rozwiązań. Rząd brytyjski, przenosząc regulacje unijne do prawa brytyjskiego bez zagwarantowania wzajemno-

¹⁴⁹ Rodzaj aktów delegowanych, które umożliwiają ministrom zmianę lub uchylenie ustawodawstwa pierwotnego bez konieczności tworzenia nowego aktu parlamentu, zatem bez kontroli parlamentu. Rząd brytyjski opowiadał się za jego szerokim wykorzystaniem w procesie prac nad skutkami prawnymi brexitu. Oznacza to w praktyce zwiększenie uprawnień rządu kosztem parlamentu (może jedynie przyjąć lub odrzucić akt delegowany przyjęty przez rząd, bez możliwości wprowadzania w nim zmian). Szerokie wykorzystanie *Henry VIII powers* w pracach nad skutkami prawnymi brexitu było z tego powodu mocno krytykowane.

ści¹⁵⁰, musi mieć na względzie, że bez porozumienia z państwami członkowskimi UE nie byłoby wiadomo, jak inne państwa członkowskie UE potraktowałyby orzeczenia brytyjskie. Teoretycznie, w braku umowy wielostronnej lub dwustronnej między UK a danym państwem unijnym, należało stosować przepisy krajowe obowiązujące w poszczególnych państwach unijnych, które zazwyczaj są mniej korzystne niż dotychczasowe regulacje unijne. Eksperti brytyjscy z tego powodu obawiają się jednak opóźnień i dodatkowych kosztów dla brytyjskiego sądownictwa oraz stron postępowań z elementem obcym. Faktem jest, że osoby fizyczne tracą możliwość łatwego egzekwowania orzeczeń brytyjskich w innych państwach członkowskich UE, co ma szczególnie niekorzystny wpływ na rodziny międzynarodowe¹⁵¹. Nie do końca można podzielić ten argument w przypadku sądów polskich, biorąc pod uwagę, że w Polsce doszło do „udomowienia” części unijnych regulacji dotyczących jurysdykcji, uznawania i wykonywania zawartych w rozporządzeniu Bruksela I na podstawie nowelizacji przepisów k.p.c. z 2008 r.¹⁵² Jednak k.p.c. nie znosi *exequatur* w przypadku niektórych orzeczeń dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, jak ma to miejsce w Brukseli II bis.

3.4. Postanowienia umowy o wystąpieniu w zakresie transgranicznych spraw rodzinnych

Podstawą umowy o wystąpieniu UK z UE jest art. 50 ust. 2 TUE¹⁵³. Umowa między państwem występującym a UE ma określić warunki wystąpienia, z uwzględnieniem ram przyszłych stosunków państwa występującego z Unii. Do przyjęcia umowy o wystąpieniu (Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community [dalej: umowa o wystąpieniu]) doszło ostatecznie 24 stycznia 2020 r.¹⁵⁴, po długim kryzysie politycznym zakończonym przedtermin-

¹⁵⁰ Por. N. Lowe: „It will not be good enough to adopt the strategy of enacting these [EU family law] instruments domestically since their efficacy depends on reciprocity and orders that are not enforceable are not worth the paper they are written on”.

¹⁵¹ *Brexit and Family Law...*, s. 20.

¹⁵² Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2008, nr 234, poz. 1571, weszła w życie dnia 1 lipca 2009 r.

¹⁵³ Traktat o Unii Europejskiej z dnia 7 lutego 1992 r. Dz.U. 2004, nr 90, poz. 864 [30].

¹⁵⁴ Umowa o wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej z Unii Europejskiej i Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej. Dz.Urz. UE L nr 29, s. 7.

nowymi wyborami do Izby Gmin, w których większość uzyskała partia konserwatywna.

W świetle art. 4 ust. 1 zd. 2 umowa o wystąpieniu korzysta z zasady bezpośredniej skuteczności, tym samym osoby prawne lub fizyczne mogą powoływać się bezpośrednio na zawarte lub przywołane w niej postanowienia, które spełniają warunki bezpośredniej skuteczności na mocy prawa Unii. Przy wdrażaniu i stosowaniu postanowień umowy o wystąpieniu odnoszących się do prawa Unii lub do jego pojęć, lub przepisów stosuje się wykładnię zgodną z odpowiednim orzecznictwem TSUE wydanym przed zakończeniem okresu przejściowego. Odstąpiono także od definitywnego zerwania ze stosowaniem orzecznictwa TSUE po zakończeniu okresu przejściowego, ponieważ w zakresie wykładni umowy organy sądowe i administracyjne UK mają obowiązek należycie uwzględnić odpowiednie orzecznictwo TSUE wydane po zakończeniu okresu przejściowego (art. 4 ust. 4).

Głównym założeniem umowy o wystąpieniu w zakresie prawa unijnego jest przyjęcie jego obowiązywania w UK w okresie przejściowym na dotychczasowych zasadach. W świetle art. 127 ust. 1 w zw. z ust. 3 w okresie przejściowym prawo Unii wywołuje takie same skutki prawne w UK i w odniesieniu do UK, jakie wywołuje w UE i w jej państwach członkowskich, oraz jest stosowane zgodnie z tymi samymi metodami i ogólnymi zasadami, jak mające zastosowanie w UE. Z perspektywy pozostałych państw członkowskich UE gwarantuje to ust. 6 art. 127, wskazujący, że w okresie przejściowym wszelkie odniesienia do państw członkowskich w prawie Unii, w tym wdrażanym i stosowanym przez państwa członkowskie, obejmują także UK. Konsekwentnie, wszelkie zmiany prawa unijnego dokonane w okresie przejściowym są prawnie wiążące także w Wielkiej Brytanii po dacie brexitu, a przed upływem okresu przejściowego.

Dla prawa prywatnego międzynarodowego oznacza to pełne respektowanie zasady wzajemności. Zgodnie z art. 126 umowy o wystąpieniu, okres przejściowy rozpoczął się z dniem jej wejścia w życie (tj. 1 lutego 2020 r.) i skończy się 31 grudnia 2020 r., przy czym art. 132 ust. 1 pozwala na jego przedłużenie o maksymalnie rok lub 2 lata¹⁵⁵. To rodzi wątpliwości interpretacyjne, czy chodzi dokładnie o rok względnie 2 lata, czy też może to być okres krótszy niż rok lub 2 lata. Z jednej strony intencją prawodawcy powinno być precyzyjne określenie wyjątkowej możliwości przedłużenia okresu przejściowego, co mogłoby przemawiać za przyjęciem interpretacji w kierunku „sztywnego” określenia okresu roku lub 2 lat, z drugiej strony zaś — wnioskując *a maiore ad minus* — przyjąć można okres krótszy niż rok, ale nie dłuższy niż 2 lata.

¹⁵⁵ Ang. „extending the transition period for up to 1 or 2 years”.

Na podstawie tytułu VI *Trwająca współpraca sądowa w sprawach cywilnych i handlowych części trzeciej Postanowienia dotyczące wystąpienia* w zakresie prawa właściwego przepisy unijne są stosowane w UK do umów zawartych przed zakończeniem okresu przejściowego oraz do zdarzeń powodujących szkodę, które będą miały miejsce przed zakończeniem okresu przejściowego (art. 66)¹⁵⁶. Z kolei przepisy dotyczące jurysdykcji są stosowane w UK oraz w państwach członkowskich w sytuacjach obejmujących UK w odniesieniu do postępowań sądowych wszczętych przed zakończeniem okresu przejściowego lub spraw pozostających w związku z takim postępowaniem sądowym (art. 67 ust. 1)¹⁵⁷. W przypadku uznawania i wykonywania wyroków, orzeczeń, dokumentów urzędowych, ugód sądowych oraz współpracy w tym zakresie między organami centralnymi przepisy unijne są stosowane w UK do uznawania i wykonywania wyroków wydanych w postępowaniach sądowych wszczętych przed zakończeniem okresu przejściowego oraz w odniesieniu do dokumentów urzędowych, oficjalnie sporządzonych lub zarejestrowanych, do ugód sądowych zatwierdzonych lub zawartych przed zakończeniem okresu przejściowego oraz do pozwów, wniosków, które wpłynęły do organów centralnych lub innych właściwych organów przed zakończeniem okresu przejściowego np. w sprawie o alimenty lub odpowiedzialności rodzicielskiej (art. 67 ust. 2—3)¹⁵⁸. Analogiczna zasada dotyczy postępowań w toku w ramach współpracy wymiarów sprawiedliwości, a dokładnie w zakresie doręczania dokumentów sądowych i pozasądowych oraz przeprowadzania dowodów za granicą, które wpłynęły przed zakończeniem okresu przejściowego do właściwych podmiotów (art. 68 umowy o wystąpieniu).

Przepisy przejściowe przewidują także utrzymanie w całości mocy wiążącej w UK wyroków i postanowień TSUE wydanych przed zakończeniem okresu przejściowego oraz w ramach wszelkich postępowań wszczętych¹⁵⁹ przed TSUE przez UK lub przeciwko UK przed zakończeniem okresu przejściowego w odniesieniu do wszystkich etapów po-

¹⁵⁶ Chodzi o rozporządzenie nr 593/2008 oraz rozporządzenie nr 864/2007.

¹⁵⁷ Chodzi o rozporządzenia numer: 1215/2012, 2017/1001, 6/2002, 2100/94, 2016/679, 2201/2003, 4/2009, oraz o dyrektywę 96/71/WE [dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług. Dz.Urz. L nr 18, 21.01.1997, s. 1].

¹⁵⁸ Chodzi o rozporządzenia numer: 2201/2003, 4/2009, 2015/848, 1896/2006, 861/2007, 606/2013.

¹⁵⁹ Por. art. 86 ust. 3 umowy o wystąpieniu: „postępowania zostały wszczęte przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zostały złożone w dniu wpisania do rejestru dokumentu wszczynającego postępowanie przez Sekretariat Trybunału Sprawiedliwości lub Sądu, odpowiednio do przypadku”.

stępowania, w tym postępowań odwoławczych przed Trybunałem i postępowań przed Sądem, jeżeli sprawa została skierowana do ponownego rozpoznania przez Sąd (art. 89 w zw. z art. 86 ust. 1). TSUE jest także właściwy do wydawania orzeczeń w trybie prejudycjalnym na wnioski sądów Zjednoczonego Królestwa złożone przed zakończeniem okresu przejściowego (art. 86 ust. 2). Z tej perspektywy za miarodajny uznaje się dzień wpisania do rejestru dokumentu wszczynającego postępowanie przez Sekretariat Trybunału lub Sądu (ust. 3 art. 86). Ponadto na podstawie art. 87 umowy o wystąpieniu możliwe jest wszczęcie nowej sprawy przed TSUE w ciągu 4 lat po zakończeniu okresu przejściowego, jeżeli Komisja Europejska stwierdziłaby brak wypełnienia przez UK obowiązku wynikającego z Traktatów lub części IV umowy dotyczącej okresu przejściowego.

Zatem data 31 grudnia 2020 r. nie oznacza automatycznego kresu obowiązywania w UK prawa unijnego. Taki skutek będzie z kolei wiązany z faktem zawarcia umowy, nastąpienia zdarzenia powodującego szkodę, wszczęcia postępowania, złożenia wniosku o uznanie lub wykonanie zagranicznego orzeczenia, doręczenie dokumentów, przeprowadzenie dowodów, wydanie zaświadczenia itd. na podstawie przepisów unijnych po tej dacie.

Dzięki przyjęciu umowy o wystąpieniu zażegnano niebezpieczeństwo twardego brexitu, bez umowy, kiedy to prawo unijne przestałoby wiązać UK automatycznie z dniem wyjścia z UE, co rodziłoby dużą niepewność prawną w związku z brakiem jakichkolwiek przepisów przejściowych.

4. Wnioski końcowe. Okres przejściowy i co dalej?

Z perspektywy transgranicznych spraw rodzinnych przyjęcie umowy wprowadzającej okres przejściowy oznacza zyskanie czasu na negocjacje w sprawie szczegółów przyszłych relacji między UK a państwami członkowskimi UE, w tym Polską. Wciąż otwarte pozostaje pytanie, jakie będą te relacje, czy przyjmą formę umów dwustronnych między UK a państwami członkowskim, czy umów wielostronnych, a może umowy dwustronnej między UK a UE ze skutkami dla wszystkich państw członkowskich. Zgodnie z procedurą określoną w art. 218 TFUE, wszelkie umowy między państwami członkowskimi a krajami trzecimi powinny być negocjowane i zawierane przez UE, nawet jeżeli taką umową zainteresowane jest tylko jedno państwo członkowskie. Ponadto UE na

podstawie rozporządzenia nr 664/2009 z dnia 7 lipca 2009 r.¹⁶⁰ ma wyłączną kompetencję zewnętrzną w zakresie negocjowania i zawierania umów dwustronnych pomiędzy państwami członkowskimi a państwami trzecimi dotyczących jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń i decyzji w sprawach małżeńskich, dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz związanych z zobowiązaniami alimentacyjnymi (w tym prawa właściwego dla alimentów). Komisja Europejska może upoważnić państwo członkowskie do zawarcia umowy z państwem trzecim, wyłącznie jeśli stwierdzi brak interesu UE do zawarcia takiej umowy. Komisja nie udzieli państwu członkowskiemu upoważnienia do zawarcia takiej umowy, jeśli w niedalekiej przyszłości organy UE planują jej zawarcie (art. 4 rozporządzenia nr 664/2009). Będąca uzasadnieniem dla wyłącznej kompetencji UE w zakresie zawierania umów dwustronnych obawa naruszenia unijnego dorobku prawnego opartego na koncepcji integralności i pewności prawnej obywateli europejskich dotyczy w równym stopniu umów wielostronnych. Także z opinii 1/03 z dnia 7 lutego 2006 r.¹⁶¹ wynika, że UE posiada wyłączną kompetencję do zawarcia w imieniu państw członkowskich z państwami trzecimi umów wielostronnych. Opinia dotyczyła Konwencji lugańskiej z 2007 r. o jurysdykcji oraz o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, lecz *per analogiam* jest często powoływana w zakresie współpracy sądowej w sprawach cywilnych i handlowych względnie instrumentów rozwoju przestrzeni wolności, sprawiedliwości i bezpieczeństwa.

Rozporządzenie nr 664/2009 nie wiąże Danii, zatem *de facto* żadne inne państwo członkowskie, oprócz Danii (w tym Polska), nie ma kompetencji do zawierania po zakończeniu okresu przejściowego umów z UK jako państwem trzecim.

Dzisiaj jest wysoce prawdopodobne, że po zakończeniu okresu przejściowego UK przystąpi do Konwencji haskiej z 2007 r. o międzynarodowym dochodzeniu alimentów na rzecz dzieci i innych członków rodziny oraz do Konwencji lugańskiej z 2007 r. o jurysdykcji i uznawaniu oraz

¹⁶⁰ Rozporządzenie Rady (WE) nr 664/2009 z dnia 7 lipca 2009 r. ustanawiające procedurę negocjowania i zawierania umów pomiędzy państwami członkowskimi a państwami trzecimi dotyczących jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń i decyzji w sprawach małżeńskich, w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawach związanych z zobowiązaniami alimentacyjnymi, a także prawa właściwego w sprawach dotyczących zobowiązań alimentacyjnych. Dz.Urz. UE L nr 200, t. 52, 31.07.2009, s. 46.

¹⁶¹ Zb. Orz. ETS (2006) s. I—1145; szerzej por. M. Niedźwiedź, P. Mostowik: *Wspólnota Europejska jako strona umów międzynarodowych w dziedzinie prawa prywatnego międzynarodowego. Uwagi na tle opinii Trybunału Sprawiedliwości WE w sprawie 1/03. „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”* 2009, vol. 7, s. 71.

wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych. Natomiast dotychczas nie ma oficjalnego stanowiska żadnej ze stron w zakresie jurysdykcji w sprawach rozvodu (separacji), odpowiedzialności rodzicielskiej czy uprowadzenia dziecka za granicę. Wciąż otwarta jest kwestia, czy będzie możliwe automatyczne „odżycie” w Wielkiej Brytanii Konwencji haskiej z 1980 r. o cywilnych aspektach uprowadzenia dziecka za granicę oraz Konwencji haskiej z 1996 r. o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci.

W braku wypracowania konkretnych rozwiązań do końca okresu przejściowego sądy państw członkowskich UE oraz sądy brytyjskie mogą stanąć przed dylematem, czy stosować postanowienia umów międzynarodowych, a w ich braku — regulacje krajowe.

Trzeba też mieć na uwadze, że w założeniu pomysł „zatrzymania” prawa unijnego miał być rozwiązaniem tymczasowym, które pozwoliłoby parlamentom brytyjskim na decydowanie o tym, jaki dorobek prawny każdy z nich chce przyjąć i dostosować za pomocą krajowego prawa wtórnego¹⁶². Jak wynika z wcześniejszych rozważań, nie zawsze będzie możliwy automatyczny powrót do stosowania konwencji haskich. W braku innego rozwiązania sądy brytyjskie mogą wrócić do stosowania *common law*.

Bibliografia

- Beaumont P.: *A Critical Analysis of the Judicial Activism of the Court of Justice of the European Union in Opinion 1/13*. In: *The External Action of the EU in the Field of Private International Law after Opinion 1/13*. Ed. P. Franzina. Intersentia 2016.
- Beaumont P.: *Private international law concerning children in the UK after Brexit: comparing Hague Treaty Law with EU Regulations*, www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL%20Working%20Paper%20No%202017_2.pdf [Dostęp: 2.07.2019 r.].
- Brand R.A.: *Implementing the 2005 Hague Convention: The EU Magnet and the US Centrifuge*. „Legal Studies Research Paper Series: Working Paper” no. 2013—20 (2013).
- Brexit and Family Law*, October 2017, Family Law Bar Association (FLBA), International Academy of Family Lawyers (IAFL), <https://www.resolution.org.uk> [Dostęp: 17.02.2020 r.].
- Briggs A.: *The conflict of law*. 3 th. Oxford University Press 2013.
- Cheshire G.C.: *Private International Law*. London 1965.

¹⁶² J. Fitchen: *The Private International Law...*, s. 418.

- Curtin D.: *The ties that bind. Securing information-sharing after Brexit*. In: *Brexit and Beyond: Rethinking the Futures of Europe*. Eds. B. Martill, U. Staiger. UCL Press 2018.
- Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws. Ed. L. Collins. 14 th. London, Sweet&Maxwell, 2006.
- Dickinson A.: *United Kingdom*. In: *Encyclopedia of private international law, National reports*. Vol. 3. Eds. J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de M. Asensio. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017.
- Doyle M.: *The impact of Brexit on children and young people in Scotland, Case study on cross-border family law*. Together (Scottish Alliance for Children's Rights).
- Fawcett J.J., Carruthers J.M., North P.M., Cheshire, North and Fawcett: *Private international law*. 14 th. Oxford [etc.], Oxford University Press, 2008.
- Fitchen J.: *The Private International Law Consequences of Brexit*. „Nederlands Internationaal Privaatrecht” 2017, no. 3.
- Główny Urząd Statystyczny: *Informacja o rozmiarach i kierunkach czasowej emigracji z Polski w latach 2004—2016*. Warszawa 2017, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ludnosc/migracje-zagraniczne-ludnosc/informacja-o-rozmiarach-i-kierunkach-czasowej-emigracji-z-polski-w-latach-2004-2017,2,11.html> [Dostęp: 2.04.2019 r.].
- Guidance Toponymic guidelines for map and other editors, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*. Updated, 17 July 2019, <https://www.gov.uk/government/publications/toponymic-guidelines/toponymic-guidelines-for-map-and-other-editors-united-kingdom-of-great-britain-and-northern-ireland#abbreviations-encountered-in-official-mapping> [Dostęp: 9.10.2019 r.].
- Gumuła-Kędracka J.: *Brexit a reforma rozporządzenia Bruksela II bis*. W: *Unia Europejska w przededniu Brexitu*. Red. J. Barcik, M. Póltorak. Warszawa 2018.
- Hawkins O., Moses A.: *Polish population of the United Kingdom*. „Briefing Paper”, CBP7660, 15 July 2016.
- Komisja Standaryzacji Nazw Geograficznych poza Granicami Rzeczypospolitej Polskiej przy Głównym Geodecie Kraju: *Nazwy państw. Główny Urząd Geodezji i Kartografii*. Warszawa 2006.
- Kubas S.: *Brexit a swoboda przepływu osób z polskiej perspektywy*. W: *Unia Europejska w przededniu Brexitu*. Red. J. Barcik, M. Póltorak. Warszawa 2018.
- Lein E.: *Litigation post Brexit*, s. 3, https://www.biicl.org/documents/1532_faq_-_litigation_post_brexit.pdf?showdocument=1 [Dostęp: 15.07.2019 r.].
- Lowe N.: *Some reflections on the options for dealing with international family law following Brexit*. „Family Law” 2017, vol. 399.
- McClearn D.: *Morris, The Conflict of Laws*. Eds. D. McClearn, V. Ruiz Abou-Nigm. 8 th. London 2012.
- Mostowik P., Sondel-Maciejewska K.: *Materialnoprawne rezultaty unijnej współpracy sądowej w sprawach rodzinnych*. W: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*. Red. J. Poczobut. Warszawa 2013.

- Niedźwiedź M., Mostowik P.: *Wspólnota Europejska jako strona umów międzynarodowych w dziedzinie prawa prywatnego międzynarodowego. Uwagi na tle opinii Trybunału Sprawiedliwości WE w sprawie 1/03. „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”* 2009, vol. 7.
- Pilich M.: *Brexit and EU private international law: May the UK stay in?* „Maastricht Journal of European and Comparative Law” August 2017, 20 (10).
- Pisani-Ferry J. et al.: *Europe after Brexit: A proposal for a continental partnership*. Bruegel 2016.
- Shaw J.: *Citizenship and free movement in a changing EU: Navigating an archipelago of contradictions*. In: *Brexit and Beyond: Rethinking the Futures of Europe*. Eds. B. Martill, U. Staiger. UCL Press 2018.
- UK White Paper, The United Kingdom’s exit from and new partnership with the European Union*, 2.3, 2.8, A.20, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/589191/The_United_Kingdoms_exit_from_and_partnership_with_the_EU_Web.pdf [Dostęp: 24.07.2019 r.].
- Wagner R.: *Do We Need a Rome 0 Regulation?* „Netherlands International Law Review” 2014/61.
- Williams D., Bailey Harris R.: *Select Committee on the European Union Justice Sub-Committee Corrected oral evidence: Brexit: civil justice cooperation and the CJEU*, s. 7—8, <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/eu-justice-subcommittee/brexit-civil-justice-cooperation/oral/44261.pdf> [Dostęp: 5.07.2019 r.].



Dariusz Fuchs^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0001-5853-2657>

Jak rozporządzenie Bruksela I bis rozstrzyga o jurysdykcji w sporach z międzynarodowej gwarancji ubezpieczeniowej, czyli o pojęciu sprawy ubezpieczeniowej

Abstract: The article presents the issue of the jurisdiction of a civil court in the light of the provisions of the EU Brussels I bis Regulation in relation to a matter in the field of insurance guarantee. This was presented against the background of qualification considerations of the insurance case and delimitation of the norms of the EU Brussels I bis Regulation in relation to disputes under the insurance contract from reinsurance disputes (in the strict sense and the so-called retrocession). At the same time, reasons were given for excluding social security from this scope. Because in practice (and in theoretical approaches) there are discrepancies as to the scope of the subject application of the standards in relation to individual insurance activities, one of the objectives of this study is to indicate that such interpretation possibility which such a gap will remove, because it is even be harmful to the certainty of turnover, if it would appear in relation to such fundamental concepts as jurisdiction in international insurance disputes and jurisdiction in domestic disputes. Consequently, basically based on an autonomous interpretation and in the alternative: *lex fori* the possibility of refusing to apply the standards of section 3 of EU Regulation No. 1215/2012 to disputes in the field of insurance guarantee. An appropriate analysis of national law was also carried out, indicating the need for coherence

^{a)} Dr hab., r.pr., Katedra Prawa Cywilnego i Prawa Międzynarodowego Prywatnego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie; członek Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law; członek Project Group on a Reinsurance Contract Law.

between EU and internal law standards in the area of qualifying disputes arising from the insurance guarantee.

Keywords: jurisdiction, insurance guarantee, insurance contract, Regulation (EU) No 1215/2012, Act on Insurance and Reinsurance Activity

Wprowadzenie

Spory z zakresu ubezpieczeń gospodarczych są najczęściej przedstawiane z perspektywy wzajemnych praw i obowiązków stron umowy ubezpieczenia, ewentualnie problematyki jej wykonywania bądź (co najbardziej popularne) *stricte* dochodzenia roszczeń z tego tytułu. Dla praktyki ubezpieczeniowej jednak nie mniej istotnym zagadnieniem, chociaż niewątpliwie jednostkowo rzadziej występującym, jest kwalifikacja sporów, których podstawę materialnoprawną stanowi stosunek gwarancji ubezpieczeniowej (scil. umowa gwarancji ubezpieczeniowej). Jest to szczególnie ważne w odniesieniu do obrotu międzynarodowego, ale także ma niebagatelne znaczenie w obrocie wewnętrznym, gdyż w obu tych płaszczyznach stosunków cywilnoprawnych gwarancja, w tym gwarancja ubezpieczeniowa, jest coraz bardziej popularna.

Należy podkreślić, że stanem pożądanym, także w polskim prawodawstwie, byłaby sytuacja, w której normy prawa materialnego są spójne z rozwiązaniami obowiązującymi w procedurze cywilnej w odniesieniu do problematyki ubezpieczeń prywatnych, zwanych w polskiej tradycji gospodarczymi¹. W konsekwencji, jeżeli są ku temu podstawy, to powinnością jest w drodze wykładni norm zarówno międzynarodowego, jak i krajowego prawa ubezpieczeń gospodarczych taką koherencję utrzymywać. Ponieważ w praktyce (i w ujęciach teoretycznych) można spotkać rozbieżności co do zakresu przedmiotowego zastosowania norm w odniesieniu do poszczególnych czynności ubezpieczeniowych, jednym z celów niniejszego opracowania jest wskazanie, jaki jest zakres przedmiotowy pojęcia sprawy ubezpieczeniowej w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych² [dalej: rozporządzenie Brukse-

¹ Co jest zresztą określeniem anachronicznym, szerzej D. Fuchs: *Interes ubezpieczeniowy w europejskim projekcie PEICL w świetle kodeksowej regulacji umowy ubezpieczenia*. W: *Księga pamiątkowa Profesora Andrzeja Kidyby*. Warszawa [w druku].

² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wy-

la I bis, a także rozporządzenie 1215/2012]. Jest to nie tylko problem odpowiedniej kwalifikacji sporu z zakresu gwarancji ubezpieczeniowej, lecz także rozróżnienia sprawy z zakresu ubezpieczeń prywatnych od sprawy z zabezpieczenia społecznego czy też rozróżnienia sporu z umowy ubezpieczenia (bezpośredniego) od sprawy zawisłej przed sądem krajowym z tytułu reasekuracji *sensu stricto*, czy też reasekuracji dalszej, czyli tzw. retrocesji (por. pkt 3 niniejszego artykułu). W ślad za tym idą poglądy doktryny prawa ubezpieczeniowego, gdzie, w zależności od przyjętych przesłanek przez ich przedstawicieli, odmienne zgoła konsekwencje powoduje wykładnia obowiązujących norm także w prawie materialnym danego państwa członkowskiego UE.

Szczególnie jest to widoczne, gdy weźmie się pod uwagę postępujące umiędzynarodowienie polskiego rynku ubezpieczeniowego, gdzie coraz częściej są kreowane stosunki prawne z elementem obcym. Właśnie z tego powodu w opracowaniu podkreśla się (zob. pkt 5) znaczenie ujednolicenia prawa polskiego wewnętrznego (merytorycznego) z prawem europejskim, także w zakresie regulacji gwarancji ubezpieczeniowej, zarówno na płaszczyźnie prawa materialnego, jak i międzynarodowego procesowego (w ujęciu kolizyjnym takie wątpliwości natury zasadniczej nie powstają)³. Jest to nie tyle postulat potrzebny ze względu na treść norm, ile z uwagi na ich występującą w doktrynie odmienną interpretację, mimo że wykładnia dosłowna regulacji (jak też wykładnia autonomiczna dokonywana wedle przeważającej koncepcji interpretacji norm prawa międzynarodowego) nie powoduje takich rozbieżności.

Spotykany w obrocie gospodarczym (w odniesieniu do ubezpieczeń prywatnych) interesującym przykładem jest kwestia jurysdykcji w sporach rozstrzyganych na podstawie rozporządzenia Bruksela I bis, a w dalszej konsekwencji — problematyka jurysdykcji sądowej w sporach ubezpieczeniowych na podstawie tego aktu unijnego, którymi są przecież także spory powstające w związku z udzieleniem gwarancji przez ubezpieczyciela⁴.

Wypada w związku z tym podkreślić, że *in statu praesenti* „rozczłonkowanie” w znaczeniu proceduralnym jest szczególnie zauważalne w przypadku porównania rozwiązań prawa unijnego odnoszących się do jurysdykcji z analogicznymi w swej istocie normami odnoszącymi

konywania w sprawach cywilnych i handlowych (wersja przekształcona). Dz.Urz. UE L nr 351/1 z dnia 20.12.2012.

³ Por. szeroko na ten temat M. Kropka: *Kolizyjnoprawna regulacja umowy ubezpieczenia w rozporządzeniu Rzym I*. Katowice 2010, *passim*.

⁴ Por. odnośnie do poprzedniego, analogicznego stanu prawnego, zob. D. Fuchs: *Ubezpieczenia w Unii Europejskiej* [Materiał powielony, Studia podyplomowe WPiA Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach 2011].

się do miejscowej właściwości sądowej w razie sporów o charakterze wewnętrznym, rozstrzyganych na podstawie rodzimego prawa cywilnego, przy czym w specyficie polskiej zawartych zasadniczo w aktach publicznego prawa ubezpieczeniowego.

Można zatem postawić tezę, że występująca tego typu dyspersja nie służy uczestnikom rynku ubezpieczeniowego, zarówno krajowego, jak i unijnego, a już z pewnością statuuje element niepewności po stronie podmiotów, które *in concreto* wdają się z ubezpieczycielem w spór sądowy⁵. Dla właściwego zakwalifikowania danej czynności ubezpieczeniowej jako podległej odpowiedniej normie rozporządzenia Bruksela I bis, a tym bardziej dla prawidłowego rozróżnienia cywilnej sprawy ubezpieczeniowej (do czego gwarancję ubezpieczeniową *prima facie* można zaliczyć) od sprawy z zakresu ubezpieczenia społecznego, potrzebne jest przywołanie *ratio legis* tego aktu prawa unijnego.

1. Koncepcja regulacji rozporządzenia UE Bruksela I bis

Warto przypomnieć, że już w projekcie rozporządzenia 44/2001 (ostatecznie tzw. Bruksela I) przygotowanego przez Komisję w 1999 r. podkreślono, że zasadniczą przesłanką podjęcia wysiłków legislacyjnych jest art. 2 TUE, który wyznaczył Unii Europejskiej w ramach posiadanych środków instytucjonalnych zadanie ciągłego rozwijania w ramach Unii strefy wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości⁶. Zarazem, zdaniem projektodawcy unijnego, właśnie efektywna współpraca między państwami członkowskimi w dziedzinie sądowego prawa cywilnego jest gwarantem stabilizacji swobód traktatowych. Jednak nie następowała ona adekwatnie do oczekiwań (przynajmniej do czasu rozpoczęcia prac nad projektem rozporządzenia 44/2001), co spowodowało podjęcie przez Radę inicjatywy prac nad nowelizacją swych „poprzedniczek”, tzw. kon-

⁵ Poprzedni stan prawny por. D. Fuchs: *Właściwość miejscowa sądu polskiego w przypadku sporów z gwarancji ubezpieczeniowej*. „Monitor Prawniczy” 2012, nr 11, s. 582 i n.; szczególnie Idem: *Jurisdykcja sądowa w zakresie ubezpieczeń gospodarczych według 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*. W: A. Brodecka-Chamera et al.: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz*. T. 2. Warszawa 2010, s. 53 i n.

⁶ Proposal for a Council Regulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. COM/99/0348 final. Dz.Urz. WE C nr 376 E, s. 1.

wencji brukselskiej⁷ oraz lugańskiej (tzn. Lugano I)⁸. Należy podkreślić, że tak jak „następcą” rozporządzenia 44/2001 jest rozporządzenie Bruksela I bis, tak pierwotna konwencja lugańska (Lugano I) została zastąpiona przez tzw. konwencję Lugano II⁹, która w zakresie relewantnym dla ubezpieczeń prywatnych zawiera (jak jej poprzedniczka) rozwiązania analogiczne do prawodawstwa UE¹⁰.

Zarazem należy wskazać, że fundamentalnym celem rozporządzenia 1215/2012, zwanego rozporządzeniem Bruksela I bis (podobnie jak w przypadku jego poprzednika — rozporządzenia Bruksela I, czyli rozporządzenia UE 44/2001), jest dalszy postęp w znaczeniu rozszerzenia zastosowania podmiotowego i przedmiotowego, a także w zakresie ujednoczenia przepisów prawa prywatnego międzynarodowego w odniesieniu do jurysdykcji oraz wykonalności orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych¹¹.

Niebagatelną przesłankę takiego ujednoczenia norm w skali europejskiej stanowi również konieczność dostosowania się legislatora unijnego w zakresie jurysdykcji sądowej do nowych środków technicznych wykorzystywanych w handlu międzynarodowym, co staje się szczególnie istotne dla ochrony interesów konsumentów w trakcie postępowania sądowego. Istotne znaczenie ma możliwość wykorzystania norm rozporządzenia Bruksela I bis z uwzględnieniem wymogów, jakie stawia przed uczestnikami obrotu gospodarczego i prawnego stan pandemii światowej z powodu rozprzestrzeniania się choroby COVID-19, wywołwanej przez koronawirusa SARS_CoV-2, ogłoszonej w I kwartale 2020 r. z wykorzystaniem współczesnych środków komunikacji, co zarówno generuje możliwość powstania sporów z tego tytułu (np. w zakresie elektronicznych usług finansowych), jak też pozwala, już z wykorzystaniem *lex fori*, przeprowadzać cywilne postępowania sądowe pomiędzy podmiotami pochodzącymi z różnych państw członkowskich UE za pomocą mediów elektronicznych oraz utrwalania dźwięku i obrazu.

Należy także wskazać, że w preambule rozporządzenia 1215/2012 podkreślono, że z uwzględnieniem zasady subsydiarności i proporcjo-

⁷ Konwencja o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych. Dz.Urz. WE C nr 27, s. 1.

⁸ Konwencja o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, sporządzona w Lugano dnia 16.09.1988 r. Dz.U. 2000, poz. 132.

⁹ Konwencja o jurysdykcji i uznawaniu oraz wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych. Dz.Urz. UE L nr 147, s. 5.

¹⁰ Uwagi do rozporządzenia Bruksela I bis należy także odnosić do konwencji Lugano II, chyba że inaczej zaznaczono w tekście artykułu.

¹¹ Szeroko nt. potrzeby reformy rozporządzenia 44/201 i jej efektów A. Frąckowiak-Adamska: *Europejska przestrzeń sądowa — rozważania na tle projektu reformy rozporządzenia Bruksela I*. „Europejski Przegląd Sądowy” 2012/5/16-23. LEX [Dostęp: 4.04.2020 r.].

nalności, „(p)onieważ cel niniejszego rozporządzenia nie może zostać osiągnięty w wystarczającym stopniu przez państwa członkowskie, natomiast możliwe jest jego lepsze osiągnięcie na poziomie Unii, Unia może przyjąć środki zgodne z zasadą pomocniczości określoną w art. 5 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE). Zgodnie z zasadą proporcjonalności określoną we wspomnianym artykule, niniejsze rozporządzenie nie wykracza poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia tego celu”. W związku z tym celem twórców było osiągnięcie za pomocą tego aktu minimalnego, ale zarazem niezbędnego efektu harmonizacji przepisów postępowania cywilnego (motyw 39 preambuły)¹². Właśnie ze względu na gwarancję osiągnięcia zamierzonego stopnia harmonizacji Rada zdecydowała się po raz kolejny w rozporządzeniu 1215/2012 (poprzednio ten efekt chciano osiągnąć dzięki rozporządzeniu 44/2001), aby swym zakresem przedmiotowym gwarantować jednolitość praktyki orzeczniczej w Unii Europejskiej. „Celem zagwarantowania swobodnego przepływu orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych niezbędnym i stosownym jest, aby przepisy o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń zostały określone w drodze aktu unijnego, który będzie wiążący i bezpośrednio stosowany”¹³.

Jednak należy podkreślić, co stanowi o istotnym (w sensie praktycznym) ograniczeniu podmiotowym (a zarazem przestrzennym), że mimo zamierzeń projektodawców rozporządzenia Bruksela I bis nie udało się doprowadzić do rozszerzenia zakresu podmiotowego stosowania norm jurysdykcyjnych rozporządzenia 44/2001 o podmioty z państw trzecich jako pozwane. Zrealizowano te zamierzenie jedynie w stosunku do spraw konsumenckich i pracowniczych¹⁴. A *rebours*, w pozostałym zakresie trzeba korzystać z przepisów dotyczących jurysdykcji międzynarodowej, zawartych, w przypadku prawa polskiego, w Kodeksie postępowania cywilnego, a mających zastosowanie do spraw z zakresu ubezpieczeń

¹² Por. motyw nr 39 preambuły rozporządzenia 1215/2012; podobnie w odniesieniu do skutków wejścia w życie traktatu amsterdamskiego zob. M.A. Dausès: *Jednolite prawo cywilne w Europie*. „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, 6, s. 13; szerzej: D. Fuchs: *Jurysdykcja sądów powszechnych w zakresie ubezpieczeń gospodarczych zgodnie z rozporządzeniem nr 1215/2012 (tzw. Bruksela I bis) z uwzględnieniem konwencji Lugano II*. W: *Kontrakty na rynku ubezpieczeń*. Red. D. Fuchs, K. Malinowska, D. Maśniak. Warszawa [w druku].

¹³ Motyw nr 6 preambuły rozporządzenia 1215/2012; szeroko nt. zmian w stosunku do rozporządzenia 44/2001 oraz zakresu podmiotowego B. Trocha: *Uwagi na tle częściowego rozszerzenia zakresu podmiotowego rozporządzenia Bruksela I bis na powołanych z państw trzecich*. „Polski Proces Cywilny” 2013, 2, s. 194—212. LEX [Dostęp: 4.04.2020 r.].

¹⁴ Por. B. Trocha: *Jest wreszcie nowe rozporządzenie Bruksela I bis*, <http://www.codozasady.pl/jest-wreszcie-nowe-rozporzadzenie-bruksela-i-bis/> [Dostęp: 4.05.2018 r.].

prywatnych. Wówczas niezbędne jest sięgnięcie do art. 1103⁵ § 1 k.p.c.¹⁵ W takiej sytuacji „(s)prawy ze stosunku ubezpieczenia przeciwko ubezpieczycielowi należą do jurysdykcji krajowej także wtedy, gdy”:

- a) powód ma miejsce zamieszkania¹⁶ w Rzeczypospolitej Polskiej lub
- b) istnieje jurysdykcja krajowa w sprawie przeciwko ubezpieczycielowi głównemu, a pozwany ubezpieczyciel jest współubezpieczycielem (kosekuratorem) lub
- c) zdarzenie wywołujące szkodę nastąpiło w Rzeczypospolitej Polskiej, a sprawa dotyczy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, ubezpieczenia nieruchomości albo ubezpieczenia nieruchomości i ruchomości, gdy powstała na nich szkoda wynikła z jednego zdarzenia.

Należy podkreślić, że zarazem (w sporach określonych powyżej) ubezpieczyciel jest traktowany jako mający miejsce zamieszkania albo siedzibę w Rzeczypospolitej Polskiej, jeżeli ma zakład lub oddział w Rzeczypospolitej Polskiej, a sprawa wynikła z działalności tego zakładu lub oddziału.

Na tym tle nasuwają się dwie uwagi. Po pierwsze, ze względu na przyjętą terminologię w prawie międzynarodowym, miejsce zamieszkania ubezpieczyciela utożsamia się z jego siedzibą, co analogicznie jest rozwiązane w rozporządzeniu Bruksela I bis.

Po drugie, w przypadku łącznika lokalizującego jurysdykcję w pkt. c powyżej przywołanego artykułu k.p.c. nawiązano także do rozwiązania powszechnie przyjętego w ubezpieczeniach OC, a więc triggera (tzw. zapadki czasowej) *loss occurrence*, którego przydatność jest oczywista również dla ubezpieczeń mienia (scil. ruchomości lub nieruchomości). Także i to rozwiązanie ustawodawcy polskiego koresponduje dokładnie z rozwiązaniami przyjętymi w rozporządzeniu unijnym, by powołać się w tym miejscu na treść art. 12¹⁷. Przyjęcie takiej konstrukcji przez polskiego ustawodawcę należy ze wszelkich miar zaaprobować.

¹⁵ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego. T.j. Dz.U. 2019, poz. 1460 ze zm.

¹⁶ Co, oczywiście, odnosi się także do siedziby powoda będącego jednostką organizacyjną (osobą prawną albo nie, np. ułomną osobą prawną).

¹⁷ „W odniesieniu do ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej lub ubezpieczenia nieruchomości ubezpieczyciel może być ponadto pozwany przed sąd miejsca, gdzie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę. Tę samą zasadę stosuje się, jeżeli ruchomości i nieruchomości objęte są tą samą umową ubezpieczenia, a powstała na nich szkoda wynika z tego samego zdarzenia”.

2. Specyfika ubezpieczeń międzynarodowych

Na marginesie należy zaznaczyć, że nie rzutuje to oczywiście w żadnym stopniu na prawo właściwe, przy czym w przypadku niektórych ubezpieczeniowych stosunków prawnych należy zwrócić uwagę na prawo konwencyjne. I tak, gdy sprawa dotyczy roszczeń wynikających z wypadku komunikacyjnego, zgodnie z art. 3 Konwencji z dnia 4 maja 1971 r. o prawie właściwym dla wypadków drogowych¹⁸, prawem właściwym jest prawo wewnętrzne państwa, w którym nastąpił wypadek. Jednak dla gwarancji ubezpieczeniowej takich rozwiązań konwencyjnych w zakresie prawa właściwego dotychczas brak. Oczywiście, pozostaje kwestia stosowania prawa unijnego w zakresie poszukiwania prawa właściwego, jednak charakterystyka tego problemu wykracza poza ramy niniejszego opracowania¹⁹. Powodem zasadniczym takiego stanu rzeczy (scil. rozproszenia regulacji) jest intensywny rozwój ubezpieczeń prywatnych, głównie w wymiarze międzynarodowym.

Należy jeszcze raz podkreślić, że ubezpieczenia są ściśle powiązane z handlem międzynarodowym, co z prawnego i prawniczego punktu widzenia powoduje określone konsekwencje. Przede wszystkim istnieje tendencja do harmonizacji prawa ubezpieczeń gospodarczych, czego najbardziej doniosłym przykładem jest właśnie prawodawstwo Unii Europejskiej. Jednak, co potwierdza analiza zakresu podmiotowego i przedmiotowego regulacji wtórnego prawa unijnego, stan harmonizacji został osiągnięty za pomocą obowiązujących źródeł prawa w odniesieniu do dość szczegółowych i wybranych obszarów regulacyjnych w porównaniu z kompleksowością regulacji ubezpieczeń gospodarczych, stanowiącą ich cechą charakterystyczną w prawodawstwach poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej. Szczególny tego przykład stanowią w terminologii prawa i praktyki Unii Europejskiej tzw. ubezpieczenia *cross-border*, polegające zasadniczo na świadczeniu usługi ubezpieczeniowej przez ubezpieczyciela

¹⁸ Dz.U. 2003, nr 63, poz. 585.

¹⁹ Szerzej, częściowo na tle poprzedniego stanu prawnego: D. Fuchs: *Właściwość sądu i właściwość prawa w europejskich ubezpieczeniach gospodarczych*. „Prawo Asekuracyjne” 2008, nr 2, s. 49—65, a także w kontekście poprzedniego stanu prawnego Idem: *Swoboda świadczenia usług w świetle nowego prawa ubezpieczeniowego*. W: *Finansowe narzędzia zarządzania zakładem ubezpieczeń*. Red. T. Sangowski. Warszawa 2005, s. 77—92; Idem: *Ubezpieczenia gospodarcze w świetle Konwencji rzymskiej i projektu Rozporządzenia „Rzym II”*. „Forum Dyskusyjne Ubezpieczeń i Funduszy Emerytalnych” 2005, z. 5, s. 25—41, a także Idem: *Charakter prawny polisy ubezpieczeniowej w prawie polskim a przedmiotowy zakres zastosowania Konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów z 1980 roku. Przyczynek do wykładni norm międzynarodowego prawa handlowego*. „Rozprawy Ubezpieczeniowe” 2009 (6), nr 1, s. 19—26.

z siedzibą w innym państwie (*home country*) niż państwo miejsca spełnienia świadczenia (*host country*), czyli polegające na korzystaniu w zakresie ubezpieczeń gospodarczych z unijnej swobody świadczenia usług. Należy mieć równocześnie świadomość, że prawo stanowione przez powołane do tego organy danego państwa (państw) lub organizacji międzynarodowych zawiera jedynie częściową regulację, dlatego też praktyka obrotu wielokrotnie odwołuje się do reguł i zwyczajów handlowych, takich jak np.:

1. INCOTERMS — *International Commercial Terms* — Międzynarodowe Terminy Handlowe; terminy określające przede wszystkim prawa i obowiązki stron umowy sprzedaży lub dostawy towaru, w tym również gestię ubezpieczeniową.
2. *Institute Cargo Clauses* — Klauzule Instytutowe Ubezpieczycieli Londyńskich; powszechne w ubezpieczeniu ładunku w transporcie (tzw. ubezpieczenie cargo w ruchu międzynarodowym) — które są specyficzne dla międzynarodowego obrotu cywilnego (handlowego, *lex mercatoria*)²⁰.

Można przyjąć, że cechą właściwą dla współczesnych ubezpieczeń jest standaryzacja warunków ubezpieczenia, będąca w ogromnym stopniu skutkiem umiędzynarodowienia praktyki zawierania i wykonywania umów ubezpieczenia, a także wpływu anglosaskiego rynku ubezpieczeń²¹. Prowadzi to jednak także do dyspersji normatywnej i, co za tym idzie, pojęciowej w ubezpieczeniach prywatnych (z powodu swobody w kształtowaniu treści wzorców ubezpieczeniowych przez ubezpieczycieli), co wywołuje (jako reakcję na taki stan) naturalny proces harmonizacji bądź wręcz ujednolicenia regulacji odnoszących się do poszczególnych aspektów międzynarodowego rynku ubezpieczeniowego, szczególnie europejskiego. Należy zatem przyjąć, że współcześnie immanentną cechą ubezpieczeń gospodarczych (szczególnie europejskich; unijnych) jest ich umiędzynarodowienie, co najlepiej oddaje pojęcie transgraniczności, rozumiane jako powiązanie stosunku ubezpieczenia z więcej niż jednym obszarem prawnym²². Z tego też powodu na gruncie doświadczeń wynikających z międzynarodowego prawa ubezpieczeniowego możemy wyróżnić trojaki rozumienie tejże transgraniczności²³. Taki właśnie proces już występuje, a koncentruje się

²⁰ Por. D. Fuchs: *Umowa ubezpieczenia. Materiały dla IV edycji Podyplomowego Studium Prawa Cywilnego dla Sędziów Sądów Powszechnych w roku 2008/2009*. Warszawa 2008, s. 1 i n.; szerzej: Idem: *Jurysdykcja sądów powszechnych w zakresie ubezpieczeń gospodarczych zgodnie z rozporządzeniem nr 1215/2012 (tzw. Bruksela I bis)*...

²¹ Szczegóły: W. Janusz: *Rynek światowy — na przykładzie Lloyd's*. W: *Kontrakty na rynku ubezpieczeń*. Red. D. Fuchs, K. Malinowska, D. Maśniak...

²² Charakterystyka zob. E. Kowalewski: *Ubezpieczenia transgraniczne — aspekty prawne*. „Gazeta Ubezpieczeniowa” z dnia 10.01.2006 r.

²³ Szerzej por. D. Fuchs, w: *Kontrakty na rynku ubezpieczeń*. Red. D. Fuchs, K. Malinowska, D. Maśniak...

na następujących aspektach umiędzynarodowienia (transgraniczności) ubezpieczeń:

- 1) kolizyjnoprawnym²⁴,
- 2) materialnoprawnym²⁵,
- 3) jurysdykcyjnym wraz z wykonalnością orzeczeń sądowych²⁶.

Na płaszczyźnie materialnoprawnej niewątpliwie interesujący przykład stanowi tutaj efekt prac tzw. Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law (PEICL — *Project on European Insurance Contract Law*) w zakresie ustalenia regulacji umowy ubezpieczenia, gdyż mają one charakter projektu instrumentu opcjonalnego prawa unijnego²⁷. Kolejnym przykładem odnoszącym się do prób tworzenia prawa jednolitego międzynarodowego, ale już w skali ponad europejskiej — światowej (w zakresie reasekuracji²⁸ i retrocesji), jest PRICL — *Project on Reinsurance Contract Law. Project of Reinsurance Contract Law* z założenia i na podstawie koincydencji z PEICL ma postać tzw. *soft law*²⁹, które może być wybrane przez strony danej umowy reasekuracji jako prawo właściwe (a w zasadzie prawidłowym *modus operandi* będzie materialnoprawne wskazanie prawa), i może być w konsekwencji uznane w razie ewentualnego sporu rozstrzyganego przez sąd powszechny albo — na podstawie stosownej klauzuli arbitrażowej — przez sąd polubowny (scil. arbitrażowy) jako podstawa materialnoprawna takiego rozstrzygnięcia. Takie rozwiązanie wydaje się szczególnie atrakcyjne w razie orzekania przez skład arbitrażowy według zasady słuszności

²⁴ Szerzej zob. E. Kowalewski: *Problematyka kolizyjnego prawa ubezpieczeniowego*. „Państwo i Prawo” 2005, z. 2, s. 21 i n., a także: K. Policha, A. Wnęk: *Prawo prywatne międzynarodowe. Zasady wyboru prawa właściwego dla dużych ryzyk ubezpieczeniowych. Zagadnienia praktyczne*. „Prawo Asekuracyjne” 2011, 3, s. 6 oraz M. Pilich: *Statut umów ubezpieczenia według rozporządzenia Rzym I*. W: *Europejskie prawo procesowe cywilne i kolizyjne*. Red. P. Grzegorzczak, K. Weitz. Warszawa 2012, s. 313 i n.

²⁵ D. Fuchs: *Nowelizacja kodeksu cywilnego w zakresie wybranych przepisów ogólnych o umowie ubezpieczenia w świetle prac Project Group on a Restatement European Insurance Contract Law*. „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2007, 7—8, s. 32 i n.

²⁶ Szerzej na temat tego podziału zob. D. Fuchs: *Transgraniczna umowa*. „Miesięcznik Ubezpieczeniowy” 2006, 6, s. 32—33.

²⁷ Omówienie projektu: D. Fuchs: *PEICL jako materialnoprawny projekt europejskiego instrumentu opcjonalnego w zakresie prawa jednolitego o umowie ubezpieczenia*. W: *Kontrakty na rynku ubezpieczeń*. Red. D. Fuchs, K. Malinowska, D. Maśniak...

²⁸ Na temat istoty reasekuracji por. D. Fuchs: *Komentarz do art. 820 k.c.* W: *Kontrakty na rynku ubezpieczeń*. Red. D. Fuchs, K. Malinowska, D. Maśniak... i tam przywołana literatura.

²⁹ Por. także M. Wandt, J. Gal: *Solvency II is unexpected. Indirect regulation of the Reinsurance Contract*, http://www.icir.de/fileadmin/Documents/Policy_Platform/180426_ICIR_JB_PP_Solvency_II_Unexpected.pdf [Dostęp: 31.03.2020 r.].

(scil. *ex aequo et bono*), co jest powszechnie dopuszczone w regulaminach sądów arbitrażowych na świecie, zasadniczo za uprzednią akceptacją takiego procedowania przez strony sporu. Nie jest zarazem celem autorów projektu tworzenie umowy reasekuracji od nowa; jest to raczej koncepcja ujednoczenia występujących już w praktyce i prawodawstwie rozwiązań i stworzenia z nich systematycznego wykładu praw i obowiązków na wzór amerykańskich *Restatements*, a przede wszystkim PEICL³⁰.

3. Pojęcie sprawy z zakresu ubezpieczenia (prywatnego) w rozumieniu rozporządzenia Bruksela I bis

Już w tytulaturze sekcji 3. prawodawca wspólnotowy przyjął, że zakres przedmiotowy tej jednostki redakcyjnej rozporządzenia Bruksela I bis będzie się odnosił do jurysdykcji w sprawach dotyczących ubezpieczeń (por. uwagi dalsze), a wobec tego kluczowe jest prawidłowe rozumienie pojęcia ubezpieczenia, w konsekwencji zaś — spraw z zakresu ubezpieczeń. Zarazem użycie przez prawodawcę europejskiego, co oczywiste, pojęcia jurysdykcji oznacza także, że kwestią fundamentalną w stosowaniu norm rozporządzenia w odniesieniu do właściwości sądowej jest stwierdzenie charakteru międzynarodowego danego powództwa³¹. Dopiero wówczas po spełnieniu tej przesłanki i po stwierdzeniu, że zrealizowano także przesłanki z art. 4—6 rozporządzenia, które określają zakres podmiotowy przepisów jurysdykcyjnych, mamy do czynienia z zastosowaniem norm rozporządzenia. W przeciwnym wypadku mają zastosowanie przepisy jurysdykcyjne prawa wewnętrznego (zob. uwagi powyższe)³².

³⁰ Por. D. Fuchs: *Ujednoczenie kontraktowego prawa reasekuracyjnego w skali międzynarodowej „in statu nascendi” — PRICL (Project of Reinsurance Contract Law)*. „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2019, nr 1, s. 23—36, a także por. Zakładka na stronie www.dariuszfuchs.pl oraz <https://www.unidroit.org/work-in-progress/525-reinsurance-contracts/2124-study-l-formulation-of-principles-of-reinsurance-contracts> [Dostęp: 31.03.2020 r.].

³¹ Por. K. Weitz: *Przedmiotowy zakres zastosowania Konwencji lugańskiej*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, z. 2, s. 430—433, a także Idem: *Projektowane zmiany rozporządzenia nr 44/2001*. W: *Europejskie prawo procesowe cywilne i kolizyjne*. Red. P. Grzegorzcyk, K. Weitz..., s. 27 i n.

³² Por. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. T. 5: *Postępowanie egzekucyjne*. Red. T. Ereciński. Wyd. 5. LEX [Dostęp: 4.04.2020 r.], natomiast w odniesieniu do konwencji Lugano I zob. S. Naderhofer: *New Federal Law on Jurisdiction. Harmonisation of Local Jurisdiction in Civil Matters in Domestic Context*, www.bscc.co.uk/taxnews/tax0300.html [Dostęp: 31.03.2020 r.].

3.1. Kwestia zabezpieczenia społecznego

Analizując zakres przedmiotowy rozporządzenia Bruksela I bis (czyli pojęcia sprawy cywilnej, w kontekście zakresu przedmiotowego sekcji 3. — sporów z ubezpieczeń), należy pamiętać, że zarówno w angielskiej (*social security*), francuskiej (*la sécurité sociale*), jak i niemieckiej (*die soziale Sicherheit*) wersji językowej wyłączono sprawy z zakresu zabezpieczenia społecznego, co polski tekst oddaje za pomocą zawężonego (niestety) pojęcia ubezpieczeń społecznych³³. Należy podkreślić, że o ile pojęcie ubezpieczeń społecznych zawiera się w semantyce zabezpieczenia społecznego, o tyle te pojęcia nie są żadną miarą synonimiczne. I tak doktryna francuska pojęciem zabezpieczenia społecznego *sensu largo* obejmuje także ubezpieczenia prywatne, co jednak nie jest konstatacją wiążącą na potrzeby analizy zakresu zastosowania norm rozporządzenia Bruksela I bis. Tym samym należy przyjąć pilną potrzebę korekty oficjalnej polskiej wersji językowej (ten mankament występował zresztą już wcześniej w treści rozporządzenia 44/2001, jak też w tłumaczeniach konwencji brukselskiej i Lugano I, a jest wciąż obecny w konwencji Lugano II) w tym zakresie, co skłania jeszcze raz do wyrażonego na wstępie postulatu, że stosowanie zasadniczo poprawnej wykładni językowej, popartej wykładnią autonomiczną z niezbędnym wspomogieniem *lex fori* (zob. uwagi dalsze), tylko pozytywnie przyczyniłoby się do jednolitości stosowania przepisów rozporządzenia Bruksela I bis zarówno w orzecznictwie sądów polskich, jak i innych państw UE. W literaturze powszechnie uznaje się za powód tego wyłączenia przynależność w większości państw członkowskich norm regulujących zabezpieczenie społeczne do prawa publicznego oraz różnorodność w tym względzie regulacji zawartych w poszczególnych porządkach prawnych. Dodatkowo należy zauważyć, że zasadniczo kwestia ta nie stanowiła do niedawna szczególnego przedmiotu orzecznictwa TSUE (wcześniej: Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości — ETS) oraz sądów krajowych³⁴ państw członkowskich³⁵.

Chociaż, co należy podkreślić, nie zawarto w tekście definicji materii należącej do zabezpieczenia społecznego, w praktyce orzeczniczej nawiązuje się zasadniczo do zakresu zastosowania tzw. rozporządzeń

³³ Nie podlega jednak dyskusji, że pojęcie „zabezpieczenie społeczne” jest szersze niż pojęcie „ubezpieczenie społeczne”; analogicznie por. D. Fuchs: *Działalność ubezpieczeniowa w świetle Konwencji brukselskiej — Lugano o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń w sprawach cywilnych i gospodarczych*. „Rejent” 1999, nr 3, s. 64.

³⁴ Por. K. Weitz: *Przedmiotowy zakres zastosowania...*, s. 460—461.

³⁵ Por. C. Quigley: *Zakres zastosowania konwencji brukselskiej i konwencji lugańskiej*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1999, z. 4, s. 703.

Rady koordynujących systemy zabezpieczenia społecznego państw członkowskich Unii Europejskiej (rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego³⁶) oraz do konwencji MOP nr 102/1952, nadając autonomiczny charakter takiej kwalifikacji³⁷.

Potwierdza to obowiązujące stanowisko ETS, przede wszystkim w orzeczeniu wstępnym wydanym w sprawie *Gemeente Steenbergen v. Luc Baten* na skutek zapytania skierowanego przez sąd belgijski w związku z postępowaniem sądowym wszczętym przez *Gemeente Steenbergen* (holenderską jednostkę samorządu terytorialnego) przeciwko osobie zamieszkałej w Belgii³⁸. W tym wypadku Europejski Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że pojęcie spraw cywilnych, o których mowa w art. 1 konwencji, musi być wykładane autonomicznie³⁹. Odwołano się tu także do istniejącej wcześniej linii orzeczniczej⁴⁰.

Tym samym prawodawca unijny w rozporządzeniu Bruksela I bis nie pozostawił wątpliwości, że akt ten nie ma zastosowania do spraw z zakresu zabezpieczenia społecznego, co oznacza jednocześnie, że takie sprawy nie są objęte jurysdykcją sądową wyznaczaną na podstawie odrębnych przepisów określających jurysdykcję szczególną w odniesieniu do ubezpieczeń prywatnych. Ponieważ rozporządzenie Bruksela I bis nie ma zastosowania do spraw z zakresu zabezpieczenia społecznego, tym bardziej upadają wszelkie wątpliwości co do niestosowania do takich spraw norm sekcji 3., poświęconej co do zasady jurysdykcji dla spraw z ubezpieczeń (prywatnych).

³⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29.04.2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego. Dz.Urz. UE L nr 166, s. 1 ze zm.

³⁷ Por. częściowo na tle poprzedniego stanu prawnego, co nie utraciło aktualności obecnie, T. Ereciński, J. Ciszewski: *Międzynarodowe postępowanie cywilne*. Warszawa 2000, s. 34; K. Weitz: *Przedmiotowy zakres zastosowania...*, s. 460—462; szerzej, wraz z literaturą przedmiotu, zob. D. Fuchs: *Zarys prawa ubezpieczeń społecznych w Unii Europejskiej*. Katowice 1997, s. 22—33; Idem: *Normy kolizyjne w ubezpieczeniach. Próba porównania (na przykładzie rozwiązań europejskich)*. W: *II i III filar ubezpieczeń emerytalnych. Demograficzne i społeczne uwarunkowania ubezpieczeń*. Red. A. Rączaszek. Katowice 1999, s. 161—165.

³⁸ Wyrok TS z dnia 14.11.2002 r., C-271/00: *Gemeente Steenbergen v. Luc Baten*. EU:C:2002:656.

³⁹ Rangę wykładni autonomicznej przy zastosowaniu rozporządzenia nr 1215/2012 podkreślają: J. Gołaczyński, M. Zalisko: *Jurysdykcja krajowa szczególna w sprawach dotyczących czynu niedozwolonego lub czynu podobnego do niedozwolonego w rozporządzeniu nr 1215/2012*. „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 4, s. 24—25, gdzie podają także relewantne orzeczenia w tym względzie.

⁴⁰ Zilustrowano zarówno orzeczeniem LTU przeciwko Eurocontrol, jak też wyr. TS z dnia 16.12.1980 r., C-814/79: Ruffer. EU:C:1980:291.

Warto podkreślić, że powodem takiej szczególnej jurysdykcji dla spraw ubezpieczeniowych była przede wszystkim chęć stworzenia reguł jurysdykcyjnych chroniących stronę kontraktu, która zazwyczaj akceptuje zaproponowane (i z góry przygotowane w celu faworyzowania pozycji proponenta wzorca) warunki (scil. ogólne i szczegółowe warunki ubezpieczenia), przez drugą — tutaj ubezpieczyciela. Tym samym brak balansu pomiędzy potencjalnymi kontrahentami, przy praktycznej występującej co do zasady przewadze organizacyjnej, merytorycznej i częstokroć finansowoprawnej ubezpieczyciela, skłonił prawodawcę europejskiego do wprowadzenia, wzorem wielu rozwiązań krajowych, systemu szczególnych norm, których zadaniem jest ułatwienie dostępu do wymiaru sprawiedliwości w ramach UE dla ubezpieczających, ubezpieczonych czy też innych osób uprawnionych do świadczeń ubezpieczeniowych (np. beneficjentów w umowach ubezpieczeń na życie).

Tożsamy powód spowodował wyodrębnienie norm jurysdykcyjnych w odniesieniu do umów konsumenckich. Odrębną, niemniej ważną przyczyną, chociaż rzadziej podkreślaną w literaturze, było istotne zróżnicowanie relewantnych przepisów w poszczególnych państwach członkowskich⁴¹.

W ten sposób dział 3. *Jurysdykcja w sprawach dotyczących ubezpieczenia* odnosi się jedynie do ubezpieczeń prywatnych, a nie takich, którym można przydać przymiot publicznych, czy szerzej spraw z zakresu zabezpieczenia społecznego. Chociaż przepisy rozporządzenia Bruksela I bis nie zawierają definicji tego pojęcia (taka definicja z powodu chociażby różnorodności systemów zabezpieczenia społecznego w Europie, system Beveridge'a *versus* system bismarkowski, byłaby praktycznie niemożliwa do przyjęcia), to nie ulega wątpliwości, podobnie jak w przypadku zagadnienia kwalifikacji spraw z zakresu „ubezpieczenia społecznego”, że jego wykładnia nie powinna być dokonywana wyłącznie zgodnie z *lex fori*, ale winna uwzględniać przede wszystkim postulat autonomicznej interpretacji rozporządzenia⁴². Oczywiście pozostaje pytanie, co wchodzi w zakres przedmiotowy ubezpieczeń prywatnych, a szczególnie — czy spory ze wszystkich czynności ubezpieczeniowych o charakterze unijnym i transgranicznym podlegają sekcji 3.⁴³

⁴¹ Por. P. Kaye: *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*. Abingdon 1987, s. 806.

⁴² Por. J. Kropholler: *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*. Heidelberg 1996, s. 160; P. Schlosser: *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen mit Luganer Übereinkommen und den Haager Übereinkommen über Zustellung und Beweisaufnahme*. München 1996, s. 69.

⁴³ Szerzej D. Fuchs: *Jurysdykcja sądów powszechnych w zakresie ubezpieczeń gospodarczych zgodnie z rozporządzeniem nr 1215/2012 (tzw. Bruksela I bis)*...

3.2. Jak rozumieć pojęcie działalności ubezpieczeniowej w rozporządzeniu I bis?

Analogicznie do powyższego w analizach dotyczących konwencji brukselskiej zwraca się uwagę na wykładnię zgodną ze „wspólnotowym rozumieniem pojęć”, co jest o tyle łatwiejsze w praktyce, że konwencja brukselska stanowiła (a stanowi wciąż w odniesieniu do Danii) immanentną część *acquis*, co tym bardziej dotyczy rozporządzenia Bruksela I bis⁴⁴. Należy jednocześnie zwrócić uwagę, że w prawie wspólnotowym występuje *de lege lata* brak kompleksowej definicji działalności ubezpieczeniowej (jak też umowy ubezpieczenia, poza odpowiednią normą unijnego projektu PEICL⁴⁵), wyjąwszy katalog tzw. ryzyk ubezpieczeniowych oraz zasadę oddzielenia ubezpieczeń na życie od pozostałych ubezpieczeń, jak o tym stanowią dyrektywy ubezpieczeniowe tzw. pierwszej generacji⁴⁶.

Trzeba podkreślić, że bez znaczenia dla właściwości przepisów sekcji 3. rozporządzenia Bruksela I bis jest forma organizacyjno-prawna jednej ze stron kontraktu, a w szczególności fakt, że ubezpieczycielem jest podmiot należący do danego państwa⁴⁷. Jest to analogiczna koncepcja do tej, dzięki której dana sprawa uznawana jest za cywilną, a mianowicie sprawą cywilną jest ta, której powództwo oparte jest na prawie prywatnym⁴⁸.

W polskich realiach w kontekście interpretacji spraw z zakresu ubezpieczeń nie można wykluczyć możliwości oceny zastosowania przepisów art. 8 i n. ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej [dalej: u.d.u.r.] przez wzgląd na art. 4 u.d.u.r.⁴⁹, która zawiera definicję działalności ubezpieczeniowej podobną do obowiązujących w niektórych innych państwach członkowskich Unii Europejskiej⁵⁰. Wobec tego

⁴⁴ Por. *Product Liability. European Laws and Practice*. Ed. C. Hodges. London 1993, s. 124.

⁴⁵ Artykuł 1: 201(1) PEICL, szerzej por. D. Fuchs: *PEICL jako materialnoprawny projekt europejskiego instrumentu opcjonalnego...*

⁴⁶ Por. D. Fuchs, w: E. Kowalewski, D. Fuchs, W.W. Mogilski, M. Serwach: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*. Toruń—Bydgoszcz 2006.

⁴⁷ Zob. orzeczenie szwajcarskiego sądu federalnego *Banque Bruxelles Lambert (Suisse) przeciwko Republique du Paraguay et Sezione speciale per l'assicurazione del credito all'esportazione* z dnia 20.08.1998 r., www.jura.uni-sb.de.

⁴⁸ Interesująco ten wątek, wskazując na odmienności pomiędzy tradycją kontynentalną a Common Law, omawiają: G. Walter, S.P. Baumgarten: *Recognition and Enforcement of Foreign Judgements Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions*. The Hague—London—Boston 2000, s. 12—14.

⁴⁹ Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. T.j. Dz.U. 2018, poz. 999 ze zm.

⁵⁰ Szerzej zob. D. Fuchs: *Holding ubezpieczeniowy w prawodawstwie polskim oraz wspólnotowym. Zarys problematyki*. W: *Harmonizacja polskiego prawa gospodarczego*

uzasadniona jest interpretacja pojęcia spraw ubezpieczeniowych (scil. sprawy ubezpieczeniowej) pomocniczo oparta na prawie merytorycznym państwa członkowskiego, ale jedynie wtedy, gdy jest zgodna z celem rozporządzenia Bruksela I bis (i analogicznie jego poprzednika lub właściwych konwencji brukselskiej i obu lugańskich) oraz zasadami systemów prawnych państw UE⁵¹.

3.3. Reasekuracja i retrocesja

Zarówno w literaturze przedmiotu⁵², jak i w orzecznictwie utrwalilo się już przekonanie, że europejskie normy jurysdykcyjne odnoszące się *stricte* do sporów ubezpieczeniowych nie mają zastosowania do spraw, których podstawą materialnoprawną jest umowa reasekuracji lub retrocesji⁵³.

z wymogami Unii Europejskiej. Red. B. Gnela, R. Szostak. Kraków 2001, s. 171; Idem: *Znaczenie ratyfikacji przez RP Konwencji z Lugano dla właściwości sądu w zakresie ubezpieczeń gospodarczych*. W: *Wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej. VI Ogólnopolska Konferencja Prawnicza, Toruń 16–17 listopada 2000 roku*. Red. C. Mik. Toruń 2001, s. 408–409, a także Idem: *Komentarz do art. 805 k.c.* W: *Kontrakty na rynku ubezpieczeń*. Red. D. Fuchs, K. Malinowska, D. Maśniak...

⁵¹ Orzeczenia ETS-u: LTU v. Eurocontrol z 1976 r. oraz Gemeente Steenberg v. Luc Baten z 2002 r.; szerzej zob. D. Fuchs: *Właściwość sądu i właściwość prawa...*, s. 51–55; zarazem należy podkreślić nowatorskie ujęcie tematu przez K. Pacułę, zob. K. Pacuła: *Kwalifikacja w prawie prywatnym międzynarodowym Unii Europejskiej. Od kwalifikacji autonomicznej ku... kwalifikacji według „lex fori”*. Referat wygłoszony podczas konferencji nt. *Aktualne problemy prawa prywatnego międzynarodowego*, Toruń, 13–14 czerwca 2019 r., gdzie referent odwołał się także do tego ostatniego orzeczenia, zob. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2019, T. 25, s. 107 i n.; interesujące rozważania na ten temat prowadzi także M. Fras: *Umowa ubezpieczenia grupowego. Aspekty prawne*. Warszawa 2015. LEX [Dostęp: 4.04.2020 r.].

⁵² Por.: *International Contracts. Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law*. Ed. M. Koppenol-Laforce. London 1996, s. 48; P. Schlosser: *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen...*, s. 69–70; D.J. Freeman: *International Jurisdiction and the Recognition and enforcement of foreign judgements: Preaction protocol for debt claims*, www.djfreeman.co.uk/pubs/l-jurisd.htm, s. 5 [Dostęp: 31.03.2020 r.]; A. Layton: *The Interpretation of the Brussels Convention by the European Court and English Courts*. „Civil Law Quarterly” 1992, vol. 2, s. 35–36, który powołując się na orzeczenie w sprawie *New Hampshire v. Strabag Bau*, wskazuje, że biorąc pod uwagę wykładnię celowościową, można postulować wyłączenie z zakresu zastosowania konwencji brukselskiej również innych umów ubezpieczenia, które są zawierane między zakładem ubezpieczeń a np. międzynarodowym konsorcjum budowlanym, co również, jak w przypadku umowy reasekuracji, nie znajduje uzasadnienia w wykładni językowej konwencji. Wydaje się, że wypowiedzi doktryny uznają za aksjomat tezę P. Schlossera; por. D. Fuchs: *Działalność ubezpieczeniowa...*, s. 65, przyp. 19.

⁵³ Por. *European Parliament opinion on the proposal for a Council...*, s. 9.

Dla uchwycenia specyfiki reasekuracji cenne są konstatacje wynikające z orzeczeń sądów brytyjskich⁵⁴. Za reprezentatywny przykład może także służyć orzeczenie w sprawie *New Hampshire v. Strabag Bau AG*, w którym sąd wskazał, że należy stwierdzić, iż ochronny charakter przepisów rozdziału 3. (scil. konwencji Lugano I, co jest aktualne w przypadku sekcji 3. rozporządzenia Bruksela I bis) jest zbędny w przypadku umowy reasekuracji, w której nie występuje ubezpieczony, którego interesów należy w sposób wzmoczony chronić⁵⁵. Odmienne wnioski w tym zakresie powodowałyby z kolei niepotrzebne zdublowanie przepisów dotyczących jurysdykcji sądu w sprawach konsumenckich⁵⁶. Wprowadzenie w praktyce swoistego *superfluum* niewątpliwie nie służyłoby uczestnikom rynku ubezpieczeniowego. Analogicznie zasadność wyłączenia umowy reasekuracji z tego kręgu semantycznego znalazła również swoją aktualność w sprawie *Group Josi Reinsurance Company Co. v. Universal General Insurance Company* rozstrzyganej przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości⁵⁷. Występuje także przekonujący argument, że istotą działalności reasekuracyjnej jest dyspersja w zakresie tzw. dużych ryzyk⁵⁸, co ze swej istoty wiąże się z działalnością profesjonalnie przygotowanych do zawierania odpowiednich umów ubezpieczenia zakładów ubezpieczeń, które są zarazem równoprawnym kontrahentem dla reasekuratorów. Tym samym nie ma potrzeby angażowania prawodawcy unijnego w tworzenie czy też adaptowanie norm szczególnych, *de facto* ochronnych, dla jakiegokolwiek strony takiego dwustronnie kwalifikowanego stosunku prawnego.

Należy zatem przyjąć, że umowa reasekuracji tak dalece różni się od umowy ubezpieczenia, że nie ma potrzeby zamieszczać takiego wyłączenia w przepisach poświęconych właściwości sądu w odniesieniu do sporów wynikłych z umowy ubezpieczenia⁵⁹. Należy także podkreślić w zgodzie z analizą prawnoporównawczą, że stosunek reasekuracji jest

⁵⁴ Zob. *Agnew et al. v. Lansforsakringsbolagens AB*, „The All England Law Reports” 2000, 1, s. 737. Por. C. Renfors, F. van der Velden, R. Wagner: *Trzecie sprawozdanie na temat krajowego prawa precedensowego dotyczącego konwencji z Lugano*, https://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/lugano/raporty/lugano_raport3.pdf [Dostęp: 31.03.2020 r.].

⁵⁵ Zob. sędzia Potter, in: *New Hampshire v. Strabag AG*; por. M. Clarke: *The Law of Insurance Contracts*. London 1994, s. 62.

⁵⁶ Por. D. Fuchs: *Działalność ubezpieczeniowa...*, s. 65; Idem, w: *Prawo o kontraktach w ubezpieczeniach. Komentarze do przepisów i wybranych wzorców umów*. Red. Z. Brodecki. Zakamycze 2003, *passim*.

⁵⁷ Wyrok TS z dnia 13.07.2000 r., C-412/98, *Group Josi Reinsurance Company SA v. Universal General Insurance Company (UGIC)*. EU:C:2000:399.

⁵⁸ Por. T.H. Ellis: *The Single European Market and Insurance Law and Practice*. London 1994, s. 65.

⁵⁹ Por. treść art. 820 polskiego k.c., szerzej D. Fuchs, w: *Kontrakty na rynku ubezpieczeń*. Red. D. Fuchs, K. Malinowska, D. Maśniak...

prawnie relewantny jedynie pomiędzy reasekuratorem (tzw. cesjonariuszem) a ubezpieczycielem (cedentem), gdyż reasekurator tylko w stosunku do swego kontrahenta odpowiada umownie, a ubezpieczający (lub ubezpieczony) nie ma żadnego roszczenia, nawet na wzór *actio directa* przy ubezpieczeniu OC, do reasekuratora⁶⁰.

Podobnie Europejski Trybunał Sprawiedliwości przywołał dodatkowo wyrażoną przez siebie tezę w uzasadnieniu Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs — AG et al. v. Amministrazione del Tesoro dello Stato: „jest oczywiste po rozważeniu przepisów tego rozdziału [3. konwencji brukselskiej, zob. sekcja 3. rozporządzenia I bis — D.F.], [...] że ich celem jest ochrona ubezpieczonego, który jest najczęściej stroną kontraktu, którego postanowień nie może negocjować i który się znajduje w ekonomicznie słabszej pozycji”⁶¹. Taka sytuacja nie zachodzi ani w umowie reasekuracji, ani retrocesji.

Nie należy zapominać, że umowa ubezpieczenia zazwyczaj jest precyzyjnie definiowana w prawodawstwach państw członkowskich UE, co w przypadku umowy reasekuracji występuje o wiele rzadziej. Są to umowy „konceptyjnie różne”. „Żaden [...] ze społecznych aspektów umowy ubezpieczenia nie występuje w odniesieniu do umowy reasekuracyjnej”⁶². Funkcją gospodarczą umowy reasekuracji nie jest tworzenie nowych funduszy, lecz bardziej efektywne korzystanie ze środków zgromadzonych przez poszczególnych ubezpieczycieli⁶³.

Dodatkowym, równie przekonującym, argumentem jest stwierdzenie, że prawodawca unijny, dokonując reglamentacji działalności reasekuracyjnej, przede wszystkim w celu zagwarantowania efektywnej możliwości korzystania w ramach rynku wspólnotowego z zasady swobody zakładania przedsiębiorstw i swobody świadczenia usług, oddzielnie reglamentuje sferę ubezpieczeń bezpośrednich oraz reasekuracji⁶⁴. W podobnym

⁶⁰ Tak słusznie Z. Jęksa: *Ubezpieczenia majątku i zysku firmy*. Warszawa 1999, s. 97.

⁶¹ Zob. wyr. TS z dnia 14.07.1983 r., C-201/82, Gerling Konzern Speziale Kreditversicherung AG et al. v. Amministrazione del Tesoro dello Stato. EU:C:1983:217.

⁶² Por. J. Łopuski: *Umowa ubezpieczeniowa a umowa reasekuracji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*. W: *Ubezpieczenia w gospodarce rynkowej*. T. 3. Red. T. Sangowski. Bydgoszcz—Poznań 2002, s. 67, gdzie autor przytacza stanowisko Adwokata Generalnego ze sprawy Group Josi Reinsurance Company SA, a także por. interesujące rozważania odnoszące się do natury działalności ubezpieczeniowej i odpowiednio reasekuracyjnej na s. 69—73.

⁶³ Ibidem, s. 71 (warto podkreślić, że w dużej mierze rozważania autora odnoszą się do europejskich rozwiązań w zakresie jurysdykcji na podstawie przepisów konwencji brukselskiej i odpowiednio Lugano I).

⁶⁴ Szerzej zob. D. Fuchs, w: E. Kowalewski, D. Fuchs, W.W. Mogilski, M. Serwach: *Prawo...*, s. 532 i n. oraz E. Kowalewski, D. Fuchs, M.P. Ziemiak: *Implementacja dyrektywy reasekuracyjnej do polskiego porządku prawnego*. „Prawo Asekuracyjne”

kierunku zmierza część prawodawców krajowych, chociaż nie wszyscy, bo prawodawca polski stara się ująć obie działalności, chociaż merytorycznie i redakcyjnie separując w jednej ustawie (u.d.u.r.). Pozostaje do rozwikłania kwestia, jak w tym ewentualnym zakresie, w kontekście zakresu przedmiotowego zastosowania sekcji 3. rozporządzenia Bruksela I bis, mieści się gwarancja ubezpieczeniowa.

4. Casus gwarancji ubezpieczeniowej w rozporządzeniu Bruksela I bis

Rozporządzenie Bruksela I bis (podobnie jak w przypadku sporów wynikłych ze stosunku gwarancji bankowej) nie zawiera wprost szczególnych przepisów jurysdykcyjnych dotyczących stosunku gwarancji ubezpieczeniowej, co uzasadnia *prima facie* (oprócz także aktualnego w kontekście regulacji „Bruksela I bis” argumentu celowościowego, powołującego się na aksjologię norm chroniących uzasadnione interesy ubezpieczającego, ubezpieczonego czy też poszkodowanego) negatywną odpowiedź na zasadnicze pytanie o możliwość zastosowania także norm sekcji dotyczącej ubezpieczeń prywatnych do spraw sądowych, których materialnoprawną podstawą są prawa i obowiązki wynikające np. z zawartej umowy o udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej.

Sytuacja tożsama do wyżej opisanej występuje w odniesieniu do umowy gwarancji ubezpieczeniowej. Innymi słowy, nie ulega wątpliwości, że czynność ubezpieczeniowa w postaci udzielenia przez ubezpieczyciela gwarancji ubezpieczeniowej mieści się w zakresie ubezpieczeń prywatnych oraz jest przejawem działalności ubezpieczeniowej, odmiennie niż zabezpieczenie społeczne, a analogicznie do reasekuracji wraz z retrocesją (zob. pkt 3 rozważań). To jednak nie przesądza jeszcze o szczegółowym umiejscowieniu w treści rozporządzenia Bruksela I bis jurysdykcji sporów sądowych tego rodzaju.

W ślad za powyższymi tezami, przyjętymi *prima facie*, na zasadzie wykładni celowościowej o wyłączeniu stosowania „ubezpieczeniowych” norm jurysdykcyjnych rozporządzenia UE Bruksela I bis (por. umowa reasekuracji lub retrocesji) w zakresie sporów z ubezpieczeń prywatnych do stosunku gwarancji ubezpieczeniowej, zasadne jest jednak bardziej szczegółowe odniesienie się do tego problemu.

2009, nr 2, a także D. Fuchs: *Jurysdykcja sądów powszechnych w zakresie ubezpieczeń gospodarczych zgodnie z rozporządzeniem nr 1215/2012 (tzw. Bruksela I bis)*...

Z powołaniem się na refleksje zawarte w pkt. 3 niniejszego artykułu należy zadać pytanie, czy stosować szczególne przepisy jurysdykcyjne odnoszące się do ubezpieczeń także do umowy ubezpieczenia, co jest zagadnieniem dotychczas niepodkreślonym w orzeczeniach zapadłych w związku z konwencją lugańską i odpowiednio brukselską, a także rozporządzeniem 44/2001, a w konsekwencji rozporządzeniem 1215/2012. W związku z tym powstają wątpliwości w kontekście ewentualnego stosowania przepisów sekcji 3. rozporządzenia Bruksela I bis do sporów powstałych na podstawie zawartych umów gwarancji ubezpieczeniowej⁶⁵. Jest to zabieg o tyle istotny, że pojawił się w literaturze rodzimej ciekawy pogląd o dopuszczalności takiej wykładni, jak mniema autor, w odniesieniu do stosownych europejskich norm jurysdykcyjnych⁶⁶.

Koncepcyjnie ujmując tę kwestię, to gwarant będący zakładem ubezpieczeń (ubezpieczycielem) udziela beneficjentowi zabezpieczenia ziszczenia się określonego rezultatu, najczęściej wykonania umowy przez osobę trzecią — zleceniodawcę gwarancji w postaci zobowiązania do wypłaty określonej umową sumy⁶⁷. Taki mechanizm konstrukcyjny występuje niezależnie od mnogości poszczególnych rodzajów gwarancji ubezpieczeniowych w obrocie gospodarczym, zarówno krajowym, jak i międzynarodowym⁶⁸. Można przyjąć (podobnie jak w przypadku gwarancji bankowych), że współcześnie najczęściej występuje gwarancja na pierwsze żądanie i nieodwoławalna⁶⁹. Z kolei charakteryzując umowę gwarancji ubezpieczeniowej jako jednostronnie kwalifikowaną (status ubezpieczyciela) umo-

⁶⁵ Szczegółowo wraz z cytowaną tam literaturą zob. G. Tracz: *Umowa gwarancji ze szczególnym uwzględnieniem gwarancji bankowej*. Kraków 1998; R. Blajer: *Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe w obrocie międzynarodowym*. Warszawa 1999, a także zob. B. Andrzejuk, I. Heropolitańska: *Gwarancje, poręczenia, awale i akredytywy stand-by*. Warszawa 2000; J. Pisuliński, w: *Prawo bankowe. Komentarz*. Red. E. Fojcik-Mastalska. Warszawa 1999.

⁶⁶ Por. M. Kropka: *Pojęcie umowy ubezpieczenia w świetle przepisów wspólnotowych dyrektyw ubezpieczeniowych*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2007, nr 1, s. 81; interesujące rozważania odnoszące się do kolizyjnych (a także prawnoporównawczych) aspektów gwarancji ubezpieczeniowej zawarto w pracy Idem: *Kolizyjnoprawna regulacja umowy ubezpieczenia w rozporządzeniu Rzym I...*, s. 47 i n.

⁶⁷ Por. G. Tracz, w: *Encyklopedia prawa bankowego*. Red. W. Pyziół. Warszawa 2000, s. 225; A. Tynel, J. Funk, W. Chwalej: *Międzynarodowe prawo handlowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2002, s. 184; szerzej D. Fuchs: *Jurysdykcja sądów powszechnych w zakresie ubezpieczeń gospodarczych zgodnie z rozporządzeniem nr 1215/2012 (tzw. Bruksela I bis)...*

⁶⁸ Przykładowe wyliczenie wraz z omówieniem L. Michalik, D. Seliga: *Ubezpieczenia finansowe. W: Podstawy ubezpieczeń*. T. 2: *Produkty*. Red. J. Monkiewicz. Warszawa 2011, s. 300—306.

⁶⁹ Na co zwracają słusznie uwagę T. Kwieciński, J. Pokrzywniak, P. Jрус: *Wstrzymanie realizacji gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej na podstawie postanowienia sądowego*. „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2015, nr 2, s. 67—68.

wę nienazwaną (co czasami jest kwestionowane ze względu na regulację publicznego prawa ubezpieczeniowego⁷⁰), gdzie zobowiązanie gwaranta — zakładu ubezpieczeń ma charakter samoistny i abstrakcyjny⁷¹, a beneficjent jako oblat zasadniczo decyduje o przyjęciu oferty ubezpieczyciela (w trybie ofertowym, co może nastąpić także w efekcie przeprowadzonych rokowań lub przetargu⁷²), należy wyróżnić, zgodnie z poglądem ugruntowanym w literaturze przedmiotu⁷³, trzy stosunki umowne.

Pierwszy z nich to zobowiązanie pomiędzy zleceniodawcą gwarancji a jej beneficjentem (stosunek podstawowy). Z niego wynika kolejny stosunek, a mianowicie zobowiązanie pomiędzy zobowiązanym — zleceniodawcą gwarancji — a ubezpieczycielem, które ma postać umowy udzielenia gwarancji na rzecz beneficjenta⁷⁴, określanej również mianem umowy o gwarancję ubezpieczeniową⁷⁵. Pomiedzy ubezpieczycielem a beneficjentem gwarancji nawiązuje się z kolei trzeci stosunek umowy — umowa gwarancji ubezpieczeniowej⁷⁶.

Konsekwentnie należy założyć, że spory wynikłe z zawartej umowy o gwarancję ubezpieczeniową należy wykluczyć spośród takich, które mieszczą się w zakresie przedmiotowym sekcji 3. rozporządzenia Bruksela I bis, z następujących zasadniczych powodów. Przede wszystkim jest to umowa o świadczenie usług, niebędąca jednocześnie umową ubezpieczenia, chociaż w odniesieniu do tego stwierdzenia można by kontrargumentować, że wykazuje na tyle ścisły związek z działalnością ubezpieczeniową, że może *sensu legis* mieścić się w zakresie spraw ubezpieczeniowych z sekcji 3. Należy zauważyć jednak, że istnieją istotne argumenty za poglądem przeciwnym. Przede wszystkim, uwzględniając zarówno wykładnię autonomiczną, jak i wyniki zgodnej z nią analizy prawnoporównawczej, nie można uznać umowy o gwarancję ubezpiecze-

⁷⁰ W polskich realiach, przez wzgląd na wymienienie przez prawodawcę gwarancji ubezpieczeniowej jako dopuszczalnej czynności, w Załączniku (*Podział ryzyka według działów, grup i rodzajów ubezpieczeń*) do ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. T.j. Dz.U. 2019, poz. 381.

⁷¹ Zob. także V. Bödeker: *Staatliche Exportkreditversicherungssysteme*. Berlin—New York 1992, s. 19.

⁷² Co w rodzimych realiach występuje relatywnie często w związku z zastosowaniem ustawy z dnia 29.01.2004 r. — Prawo zamówień publicznych. Dz.U. 2019, poz. 1843 ze zm.

⁷³ Por. J. Kukiełka: *Ubezpieczenie kredytu*. Warszawa 1994, s. 24; Idem: *Ubezpieczyciel jako gwarant*. „Prawo Asekuracyjne” 1995, 3, s. 34; chociaż zauważalne są inne poglądy na tę materię, zestawienie w E. Kowalewski: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*. Bydgoszcz—Toruń 2002, s. 346—347.

⁷⁴ Por. R. Blajer: *Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe...*, s. 17 i 21.

⁷⁵ J. Kukiełka: *Ubezpieczyciel...*, s. 34—35.

⁷⁶ Por. *Ubezpieczenia finansowe i gwarancje ubezpieczeniowe*. Red. R. Holly. Warszawa 2003, s. 80.

niową za kontrakt, w którym występuje ubezpieczający, ubezpieczony lub beneficjent (uposażony) w znaczeniu, o którym mowa w przepisach sekcji 3., chociażby przez wzgląd na art. 10 rozporządzenia Bruksela I bis⁷⁷. W odróżnieniu od umowy ubezpieczenia, przyjmuje się powszechnie, że jest to stosunek prawny jednostronnie zobowiązujący i niewzajemny. W dalszej kolejności trzeba podkreślić, że o ile w umowie ubezpieczenia udzielona ochrona jest świadczeniem wzajemnym za składkę, o tyle w umowie o gwarancję ubezpieczeniową odpowiedzialność ubezpieczyciela nie jest od tego bezwzględnie uzależniona (sprzęgnięta wzajemnie)⁷⁸. W stosunku gwarancyjnym nie występuje także popularny w umowie ubezpieczenia paradygmat zakazu wzbogacenia⁷⁹.

Jednocześnie, co stanowi drugą przyczynę wyłączenia, istnieje jeszcze jedna obiekcyjna przesłanka kwalifikowania takiej umowy jako umowy mieszczącej się w zakresie zastosowania przepisów rozporządzenia Bruksela I bis dotyczących spraw ubezpieczeniowych. Jest nią, podobnie jak w przypadku reasekuracji, status kontrahenta, który będąc z zasady profesjonalnym przedsiębiorcą, zawiera umowę z ubezpieczycielem nie w celu zapewnienia sobie ochrony ubezpieczeniowej na wzór umowy ubezpieczenia (w której powstający stosunek prawny jest częstokroć bardziej skomplikowany faktycznie i prawnie *ex definitione* od stosunku gwarancji ubezpieczeniowej; dlatego też można wywodzić konieczność ochrony klienta ubezpieczyciela). W przypadku umowy o udzielenie gwarancji taka konieczność nie występuje, a funkcja zakładu ubezpieczeń nie różni się zasadniczo od funkcji banku, który udziela w analogicznych stanach faktycznych gwarancji. Dlatego też ewentualne odwoływanie się przez ubezpieczycieli w praktyce, w razie udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej do treści ogólnych warunków ubezpieczenia, należy uznać za całkowicie nieskuteczne, chociaż nic nie stoi na przeszkodzie skonstruowania przez ubezpieczyciela np. ogólnych warunków gwarancji ubezpieczeniowej⁸⁰. Wynika to także z nieakcesoryjnego charakteru stosunku gwarancyjnego⁸¹. Można również w tym abstrakcyjnym charakterze gwarancji ubezpieczeniowej doszukiwać się *criterium divisionis* dla odseparowania tego stosunku od umowy ubezpieczenia, która powszechnie uznawana jest za kauzalną⁸².

⁷⁷ W prawie polskim por. J. Kukiełka: *Gwarancje z punktu widzenia zakładu ubezpieczeń*. „Przeгляд Ubezpieczeń Społecznych i Gospodarczych” 1998, nr 4, s. 30.

⁷⁸ L. Michalik, D. Seliga: *Ubezpieczenia finansowe...*, s. 306.

⁷⁹ Na te i inne różnice słusznie zwraca uwagę E. Kowalewski: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych...*, s. 351–352.

⁸⁰ Słusznie J. Kukiełka, D. Poniewierka: *Ubezpieczenia finansowe*. Bydgoszcz—Warszawa 2003, s. 92–93.

⁸¹ Na co zwraca uwagę R. Blajer: *Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe...*, s. 21.

⁸² Zamiast wielu E. Kowalewski, w: E. Kowalewski, D. Fuchs, W.W. Mogilski, M. Serwach: *Prawo...*, s. 234.

O ile dla stosunku ubezpieczeniowego ma znaczenie np. należyte wykonanie zobowiązania przez ubezpieczonego na podstawie umowy ubezpieczenia OC, o tyle w gwarancji bez znaczenia co do zasady pozostanie dla obowiązku wykonania przez ubezpieczyciela jako gwaranta fakt spełnienia stosownych świadczeń umownych przez zleceniodawcę gwarancji beneficjentowi w ramach tzw. stosunku podstawowego⁸³.

Przyjmując powyższe uzasadnienie, ani konwencja brukselska, ani konwencje lugańskie (i odpowiednio rozporządzenia 44/2001 oraz 1215/2012) nie zawierają szczególnych przepisów jurysdykcyjnych, co uzasadnia negatywną odpowiedź na pytanie o możliwość zastosowania norm sekcji 3. do spraw sądowych, których materialnoprawną podstawą są prawa i obowiązki wynikające z zawartej umowy o udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej. Różnice występujące zarówno w praktyce, jak i będące tego pochodnymi regulacje poszczególnych państw członkowskich wskazują, że w tym zakresie sekcję 3., obejmującą *prima facie* normami szczególnymi jurysdykcję dotyczącą spraw z zakresu ubezpieczeń do umowy o gwarancję ubezpieczeniową, należy wykluczyć.

Analogiczna sytuacja występuje w odniesieniu do umowy gwarancji ubezpieczeniowej. Również w tym zakresie nie można wskazać na orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ani na dotychczas wydane główne precedensy sądowe państw członkowskich, ale istnieją orzeczenia zapadłe w odniesieniu do sporów powstałych w związku z gwarancją bankową. W jednym z takich orzeczeń austriackiego Sądu Najwyższego⁸⁴ wyraźnie podkreślono umowny charakter gwarancji bankowej⁸⁵, a w związku z tym stwierdzono właściwość w tym zakresie normy art. 5 ust. 1 konwencji lugańskiej, która stwierdza *in capita*, że „osoba, która ma miejsce zamieszkania na terytorium jednego z Umawiających się Państw, może być pozwana w innym Umawiającym się Państwie, jeżeli przedmiotem postępowania jest umowa lub roszczenia wynikające z umowy — przed sąd miejsca, gdzie zobowiązanie zostało wykonane albo miało być wykonane” (co jest odpowiednikiem art. 5 pkt 1 rozporządzenia 44/2001 i art. 5 pkt 1 rozporządzenia Bruksela I bis). Stąd można wywodzić wniosek, że wobec podobieństw umowy gwarancji ubezpieczeniowej

⁸³ Szerzej *Ubezpieczenia finansowe i gwarancje ubezpieczeniowe*. Red. R. Holly..., s. 8182.

⁸⁴ Por. Oberster Gerichtshof Nr. 11 z dnia 9.09.1997 r.; por. H. Bull, G. Musger, F. Pocar: *Drugie sprawozdanie na temat krajowego prawa precedensowego dotyczącego Konwencji z Lugano*, http://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/lugano/raporty/lugano_raport2.pdf.

⁸⁵ Chociaż są w literaturze zgłaszane poglądy odmienne, które argumentują jednostronny charakter tej czynności prawnej, por. J. Pisuliński, w: *Prawo bankowe. Komentarz*. Red. E. Fojcik-Mastalska..., s. 134—135.

i bankowej⁸⁶ również w przypadku tej pierwszej będzie właściwa norma „ogólna” rozporządzenia unijnego jako *lex generalis* dla właściwości sądowej w odniesieniu do sporów wynikających z kontraktów.

Może się jednocześnie wydawać, że nie jest to pogląd przesadzający, chociażby z uwagi na fakt, że sekcja 3. rozdziału II rozporządzenia 1215/2012, zatytułowana *Jurysdykcja w sprawach dotyczących ubezpieczenia*, nie ma swojego odpowiednika w odniesieniu do umów bankowych, co przy podkreślonej ogólnej przesłance wyodrębnienia w treści konwencji przypadków właściwości szczególnej co do ubezpieczeń i konsumentów (sekcja 4.)⁸⁷, jaką jest ochrona słabszej organizacyjnie i ekonomicznie strony kontraktu, może zrodzić postulat regulacji w odniesieniu do usług bankowych, co jest jednak mało prawdopodobne. Jednak ze względu na „ochronny” charakter norm sekcji poświęconej ubezpieczeniom gospodarczym rozporządzenia Bruksela I bis taki argument należy uznać za chybiony, gdyż nie ma racjonalnych przyczyn, aby chronić interesy zleceniodawcy gwarancji czy też gwaranta, tak jak prawo unijne czyni to w odniesieniu do ubezpieczonego czy poszkodowanego przez normy jurysdykcyjne⁸⁸. Tutaj *per analogiam* właściwe jest ponowne przywołanie poglądów sformułowanych na tle stosunku umownego reasekuracji i retrocesji, a przytoczonych powyżej.

Tym samym można zasadnie przyjąć wniosek, że sekcja 3. rozporządzenia Bruksela I bis, odnosząca się formalnie do jurysdykcji w zakresie ubezpieczeń, zasadniczo, z poszanowaniem *ratio regulationis* użytej przez prawodawcę unijnego liczby mnogiej, w rzeczywistości dotyczy spraw z umów ubezpieczeń, a nie wszystkich czynności ubezpieczeniowych (zob. np. wyłączenie reasekuracji i retrocesji), jakie dopuszcza obrót prawny państw członkowskich UE. Warto po raz kolejny podkreślić, że nie wyklucza to spraw z zakresu koasekuracji, gdyż ten stosunek prawny powszechnie jest utożsamiany z umową ubezpieczenia (scil. bezpośredniego), a nie np. reasekuracją czy gwarancją ubezpieczeniową (do czego podobieństw relewantnych nie ma w ogóle).

⁸⁶ Nie można jednak zapominać o istotnych różnicach, zob. R. Blajer: *Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe...*, s. 19–22; zob. analiza prawno-porównawcza instytucji gwarancji G. Tracz: *Umowa gwarancji...*, s. 45.

⁸⁷ Por. J. Łopuski: *Konwencja lugańska i jej znaczenie dla praktyki ubezpieczeniowej*. „Prawo Asekuracyjne” 2001, nr 2, s. 9; K. Flaga-Gieruszyńska: *Konwencja o jurysdykcji krajowej i wykonalności orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych — wybrane zagadnienia*. „Rejent” 2000, nr 1, s. 76.

⁸⁸ Szerzej w poprzednim stanie prawnym D. Fuchs, w: A. Brodecka-Chamera et al.: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz*. T. 2..., s. 73–77; pogląd odmienny prezentuje M. Kropka: *Pojęcie umowy ubezpieczenia w świetle przepisów wspólnotowych...*, s. 81–82.

Dodatkowo można podkreślić istotne różnice między umową ubezpieczenia a umową gwarancji ubezpieczeniowej⁸⁹, także wynikających z regulacji ubezpieczeniowej *lex fori* na przykładzie prawa polskiego.

W przypadku umowy ubezpieczenia ubezpieczyciel zapewnia ochronę ubezpieczonemu na wypadek ryzyka wystąpienia skutków zdarzeń losowych, w zamian za co ubezpieczający zobowiązuje się do zapłaty składki (por. art. 805 k.c. w zw. z art. 4 u.d.u.r.). Wysokość świadczenia finansowego, do którego zobowiązuje się zakład ubezpieczeń w ubezpieczeniu mienia lub OC będącego następstwem powstałej szkody, jest zasadniczo ograniczona jej wartością (istotne odmienności występują w tym zakresie dla ubezpieczeń osobowych, regulowanych art. 828—834 k.c., co nie zmienia jednak konkluzji autora, gdyż gwarancji ubezpieczeniowej, jako czynności w zakresie ubezpieczeń innych niż ubezpieczenia na życie, nie należy przyrównywać np. do umowy ubezpieczenia na życie⁹⁰). Nie ma też podstawy prawnej nawet do *per analogiam* stosowania przepisów Tytułu XXVII Księgi III Kodeksu cywilnego do stosunku gwarancji ubezpieczeniowej z powodu konstrukcyjnych różnic obu stosunków prawnych. W umowie gwarancji samoistna odpowiedzialność ubezpieczyciela jest uzależniona od roszczenia zgłoszonego przez beneficjenta, który składki nie płaci i nie otrzymuje w związku z tym ochrony ubezpieczeniowej. Tym samym nie ma znaczenia, co do zasady, fakt ani wysokość poniesionej przez beneficjenta szkody. Jest to konkluzja zasadniczo spójna na tle prawnoporównawczym⁹¹. Z tego też względu obecnie wciąż nie ma podstaw do przyjęcia poglądu (jak pod rządami rozporządzenia 44/2001), że zasięgiem norm sekcji 3. rozporządzenia Bruksela I bis należy objąć stosunek gwarancji ubezpieczeniowej, także przy pomocniczym wykorzystaniu wykładni *lex fori*, w hipotetycznym stanie rozstrzygania sprawy przez sąd polski⁹². Nie zmienia to oczywiście faktu, że do ewentualnych zagadnień dotyczących właściwości sądowej przy sporach cywilnych z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej zastosowanie mają ogólne normy dotyczące właściwości oraz wykonalności zapadłych orzeczeń z tego tytułu.

⁸⁹ W odniesieniu do prawa polskiego por. S. Mazurkiewicz: *Działalność gwarancyjna zakładów ubezpieczeń*. „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 1999, 1—2, s. 38 i n.

⁹⁰ Por. Załącznik (*Podział ryzyka według działów, grup i rodzajów ubezpieczeń*) do ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. T.j. Dz.U. 2019, poz. 381.

⁹¹ Por. konkluzja E. Kowalewskiego. E. Kowalewski: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych...*, s. 352.

⁹² Por. szerzej D. Fuchs, w: A. Brodecka-Chamera et al.: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz*. T. 2..., s. 77; odmiennie w literaturze polskiej proponuje M. Kropka: *Pojęcie umowy ubezpieczenia w świetle przepisów wspólnotowych...*, szczególnie s. 81—82.

5. Właściwość sądowa w sporach z gwarancji w polskim prawie ubezpieczeniowym jako przykład rozwiązania krajowego UE

Warto podkreślić, że polski system prawny odznacza się pewną, różnie ocenianą (krytycznie przez autora), specyfiką lokalizacji normy dotyczącej właściwości miejscowej przy sporach ze stosunku ubezpieczenia. Dodatkowo owa specyfika ma już utrwaloną legislacyjnie tradycję — w poprzednim stanie prawnym relewantną regulację dotyczącą właściwości sądowej w sprawach ubezpieczeniowych nie w Kodeksie postępowania cywilnego (gdzie znajdują się przepisy natury ogólnej)⁹³, lecz w ówczesnej ustawie z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej. Tutaj wprowadzono szczegółową właściwość sądu ze względu na miejsce zamieszkania lub siedzibę odpowiednio: ubezpieczającego, osoby ubezpieczonej, uposażonego lub osoby uprawnionej do świadczenia na podstawie umowy ubezpieczenia (art. 9)⁹⁴ oraz *notabene* (co szczególnie istotne dla problematyki dochodzenia roszczeń w związku z zawartymi umowami ubezpieczenia komunikacyjnego OC) w art. 20 ust. 1 u.u.o. Należy podkreślić, że takie rozwiązanie już wówczas powodowało, że tą szczególną właściwością sądową nie były objęte spory z zakresu gwarancji ubezpieczeniowej, gdyż nie było żadnych podstaw normatywnych, aby utożsamiać czy to beneficjenta z uprawnionym z umowy ubezpieczenia, czy to strony umowy o udzielenie gwarancji ze stronami umowy ubezpieczenia. Tym samym spory z gwarancji ubezpieczeniowej podlegały przepisom Kodeksu postępowania cywilnego o właściwości miejscowej. Dodatkowo na tym tle sformułowane zostały argumenty przemawiające za takim rozumowaniem. Przywołany przepis historycznie brzmiał następująco: „Powództwo o roszczenia wynikające z umów ubezpieczenia można wytoczyć albo według przepisów o właściwości ogólnej, albo przed sąd właściwy dla miejsca zamieszkania lub siedziby ubezpieczającego, ubezpieczonego, uposażonego lub uprawnionego z umowy ubezpieczenia”.

Powyższe skłaniało do wniosku, że spory wynikłe z zawartej umowy o gwarancję ubezpieczeniową (scil. o zlecenie gwarancji ubezpieczeniowej) można wykluczyć spośród tych, które mieściły się w zakresie art. 9

⁹³ Por. w kontekście konwencji lugańskiej (Lugano I) cenne uwagi J. Łopuski: *Konwencja o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych (Lugano 1988) z uwzględnieniem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*. Bydgoszcz 2001, s. 37—40.

⁹⁴ Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej. Dz.U. 2003, nr 124, poz. 1151 ze zm.

ustawy o działalności ubezpieczeniowej [dalej: ustawa ubezpieczeniowa]⁹⁵. Nie można było także uznać umowy o gwarancję ubezpieczeniową za kontrakt, w którym występuje ubezpieczający, ubezpieczony lub beneficjent (uposażony) w znaczeniu, o jakim mowa w art. 805—834 k.c.⁹⁶

Powyższa przyczyna do pewnego stopnia stanowiła analogię w stosunku do obowiązującego *de lege lata* rozwiązania w odniesieniu do umowy reasekuracji. Zgodnie z art. 820 k.c., do umowy ubezpieczenia pośredniego (reasekuracji) nie stosuje się przepisów o umowie ubezpieczenia z Kodeksu cywilnego. Oczywiście nie oznaczało to braku możliwości stosowania do umowy reasekuracji przepisów ówczesnej ustawy ubezpieczeniowej, szczególnie wobec faktu najbardziej obszernej nowelizacji tego aktu, licząc od daty wejścia w życie⁹⁷.

Podobnie w przypadku umowy o gwarancję ubezpieczeniową trzeba pamiętać, że przez wzgląd na treść poprzednio obowiązującego art. 3 ust. 1 ustawy ubezpieczeniowej oraz treść Załącznika do niej *Podział ryzyka według działów grup i rodzajów ubezpieczeń* (dział II pkt 15) należało bez wątpliwości dopuścić stosowanie relewantnych norm tej ustawy do umowy kreującej stosunek gwarancji ubezpieczeniowej.

Pomimo formułowanych zastrzeżeń co do zasadności takiego rozwiązania, a przede wszystkim umiejscowienia normy proceduralnej w ustawie z zakresu publicznego prawa ubezpieczeniowego, jakim jest bez wątpienia ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej⁹⁸, ta koncepcja pozostała w aktualnie obowiązującej ustawie, także wyrażona przez normę bezwzględnie wiążącą. Zatem zasadnicze argumenty wyrażone w stosunku do historycznych rozwiązań poprzednio obowiązujących są, oczywiście przy zachowaniu reguły kolizyjnej *lex posteriori derogat legi priori*, aktualne.

Przede wszystkim z tego względu należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 10 ust. 1 u.d.u.r. powództwo o roszczenie wynikające z umowy ubezpieczenia można wytoczyć według przepisów o właściwości ogólnej albo przed sąd właściwy dla miejsca zamieszkania lub siedziby ubezpieczającego, ubezpieczonego bądź uprawnionego z umowy ubezpieczenia. Dodatkowo ustawodawca wprowadził rozwiązanie stanowiące *novum* wobec poprzedniego stanu prawnego, zgodnie z którym powództwo o roszczenie wynikające z umowy ubezpieczenia można wytoczyć według przepisów

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Por. J. Kukielka: *Gwarancje z punktu widzenia zakładu ubezpieczeń...*, s. 30.

⁹⁷ Dz.U. 2009, nr 42, poz. 341; uwagi krytyczne nt. nowelizacji: E. Kowalewski, D. Fuchs, M.P. Ziemiak: *Implementacja dyrektywy reasekuracyjnej...*, s. 15—41.

⁹⁸ Szerzej z perspektywy akademickiej. W: *Ubezpieczenia komunikacyjne OC w Europie i w Polsce. Aktualne problemy*. Red. M. Monkiewicz. Warszawa 2009, s. 115—117.

o właściwości ogólnej albo przed sąd właściwy dla miejsca zamieszkania spadkobiercy ubezpieczonego lub spadkobiercy uprawnionego z umowy ubezpieczenia (art. 10 ust. 2 u.d.u.r.). Tę zmianę należy przyjąć pozytywnie, chociaż wystarczyłoby przyjęcie jako kryterium właściwości ogólnej lub miejsca zamieszkania albo siedziby osoby uprawnionej do świadczenia ubezpieczeniowego. Wówczas nie byłoby potrzeby uszczegółowienia kryterium podmiotowego przez ustawodawcę, a obejmowałoby to także roszczenia ze stosunku gwarancji ubezpieczeniowej. Niezależnie od tego, nie ulega wątpliwości, że norma ta nie obejmuje *in statu presentis* roszczeń ani z umowy o udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej, ani umowy gwarancji ubezpieczeniowej, to zaś jest koronnym argumentem, że także na poziomie prawa krajowego rodzimy ustawodawca przyjmuje zasadę, że wprowadzanie szczególnych norm z zakresu właściwości sądowej w odniesieniu do sporów z gwarancji ubezpieczeniowej jest aksjologicznie i gospodarczo nieuzasadnione.

Jest to szczególnie istotne z uwagi na kogentną treść normy powyższego artykułu, który zakłada właściwość sądu jedynie co do roszczeń wynikających z umowy ubezpieczenia (pozostawiając na marginesie kwestię np. bezpodstawnego wzbogacenia)⁹⁹.

Tym samym w ewentualnych innych sporach sądowych, które powstały w związku z wykonywaniem odrębnych od umowy ubezpieczenia czynności ubezpieczeniowych, wymienionych np. w art. 4 ust. 2 oraz odpowiednio w art. 7 u.d.u.r. (np. umowy reasekuracji, retrocecji czy też właśnie umowy gwarancji ubezpieczeniowej), do oceny właściwości sądu będą miały zastosowanie wyłącznie odpowiednie normy k.p.c., jak w *acien regime*. Innymi słowy, należy podkreślić raz jeszcze, że zakres przedmiotowy normy art. 10 u.d.u.r. nie obejmuje właściwości sporów ze stosunku gwarancji ubezpieczeniowej.

Podobny wniosek można byłoby *prima facie* wysnuć *de lege lata* w razie zawezwania do próby ugodowej (niezależnie od tego, czy zawezwanie odnosi się do roszczeń z umowy ubezpieczenia, czy — co w praktyce jest coraz częstsze — z gwarancji ubezpieczeniowej), a to przez wzgląd na dyspozycję normy zawartej w art. 185 k.p.c., co jednak częściowo jest sprzeczne z wykładnią teleologiczną zarówno art. 10 u.d.u.r., jak i art. 20 ust. 1 oraz art. 34a u.u.o.

W konsekwencji, zdaniem piszącego, o ile w przypadku zawezwania do próby ugodowej, gdzie źródłem sporu jest stosunek gwarancji ubezpieczeniowej, taki wniosek jest zarówno przez wzgląd na wykładnię językową, jak i celowościową słuszny, o tyle w przypadku umowy ubezpiecze-

⁹⁹ Zob. inaczej E. Bukowska, w: *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Komentarz*. Red. P. Czublun. Warszawa 2016, s. 55.

nia właśnie ta ostatnia przemawia (wraz z regułą *lex specialis derogat legi generali*) za odmienną interpretacją, dającą pierwszeństwo stosownej normie z ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Niestety w orzecznictwie polskich sądów powszechnych reprezentatywne jest stanowisko traktujące art. 185 k.p.c. jako *lex specialis* nawet wobec norm szczególnych zawartych w prawodawstwie ubezpieczeniowym, co znajduje uzasadnienie dodatkowo w poglądach doktryny, która zazwyczaj nie rozważa przy tej okazji relacji art. 185 k.p.c. do norm ustaw szczególnych¹⁰⁰.

Z tego powodu należy przyjąć, że ponieważ w drodze ugody sądowej dochodzi do (jeżeli oczywiście strony ją zawrą) wygaszenia sporu ubezpieczeniowego i temu też celowi służy zawezwanie do próby ugodowej wnioskowane przed sądem powszechnym, wobec tego norma z u.d.u.r. stanowi *lex specialis* wobec art. 185 k.p.c., jako z natury swej odnoszący się do wszystkich tych spraw, w których dopuszczalne jest zawarcie ugody przed sądem powszechnym. Dlatego prymat należy przyznać właściwości sądu wyznaczonej za pomocą norm zredagowanych w art. 10 u.d.u.r., jak i art. 20 ust. 1 oraz art. 34a u.u.o. Niestety, jak wyżej zasygnalizowano, nie pomaga to w sytuacji próby godzenia sporu z gwarancji ubezpieczeniowej, wówczas bowiem, wobec braku możliwości zastosowania przepisów u.d.u.r., nie ulega wątpliwości, że właściwy będzie art. 185 k.p.c.

Z tego też względu zachowuje tutaj aktualność (podobnie jak pod rządami pierwotnie obowiązującej ustawy o działalności ubezpieczeniowej z 1990 r.¹⁰¹ oraz ustawy o działalności ubezpieczeniowej z 2003 r.) sentencja postanowienia Sądu Apelacyjnego w Warszawie, zapadłego w nawiązaniu do art. 94 ust. 1 ówczesnej ustawy ubezpieczeniowej, zgodnie z którą, jeżeli roszczenie nie wynika z umowy ubezpieczenia łączącej strony, właściwe będą przepisy Kodeksu postępowania cywilnego¹⁰². Ponieważ tak będzie w omawianym przypadku, to powyższe można będzie aplikować do stosunku gwarancji ubezpieczeniowej. W konsekwencji podstawowe znaczenie będzie miał także art. 30 k.p.c., stwierdzający,

¹⁰⁰ Por. J. Parafianowicz, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz*. Red. O.M. Piaskowska. LEX [Dostęp: 4.04.2020 r.]; P. Telenga, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Red. A. Jakubecki. Warszawa 2019. LEX [Dostęp: 4.04.2020 r.], a także E. Stefańska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. T. 1. Art. 1—505(38). Red. M. Manowska. Wyd. 3. Warszawa 2015. LEX [Dostęp: 4.04.2020 r.], jak również A. Zieliński: *Kodeks postępowania cywilnego*. LEGALIS [Dostęp: 4.04.2020 r.].

¹⁰¹ Ustawa z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej. Dz.U. 1996, poz. 62 ze zm.

¹⁰² Postanowienie SA w Warszawie z dnia 16.01.1996 r., I ACz 1350/95. „Monitor Prawniczy” 1996, nr 12, s. 461; por. także D. Fuchs, w: A. Brodecka-Chamera et al.: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz*. T. 2..., s. 77 i n.

że powództwo przeciwko osobie prawnej (poza Skarbem Państwa; por. art. 29 k.p.c.) lub innemu podmiotowi niebędącemu osobą fizyczną wytacza się według miejsca ich siedziby¹⁰³. Będzie to adekwatne wobec braku podstaw w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej do zastosowania art. 10 u.d.u.r.¹⁰⁴ Wobec tego spór wprawdzie będzie miał związek z działalnością ubezpieczeniową, ale podstawą zgłaszanych roszczeń będzie nie umowa asekuracji, lecz umowa gwarancji ubezpieczeniowej, właściwość sądu będzie wyznaczana przez art. 33 k.p.c., stanowiący, że powództwo o roszczenie majątkowe przeciwko przedsiębiorcy (scil. ubezpieczycielowi, jako gwarantowi z gwarancji ubezpieczeniowej, albo też dochodzącemu od przedsiębiorcy zapłaty za udzielenie gwarancji, albo też dochodzącemu regresu wobec kontrahenta ze względu na wypłatę beneficjentowi sumy gwarancji — w tym ostatnim przypadku konieczne jest odpowiednie postanowienie umowne, nie wystarczy odwołanie się do art. 828 k.c., bo ubezpieczeniowe *cessio iuris* występuje tylko w związku z umową ubezpieczenia) można wytoczyć przed sąd, w którego okręgu znajduje się jednostka organizacyjna pozwanego lub jej zakład mający za zadanie prowadzenie działalności gospodarczej, jeżeli roszczenie pozostaje w związku z działalnością tej jednostki lub zakładu¹⁰⁵. Analogicznie, w stosunku gwarancji ubezpieczeniowej próżno doszukiwać się, jeżeli strony tak odrębnie nie postanowią, możliwości regresowania¹⁰⁶.

Podsumowując stanowisko rodzimej doktryny i orzecznictwa, należy zwrócić uwagę na bardzo trafne konstatacje Sądu Najwyższego zawarte w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 lutego 2018 r., w którym stwierdzono: „gwarancja jest instytucją ukształtowaną w praktyce rynkowej w ramach zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), mającą fragmentaryczne uregulowania głównie dotyczące gwarancji bankowej. Pod ogólnym pojęciem gwarancji występują typowo trzy, powiązane ze sobą, stosunki prawne:

¹⁰³ Por. J. Gudowski, M. Jędrzejewska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. T. 1: *Postępowanie rozpoznawcze*. Red. T. Ereciński. Wyd. 5. Warszawa 2016. LEX [Dostęp: 4.04.2020 r.].

¹⁰⁴ Szerzej D. Fuchs: *Jurysdykcja sądów powszechnych w zakresie ubezpieczeń gospodarczych zgodnie z rozporządzeniem nr 1215/2012 (tzw. Bruksela I bis)*...

¹⁰⁵ Szerzej A. Zieliński: *Kodeks postępowania cywilnego...*; zob. M.P. Wójciuk, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Red. A. Jakubecki..., rozwiązanie to w niektórych prawodawstwach krajowych jest stosowane także w odniesieniu do sporów wynikających z umowy ubezpieczenia; por. G. Tekinalp: *The 2007 Turkish code concerning private international law and international civil procedure*. “Yearbook of Private International Law” 2007, vol. 9, s. 340 — odrębność występuje (scil. w przypadku prawa tureckiego), gdy pozwany przez ubezpieczyciela jest ubezpieczający lub beneficjent, w takim razie właściwy jest sąd jego miejsca zamieszkania albo siedziby. Ibidem.

¹⁰⁶ Co słusznie zauważa E. Kowalewski: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych...*, s. 352; podobnie L. Michalik, D. Seliga: *Ubezpieczenia finansowe...*, s. 307.

stosunek prawny łączący wierzyciela z dłużnikiem, z którego wynika konieczność zabezpieczenia interesów wierzyciela, wynikających z tego stosunku (tzw. stosunek podstawowy), stosunek zlecenia udzielenia gwarancji, w ramach którego dłużnik ze stosunku podstawowego zleca udzielenie gwarancji innemu podmiotowi — bankowi, zakładowi ubezpieczeń lub innemu — w celu zabezpieczenia interesów wierzyciela, oraz stosunek gwarancji pomiędzy osobą gwaranta a beneficjentem gwarancji. Już sama konstrukcja instytucji gwarancji powoduje trudności w porównywaniu jej do umowy ubezpieczenia, gdyż w istocie należałoby porównywać do tej umowy zarówno umowę zlecenia udzielenia gwarancji, jak również udzielenie samej gwarancji, a w konsekwencji porównywać pozycję i obowiązki stron umowy ubezpieczenia (ubezpieczyciela, ubezpieczającego i ubezpieczonego) do pozycji i obowiązków stron umowy zlecenia gwarancji (zlecającego gwarancję i gwaranta) oraz pozycji i obowiązków stron samej gwarancji (gwaranta i beneficjenta gwarancji). I tak beneficjent gwarancji na podstawie udzielonej mu gwarancji, w przeciwieństwie do ubezpieczonego wobec ubezpieczyciela, nie jest obciążony jakimkolwiek obowiązkiem w stosunku do osoby gwaranta. Beneficjenta gwarancji obciążają jedynie obowiązki czysto formalne w razie zwrócenia się o wypłatę sumy gwarancyjnej w razie ziszczenia się warunków jej zapłaty. W odróżnieniu od umowy ubezpieczenia sam stosunek gwarancji nie polega na zapewnieniu beneficjenta, że otrzyma on równowartość poniesionej szkody ani też na tym, że gwarant nie zapłaci więcej niż wynosi szkoda beneficjenta w razie wystąpienia zabezpieczonego ryzyka. Suma, którą gwarant ma zapłacić beneficjentowi, jest bowiem ustalona z góry na wypadek niewystąpienia gwarantowanego rezultatu. Nie jest to więc odpowiedzialność odszkodowawcza, natomiast mechanizm wypłaty sumy gwarancyjnej i przesłanki jej żądania ułatwiają zaspokojenie beneficjenta gwarancji. Sumie gwarancyjnej — stanowiącej górną granicę odpowiedzialności odszkodowawczej ubezpieczyciela — można nadać charakter gwarancyjny w oderwaniu od wysokości szkody (art. 824 k.c.), ale także wówczas nie zmienia to odszkodowawczego charakteru odpowiedzialności wynikającej z umowy ubezpieczenia. Zobowiązanie gwaranta wobec beneficjenta ma charakter samoistny. Gwarant nie może wobec tego wobec beneficjenta gwarancji powoływać się na zarzuty ze stosunku zlecenia gwarancji. Umowę ubezpieczenia, w tym na cudzy rachunek, może zawrzeć jako ubezpieczyciel wyłącznie zakład ubezpieczeń spełniający wymagania określone w odrębnej ustawie. Natomiast gwarancji mogą udzielać różne podmioty, w tym banki i zakłady ubezpieczeń. Jedynie w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej gwarantem jest zakład ubezpieczeń. Inne są też świadczenia ubezpieczającego w przypadku umowy ubezpieczenia oraz zlecającego udzielenie gwarancji, w tym ubezpieczeniowej. W przypadku umowy ubez-

pieczenia ubezpieczający obowiązany jest do zapłaty świadczenia określonego w ustawie oraz według zasad tam określonych, tj. składki obliczonej za czas trwania odpowiedzialności ubezpieczyciela (art. 805 § 1 k.c. oraz art. 813 § 1 zd. pierwsze k.c.). W przypadku wygaśnięcia stosunku ubezpieczenia przed upływem okresu, na jaki została zawarta, ubezpieczającemu przysługuje zwrot składki za okres niewykorzystanej ochrony ubezpieczeniowej. Przepisy te mają charakter kognitywny. Natomiast w razie zawarcia umowy zlecenia udzielenia gwarancji, w tym ubezpieczeniowej — jak to zasadnie argumentował Sąd drugiej instancji — świadczenie zakładu ubezpieczeń w przypadku umowy o udzielenie gwarancji polega nie na wypłacie, ale na wystawieniu uzgodnionej gwarancji (świadczenie o charakterze niepieniężnym), a zleceniodawca gwarancji zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia gwarantowi. Zasady zapłaty tego wynagrodzenia i ustalania jego wysokości nie są poddane regulacjom prawnym, lecz podobnie jak sama instytucja gwarancji, są kształtowane wolą stron opartą na zasadzie swobody umów (art. 353 (1) k.c.). Do istotnych elementów instytucji gwarancji należy zapłata kwoty gwarancyjnej, a nie zapłata prowizji. Nie jest wyłączone udzielenie gwarancji nawet bez wynagrodzenia. Inaczej jest też określana wysokość świadczeń w postaci składki ubezpieczeniowej i prowizji za udzielenie gwarancji. W odniesieniu do pierwszego z nich o wysokości składki ubezpieczeniowej decyduje kalkulacja ryzyka wystąpienia zdarzenia ubezpieczeniowego, a w odniesieniu do drugiego z nich o jego wysokości decyduje przede wszystkim kalkulacja ryzyka refinansowania udzielonego w ten sposób kredytu. O ile bowiem w przypadku umowy ubezpieczenia istotne jest ryzyko wystąpienia określonego zdarzenia ubezpieczeniowego, o tyle w przypadku gwarancji, w której gwarant przyjmuje ryzyko związane z realizacją bądź niepowodzeniem określonego w umowie przedsięwzięcia, a co się z tym wiąże — w razie konieczności zapłaty kwoty gwarancji — istotne jest ryzyko związane ze zwrotem wypłaconej sumy gwarancyjnej. Gwarant działa na cudzy rachunek, a zakład ubezpieczeń na rachunek własny. Zasadnie przyjął więc Sąd drugiej instancji, że w przypadku gwarancji nie następuje tak, jak to jest w umowie ubezpieczenia, transfer ryzyka na zakład ubezpieczeń, ponieważ dłużnik pozostaje cały czas odpowiedzialny za właściwe wykonanie przyjętego na siebie zobowiązania. [...] [W] orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażono stanowisko, że gwarancja ma swój własny reżim prawny i brak podstaw dla analogicznego stosowania do jej przepisów odnoszących się do umowy ubezpieczenia (wyrok z dnia 17 grudnia 2004 r., II CK 308/04, niepubl.)¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Por. wyr. SN z dnia 14.02.2018 r., sygn. CSK 270/17. OSNC-ZD, nr A, poz. 10, na który zwrócił uwagę autorowi SSN prof. M. Bączyk, podczas dyskusji na konferen-

Na koniec rozważań należy także podkreślić rangę sporów z gwarancji ubezpieczeniowej normy interpretacyjnej zawartej w art. 11 u.d.u.r., która wpływa na właściwość sądu, ze względu na treść art. 10 (odpowiednio art. 20 oraz 34a u.u.o.), a mianowicie: „Wskazanie w piśmie procesowym oddziału zagranicznego zakładu ubezpieczeń jako strony postępowania dotyczącego roszczenia wynikającego z działalności zagranicznego zakładu ubezpieczeń wykonywanej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez oddział jest jednoznaczne ze wskazaniem jako strony tego postępowania zagranicznego zakładu ubezpieczeń”. Ma to przede wszystkim znaczenie również dla rozstrzygnięcia, czy dany spór podlega przepisom rozporządzenia Bruksela I bis, ze względu na to, że wówczas charakter sporu ubezpieczeniowego powinien być *prima facie* zakwalifikowany jako transgraniczny w znaczeniu prawa europejskiego.

Wnioski

Zdaniem autora, z przytoczonych wywodów wynika, zarówno na podstawie wykładni autonomicznej, jak i próby sięgnięcia do *lex fori*¹⁰⁸ sekcji 3. rozporządzenia Bruksela I bis, że szczególne normy jurysdykcyjne o ubezpieczeniach nie mają zastosowania do sporów mających swe źródło w stosunku gwarancji ubezpieczeniowej. Widoczne limitowane podobieństwa pomiędzy stosunkiem prawnym gwarancji ubezpieczeniowej i umowy ubezpieczenia dotychczas zarówno nie skłoniły prawodawców krajowych to takiego „upodobnienia”, jak też nie znajdują odzwierciedlenia w głównym nurcie interpretacji norm rozporządzenia UE Bruksela I bis, co oczywiście nie wyklucza formułowania wniosków *de lege ferenda*. Według autora, także wykładnia celowościowa, z uwzględnieniem powyższych konstatacji odnoszących się do reasekuracji i odpowiednio retrocesji, skłania roztropnie do wykładni nakazującej do sporów ze stosunku gwarancji ubezpieczeniowej stosować normy Bruksela I bis odpowiednie do spraw z zakresu gwarancji bankowej, a nie szczególne, charakterystyczne dla sporów z umowy ubezpieczenia.

W konsekwencji w stanie obecnym, jeżeli kierować się celowością prawodawcy unijnego, na podstawie autonomicznej wykładni pojęć użytych przez niego m.in. do ubezpieczeń gospodarczych, zdaniem autora,

cji nt. *Aktualne problemy prawa prywatnego międzynarodowego*, Toruń, 13–14 czerwca 2019 r.

¹⁰⁸ Zob. K. Pacuła: *Kwalifikacja w prawie prywatnym międzynarodowym Unii Europejskiej...*

należy opowiedzieć się przeciwko możliwości uznania, że sekcja 3. rozporządzenia Bruksela I bis obejmuje swym zakresem przedmiotowym także stosunki z gwarancji ubezpieczeniowej, według wcześniej przedstawionego uzasadnienia. Do tego też skłania analiza prawa polskiego w relewantnym zakresie. Dlatego warto zwrócić uwagę, że w praktyce orzeczniczej sądów powszechnych może mieć znaczenie pomocnicze sięganie do uregulowania właściwości sądowej, dokonane przez ustawodawcę polskiego na gruncie u.d.u.r., z zachowaniem jako principium postulatu autonomicznej wykładni. Chociaż obserwacje praktyczne autora skłaniają do zwrócenia uwagi także na możliwy kierunek wykładni na podstawie subsydiarnego stosowania *lex fori*. Nawet jednak w takim przypadku, biorąc pod uwagę rozwiązania przyjęte w u.d.u.r., nie będzie *de lege lata* podstaw od odmiennych wniosków co do zakresu przedmiotowego norm jurysdykcyjnych w odniesieniu do spraw z zakresu gwarancji ubezpieczeniowej.

Jednakże możliwy jest również wniosek, że należy, ze względu na postulat przewidywalności w praktyce sporów ubezpieczeniowych kwestii jurysdykcji (a w konsekwencji krajowej właściwości sądowej), bez konieczności sięgania po analizę dogmatyczną uznać w przyszłości, że gwarancja ubezpieczeniowa powinna być objęta zakresem przedmiotowym sekcji 3. rozporządzenia Bruksela I bis.

Jednak wówczas na gruncie rozporządzenia Bruksela I bis należałoby, zdaniem autora, dokonać stosownej modyfikacji, przynajmniej w jego art. 10, a w konsekwencji, dbając o jednolitość rozwiązań, dokonać także stosownych zmian w art. 10 polskiej u.d.u.r.

Bibliografia

- Andrzejuk B., Heropolitańska I.: *Gwarancje, poręczenia, awale i akredytywy standby*. Warszawa 2000.
- Blajer R.: *Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe w obrocie międzynarodowym*. Warszawa 1999.
- Bödeker V.: *Staatliche Exportkreditversicherungssysteme*. Berlin—New York 1992.
- Bukowska E., w: *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Komentarz*. Red. P. Czublun. Warszawa 2016.
- Bull H., Musger G., Pocar F.: *Drugie sprawozdanie na temat krajowego prawa precedensowego dotyczącego Konwencji z Lugano*, http://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/lugano/raporty/lugano_raport2.pdf.

- Clarke M.: *The Law of Insurance Contracts*. London 1994.
- Dauses M.A.: *Jednolite prawo cywilne w Europie*. „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 6.
- Ellis T.H.: *The Single European Market and Insurance Law and Practice*. London 1994.
- Encyklopedia prawa bankowego*. Red. W. Pyziół. Warszawa 2000.
- Ereciński T., Ciszewski J.: *Międzynarodowe postępowanie cywilne*. Warszawa 2000.
- Flaga-Gieruszyńska K.: *Konwencja o jurysdykcji krajowej i wykonalności orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych — wybrane zagadnienia*. „Rejent” 2000, nr 1.
- Fras M.: *Umowa ubezpieczenia grupowego. Aspekty prawne*. Warszawa 2015. LEX [Dostęp: 4.04.2020 r.].
- Frąckowiak-Adamska A.: *Europejska przestrzeń sądowa — rozważania na tle projektu reformy rozporządzenia Bruksela I*. „Europejski Przegląd Sądowy” 2012/5/16-23. LEX [Dostęp: 4.04.2020 r.].
- Freeman D.J.: *International Jurisdiction and the Recognition and enforcement of foreign judgements: Preaction protocol for debt claims*, www.djfree.man.co.uk/pubs/l-jurisd.htm, s. 5 [Dostęp: 31.03.2020 r.].
- Fuchs D.: *Charakter prawny polisy ubezpieczeniowej w prawie polskim a przedmiotowy zakres zastosowania Konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów z 1980 roku. Przyczynek do wykładni norm międzynarodowego prawa handlowego*. „Rozprawy Ubezpieczeniowe” 2009 (6), nr 1.
- Fuchs D.: *Działalność ubezpieczeniowa w świetle Konwencji brukselskiej — Lugano o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń w sprawach cywilnych i gospodarczych*. „Rejent” 1999, nr 3.
- Fuchs D.: *Holding ubezpieczeniowy w prawodawstwie polskim oraz wspólnotowym. Zarys problematyki*. W: *Harmonizacja polskiego prawa gospodarczego z wymogami Unii Europejskiej*. Red. B. Gnela, R. Szostak. Kraków 2001.
- Fuchs D.: *Interes ubezpieczeniowy w europejskim projekcie PEICL w świetle kodeksowej regulacji umowy ubezpieczenia*. W: *Księga pamiątkowa Profesora Andrzeja Kidyby*. Warszawa [w druku].
- Fuchs D.: *Jurysdykcja sądowa w zakresie ubezpieczeń gospodarczych według 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*. W: A. Brodecka-Chamera et al.: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz*. T. 2. Warszawa 2010.
- Fuchs D.: *Jurysdykcja sądów powszechnych w zakresie ubezpieczeń gospodarczych zgodnie z rozporządzeniem nr 1215/2012 (tzw. Bruksela I bis) z uwzględnieniem konwencji Lugano II*. W: *Kontrakty na rynku ubezpieczeń*. Red. D. Fuchs, K. Malinowska, D. Maśniak. Warszawa [w druku].
- Fuchs D.: *Komentarz do art. 805 k.c.* W: *Kontrakty na rynku ubezpieczeń*. Red. D. Fuchs, K. Malinowska, D. Maśniak. Warszawa [w druku].
- Fuchs D.: *Komentarz do art. 820 k.c.* W: *Kontrakty na rynku ubezpieczeń*. Red. D. Fuchs, K. Malinowska, D. Maśniak. Warszawa [w druku].

- Fuchs D.: *Normy kolizyjne w ubezpieczeniach. Próba porównania (na przykładzie rozwiązań europejskich)*. W: *II i III filar ubezpieczeń emerytalnych. Demograficzne i społeczne uwarunkowania ubezpieczeń*. Red. A. Rączaszek. Katowice 1999.
- Fuchs D.: *Nowelizacja kodeksu cywilnego w zakresie wybranych przepisów ogólnych o umowie ubezpieczenia w świetle przepisów ogólnych o umowie ubezpieczenia w świetle prac Project Group on a Restatement European Insurance Contract Law*. „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2007, 7—8.
- Fuchs D.: *PEICL jako materialnoprawny projekt europejskiego instrumentu opcjonalnego w zakresie prawa jednolitego o umowie ubezpieczenia*. W: *Kontrakty na rynku ubezpieczeń*. Red. D. Fuchs, K. Malinowska, D. Maśniak. Warszawa [w druku].
- Fuchs D.: *Prawo ubezpieczeń komunikacyjnych. Uwagi z perspektywy akademickiej*. W: *Ubezpieczenia komunikacyjne OC w Europie i w Polsce. Aktualne problemy*. Red. M. Monkiewicz. Warszawa 2009.
- Fuchs D.: *Swoboda świadczenia usług w świetle nowego prawa ubezpieczeniowego*. W: *Finansowe narzędzia zarządzania zakładem ubezpieczeń*. Red. T. Sangowski. Warszawa 2005.
- Fuchs D.: *Transgraniczna umowa*. „Miesięcznik Ubezpieczeniowy” 2006, 6.
- Fuchs D.: *Ubezpieczenia gospodarcze w świetle Konwencji rzymskiej i projektu Rozporządzenia „Rzym II”*. „Forum Dyskusyjne Ubezpieczeń i Funduszy Emerytalnych” 2005, z. 5.
- Fuchs D.: *Ubezpieczenia w Unii Europejskiej* [Materiał powielony, Studia podyplomowe WPiA Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach 2011].
- Fuchs D.: *Ujednolicenie kontraktowego prawa reasekuracyjnego w skali międzynarodowej „in statu nascendi” — PRICL (Project of Reinsurance Contract Law)*. „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2019, nr 1.
- Fuchs D.: *Umowa ubezpieczenia. Materiały dla IV edycji Podyplomowego Studium Prawa Cywilnego dla Sędziów Sądów Powszechnych w roku 2008/2009*. Warszawa 2008.
- Fuchs D.: *Właściwość miejscowa sądu polskiego w przypadku sporów z gwarancji ubezpieczeniowej*. „Monitor Prawniczy” 2012, nr 11.
- Fuchs D.: *Właściwość sądu i właściwość prawa w europejskich ubezpieczeniach gospodarczych*. „Prawo Asekuracyjne” 2008, nr 2.
- Fuchs D.: *Zarys prawa ubezpieczeń socjalnych w Unii Europejskiej*. Katowice 1997.
- Fuchs D.: *Znaczenie ratyfikacji przez RP Konwencji z Lugano dla właściwości sądu w zakresie ubezpieczeń gospodarczych*. W: *Wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej. VI Ogólnopolska Konferencja Prawnicza, Toruń 16—17 listopada 2000 roku*. Red. C. Mik. Toruń 2001.
- Gołaczyński J., Zalisko M.: *Jurysdykcja krajowa szczególna w sprawach dotyczących czynu niedozwolonego lub czynu podobnego do niedozwolonego w rozporządzeniu nr 1215/2012*. „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 4.
- Gudowski J., Jędrzejewska M., w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. T. 1: Postępowanie rozpoznawcze*. Red. T. Ereciński. Wyd. 5. Warszawa 2016. LEX [Dostęp: 4.04.2020 r.].

- International Contracts. Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law*. Ed. M. Koppenol-Laforce. London 1996.
- Janusz W.: *Rynek światowy — na przykładzie Lloyd's*. W: *Kontrakty na rynku ubezpieczeń*. Red. D. Fuchs, K. Malinowska, D. Maśniak. Warszawa [w druku].
- Jęksa Z.: *Ubezpieczenia majątku i zysku firmy*. Warszawa 1999.
- Kaye P.: *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*. Abingdon 1987.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. T. 5: *Postępowanie egzekucyjne*. Red. T. Ereciński. Wyd. 5. LEX [Dostęp: 4.04.2020 r.].
- Kontrakty na rynku ubezpieczeń*. Red. D. Fuchs, K. Malinowska, D. Maśniak. Warszawa [w druku].
- Kowalewski E.: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*. Bydgoszcz—Toruń 2002.
- Kowalewski E.: *Problematyka kolizyjnego prawa ubezpieczeniowego*. „Państwo i Prawo” 2005, z. 2.
- Kowalewski E.: *Ubezpieczenia transgraniczne — aspekty prawne*. „Gazeta Ubezpieczeniowa” z dnia 10.01.2006 r.
- Kowalewski E., Fuchs D., Mogilski W.W., Serwach M.: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*. Toruń—Bydgoszcz 2006.
- Kowalewski E., Fuchs D., Ziemiak M.P.: *Implementacja dyrektywy reasekuracyjnej do polskiego porządku prawnego*. „Prawo Asekuracyjne” 2009, nr 2.
- Kropholler J.: *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*. Heidelberg 1996.
- Kropka M.: *Kolizyjnoprawna regulacja umowy ubezpieczenia w rozporządzeniu Rzym I*. Katowice 2010.
- Kropka M.: *Pojęcie umowy ubezpieczenia w świetle przepisów wspólnotowych dyrektyw ubezpieczeniowych*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2007, nr 1.
- Kukielka J.: *Gwarancje z punktu widzenia zakładu ubezpieczeń*. „Przegląd Ubezpieczeń Społecznych i Gospodarczych” 1998, nr 4.
- Kukielka J.: *Ubezpieczenie kredytu*. Warszawa 1994.
- Kukielka J.: *Ubezpieczyciel jako gwarant*. „Prawo Asekuracyjne” 1995, 3.
- Kukielka J., Poniewierka D.: *Ubezpieczenia finansowe*. Bydgoszcz—Warszawa 2003.
- Kwieciński T., Pokrzywniak J., Jrus P.: *Wstrzymanie realizacji gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej na podstawie postanowienia sądowego*. „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2015, nr 2.
- Layton A.: *The Interpretation of the Brussels Convention by the European Court and English Courts*. „Civil Law Quartely” 1992, vol. 2.
- Łopuski J.: *Konwencja lugańska i jej znaczenie dla praktyki ubezpieczeniowej*. „Prawo Asekuracyjne” 2001, nr 2.
- Łopuski J.: *Konwencja o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych (Lugano 1988) z uwzględnieniem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*. Bydgoszcz 2001.

- Łopuski J.: *Umowa ubezpieczeniowa a umowa reasekuracji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*. W: *Ubezpieczenia w gospodarce rynkowej*. T. 3. Red. T. Sangowski. Bydgoszcz—Poznań 2002.
- Mazurkiewicz S.: *Działalność gwarancyjna zakładów ubezpieczeń*. „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 1999, 1—2.
- Michalik L., Seliga D.: *Ubezpieczenia finansowe*. W: *Podstawy ubezpieczeń*. T. 2: *Produkty*. Red. J. Monkiewicz. Warszawa 2011.
- Naderhofer S.: *New Federal Law on Jurisdiction. Harmonisation of Local Jurisdiction in Civil Matters in Domestic Context*, www.bscc.co.uk/taxnews/tax0300.html [Dostęp: 31.03.2020 r.].
- Pacuła K.: *Kwalifikacja w prawie prywatnym międzynarodowym Unii Europejskiej. Od kwalifikacji autonomicznej ku... kwalifikacji według „lex fori”*. Referat wygłoszony podczas konferencji nt. *Aktualne problemy prawa prywatnego międzynarodowego*, Toruń, 13—14 czerwca 2019 r.
- Parafianowicz J., w: *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz*. Red. O.M. Piaskowska. LEX [Dostęp: 4.04.2020 r.].
- Pilich M.: *Statut umów ubezpieczenia według rozporządzenia Rzym I*. W: *Europejskie prawo procesowe cywilne i kolizyjne*. Red. P. Grzegorzczak, K. Weitz. Warszawa 2012.
- Policha K., Wnęk A.: *Prawo prywatne międzynarodowe. Zasady wyboru prawa właściwego dla dużych ryzyk ubezpieczeniowych. Zagadnienia praktyczne*. „Prawo Asekuracyjne” 2011, 3.
- Prawo bankowe. Komentarz*. Red. E. Fojcik-Mastalska. Warszawa 1999.
- Prawo o kontraktach w ubezpieczeniach*. Red. Z. Brodecki. Zakamycze 2003.
- Product Liability. European Laws and Practice*. Ed. C. Hodges. London 1993.
- Quigley C.: *Zakres zastosowania konwencji brukselskiej i konwencji lugańskiej*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1999, z. 4.
- Renfors C., van der Velden F., Wagner R.: *Trzecie sprawozdanie na temat krajowego prawa precedensowego dotyczącego konwencji z Lugano*, https://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/lugano/raporty/lugano_raport3.pdf [Dostęp: 31.03.2020 r.].
- Schlosser P.: *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen mit Luganer Übereinkommen und den Haager Übereinkommen über Zustellung und Beweisaufnahme*. München 1996.
- Stefańska E., w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. T. 1. *Art. 1—505(38)*. Red. M. Manowska. Wyd. 3. Warszawa 2015. LEX [Dostęp: 4.04.2020 r.].
- Tekinalp G.: *The 2007 Turkish code concerning private international law and international civil procedure*. „Yearbook of Private International Law” 2007, vol. 9.
- Telenga P., w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Red. A. Jakubicki. Warszawa 2019. LEX [Dostęp: 4.04.2020 r.].
- Tracz G.: *Umowa gwarancji ze szczególnym uwzględnieniem gwarancji bankowej*. Kraków 1998.
- Trocha: *Jest wreszcie nowe rozporządzenie Bruksela I bis*, <http://www.codoza.sady.pl/jest-wreszcie-nowe-rozporzadzenie-bruksela-i-bis/> [Dostęp: 4.05.2018 r.].

- Trocha B.: *Uwagi na tle częściowego rozszerzenia zakresu podmiotowego rozporządzenia Bruksela I bis na pozwanych z państw trzecich*. „Polski Proces Cywilny” 2013, 2. LEX [Dostęp: 4.04.2020 r.].
- Tynel A., Funk J., Chwalej W.: *Międzynarodowe prawo handlowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2002.
- Ubezpieczenia finansowe i gwarancje ubezpieczeniowe*. Red. R. Holly. Warszawa 2003.
- Walter G., Baumgarten S.P.: *Recognition and Enforcement of Foreign Judgements Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions*. The Hague—London—Boston 2000.
- Wandt M., Gal J.: *Solvency II is unexpected. Indirect regulation of the Reinsurance Contract*, http://www.icir.de/fileadmin/Documents/Policy_Platform/180426_ICIR_JB_PP_Solvency_II_Unexpected.pdf [Dostęp: 31.03.2020 r.].
- Weitz K.: *Projektowane zmiany rozporządzenia nr 44/2001*. W: *Europejskie prawo procesowe cywilne i kolizyjne*. Red. P. Grzegorzczak, K. Weitz. Warszawa 2012.
- Weitz K.: *Przedmiotowy zakres zastosowania Konwencji lugańskiej*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, z. 2.
- Zieliński A.: *Kodeks postępowania cywilnego*. LEGALIS [Dostęp: 4.04.2020 r.].



Sylwia Majkowska-Szulc^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0002-4257-7030>

Konsekwencje brexitu w dziedzinie prawa prywatnego międzynarodowego

Abstract: Brexit is a unique phenomenon as no Member State has ever expressed the will to leave the European Union. Never before had the in-depth impact of a Member State withdrawal been analysed. The issue has started to be analysed after the referendum in which the British voted in favour of leaving the European Union. The topic of the potential consequences of Brexit in the field of private international law concerns, *inter alia*, national jurisdiction in civil and commercial matters, mutual recognition and enforcement of judgments, specific procedures of EU uniform law, judicial cooperation between Member States or the functioning of the e-Justice Portal and dynamic forms. Before a given Member State withdraws from the EU, interested parties should have been informed, *inter alia*, of how pending proceedings will be conducted starting with the withdrawal day, what about proceedings initiated at the date of withdrawal or later on, and what about the rulings of the courts of the applicant state covered by the ex-equatur procedure before the withdrawal. Therefore, the primary purpose of the article is to determine the framework for the future relationship between the EU and the UK in the field of private international law. An additional aim of this paper is to better prepare natural and legal persons for the new post-Brexit reality. European integration has brought Europe peace and prosperity and enabled unprecedented cooperation in all areas of common interest. Following the withdrawal decision, the state and its citizens cease to benefit from the *acquis communautaire*. In fact, the United Kingdom left the European Union on 31 January 2020. As far as private international law is concerned, the United Kingdom has become a third country. Subsequently, on 1 February 2020 a transition period has started and it aims to provide more time for citizens and businesses to adapt.

^{a)} Dr hab., profesor UG, Zakład Prawa Prywatnego Międzynarodowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

The negotiations on the future partnership between the EU and the UK has started in March 2020, but they were postponed due to the coronavirus COVID-19 pandemic. The relationship between the United Kingdom and the European Union is sometimes compared to love that has passed away, but former lovers must continue to meet from time to time to manage certain common affairs. The analysis of the topic leads to the conclusion that, in fact, Brexit is a unique phenomenon that has no added value.

Keywords: European Union, withdrawal from the European Union, art. 50 TEU, Brexit, EU uniform law, European private international law, national jurisdiction in civil and commercial matters, mutual recognition and enforcement of judgments, judicial cooperation between Member States, e-Justice Portal

1. Wprowadzenie

Brexit jest zjawiskiem unikatowym, nigdy wcześniej bowiem żadne państwo nie wyraziło woli wystąpienia z Unii Europejskiej. Nigdy też nawet nie analizowano dogłębnie skutków wystąpienia państwa z Unii Europejskiej. Uczyniono to dopiero po tym, gdy Brytyjczycy po 44 latach członkostwa zagłosowali w referendum za wystąpieniem z Unii Europejskiej. Życie pisze niespotykane dotąd scenariusze, stąd temat potencjalnych skutków brexitu w obszarze prawa prywatnego międzynarodowego. Dotyczą one m.in.: jurysdykcji krajowej w sprawach cywilnych i handlowych, uznawania i wykonywania orzeczeń, każdej ze szczególnych procedur unijnego prawa jednolitego, procedury współpracy sądowej między państwami członkowskimi czy funkcjonowania portalu e-Sprawiedliwość i interaktywnych formularzy. Zanim dane państwo wystąpi z Unii Europejskiej, zainteresowane podmioty powinny być poinformowane m.in. o tym, jak będą prowadzone postępowania zawisłe w dniu wystąpienia, postępowania wszczęte począwszy od dnia wystąpienia oraz co z orzeczeniami sądów państwa występującego w przypadku, gdy orzeczenia te zostały objęte procedurą *exequatur* przed wystąpieniem. Głównym celem artykułu jest analiza potencjalnych skutków brexitu w obszarze prawa prywatnego międzynarodowego, w szczególności ustalenie zasad przyszłych stosunków prawnych między podmiotami pochodzącymi ze Zjednoczonego Królestwa a podmiotami pochodzącymi z państw członkowskich UE. Jednocześnie publikacja ta służy lepszemu przygotowaniu osób fizycznych i prawnych do nowej pobrexitowej rzeczywistości prawnej. Temat jest godny analizy, ponieważ przedstawia z jednej strony konieczność przygotowania wszystkich zainteresowanych do wystąpienia, a z drugiej — rozmiar tych przygotowań w zakresie zmian w prawie UE, w prawie państw członkowskich i w prawie państwa występującego.

2. Geneza i negocjacje procesu wystąpienia

Geneza i przebieg negocjacji w ramach procesu wystąpienia Zjednoczonego Królestwa z Unii Europejskiej mają kluczowe znaczenie dla przyszłych stosunków prawnych między podmiotami pochodzącymi z tego państwa a podmiotami pochodzącymi z państw członkowskich. Proces wystąpienia Zjednoczonego Królestwa z Unii Europejskiej rozpoczął się 23 czerwca 2016 r., gdy Brytyjczycy zagłosowali w referendum za wystąpieniem z Unii Europejskiej. Następnie 29 marca 2017 r. Zjednoczone Królestwo formalnie notyfikowało zamiar wystąpienia Radzie Europejskiej¹, a miesiąc później Rada Europejska zgromadzona na nadzwyczajnym szczycie przyjęła wytyczne określające ramy negocjacji². Na wstępie, po pierwsze, państwa członkowskie wyraziły wolę, by po wystąpieniu z Unii Europejskiej Zjednoczone Królestwo zachowało status bliskiego partnera. Po drugie, ustalono, że każde porozumienie ze Zjednoczonym Królestwem będzie musiało opierać się na równowadze praw i obowiązków oraz zapewniać równe warunki działania. Po trzecie, podkreślono konieczność zachowania jedności wspólnego rynku, co oznacza, że cztery swobody są niepodzielne, i wykluczono wszelką możliwość podejścia wybiórczego czy sektorowego. Wyraźnie zaznaczono, że państwa nienależące do Unii Europejskiej nie mogą mieć takich samych praw ani czerpać takich samych korzyści, jak jej członkowie. Dodatkowo wskazano, że Unia Europejska zachowa swoją autonomię w odniesieniu do podejmowania decyzji, a ponadto niezmienną pozostanie rola Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Przyjęto, że pojedyncze elementy nie mogą być ustalane oddzielnie, w myśl zasady, że nic nie jest uzgodnione, dopóki wszystko nie jest uzgodnione. Na koniec ustalono, że Unia Europejska przystąpi do negocjacji z ujednoczonymi stanowiskami, a poszczególne jej państwa nie będą prowadziły oddzielnych negocjacji ze Zjednoczonym Królestwem w kwestiach dotyczących jego wystąpienia z Unii Europejskiej³.

Z brzmienia wstępnych ram negocjacji można odnieść wrażenie, że przywódcy państw członkowskich Unii Europejskiej w wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa dostrzegli zagrożenie dla jedności Unii, dlatego za wszelką cenę chcieli podkreślić jej niepodzielność, mimo kryzysów, z któ-

¹ United Kingdom notification under Article 50 TEU — A letter of 29 March 2017 from the Prime Minister of the United Kingdom to the President of the European Council, Brussels, 29 March 2017, BXT 1, XT 20001/17.

² Rada Europejska, Wytyczne opracowane w następstwie notyfikacji złożonej przez Zjednoczone Królestwo na mocy art. 50 TUE, s. 2, BXT 10, EUCO XT 20004/17.

³ Ibidem.

rymi musi się mierzyć. Szok wywołany wizją brexitu skłonił decydentów do pogłębionej refleksji nad tym, w którym kierunku mógłby rozwijać się unijny porządek prawny i obywatelstwo Unii. Spotyka się poglądy, że jedynie stworzenie silnego społeczeństwa europejskiego może uchronić obywateli Unii i obywatelstwo Unii od fragmentacji w ramach unijnego porządku prawnego. W konsekwencji fragmentacja wywołana brexitem wymagała przyjęcia rozwiązań prawnych gwarantujących ochronę praw i statusu obywateli Unii w Zjednoczonym Królestwie oraz obywateli brytyjskich w Unii Europejskiej⁴. W odniesieniu do prawa prywatnego międzynarodowego wśród specjalistów pojawiały się argumenty, że najlepszym rozwiązaniem zarówno dla Zjednoczonego Królestwa, jak i dla Unii Europejskiej byłoby uzgodnienie dalszego stosowania istniejących instrumentów prawa UE lub dążenie do zawarcia nowej umowy, która ściśle powieli te instrumenty⁵.

Z tego też względu warunki wystąpienia Zjednoczonego Królestwa z Unii Europejskiej stanowiły przedmiot szczegółowych negocjacji, których nadrzędnym celem było doprowadzenie do ratyfikacji umowy o wystąpieniu. Wystąpienie bez jakiegokolwiek umowy określane jest mianem twardego brexitu, ponieważ w takim przypadku Zjednoczone Królestwo stałoby się państwem trzecim we wszystkich obszarach integracji. Spowodowałoby to zakłócenia w funkcjonowaniu przedsiębiorców, ale także o wiele większe utrudnienia w życiu obywateli, znacznie większe niż w przypadku zawarcia umowy o wystąpieniu. Optymalne przygotowanie do wystąpienia miało więc znaczenie nie tylko dla władz krajowych czy samej Unii Europejskiej, lecz przede wszystkim dla podmiotów prywatnych. Pierwszą umowę⁶ wynegocjowała brytyjska premier Theresa May, ale umowa nie zyskała aprobaty brytyjskiego parlamentu. Kolejna umowa, która była zmienioną wersją pierwszej umowy, została wynegocjowana przez premiera Borisa Johnsona.

Efektem negocjacji prowadzonych we wrześniu i październiku 2019 r. było porozumienie odnoszące się do zmienionego tekstu Protokołu w sprawie Irlandii/Irlandii Północnej, zawartego w umowie o wystąpieniu, oraz

⁴ O. Garner: *After Brexit: Protecting European Citizens and Citizenship from Fragmentation* (2016), European University Institute Department of Law Working Paper No. 2016/22. Available at SSRN, <https://ssrn.com/abstract=2871404> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2871404> [Dostęp: 25.10.2019 r.].

⁵ G. Rühl: *Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters after BREXIT: Which Way Forward?* „International and Comparative Law Quarterly” 2016, 67(1), 99–128. doi:10.1017/S0020589317000574 [Dostęp: 25.10.2019 r.].

⁶ Decyzja Rady (UE) 2019/274 z dnia 11 stycznia 2019 r. w sprawie podpisania, w imieniu Unii Europejskiej i Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej, umowy o wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej z Unii Europejskiej i Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej. Dz.Urz. UE L 47 I, 19.02.2019, s. 1.

co do koniecznych dostosowań technicznych art. 184 i 185 umowy o wystąpieniu. W dniu 17 października 2019 r. Rada Europejska zatwierdziła zmienioną umowę o wystąpieniu i zaakceptowała zmieniony tekst deklaracji politycznej, a 21 października 2019 r. Rada przyjęła decyzję (UE) 2019/1750 zmieniającą decyzję (UE) 2019/274 (5) w sprawie podpisania umowy o wystąpieniu⁷. W dniu 19 października 2019 r. Zjednoczone Królestwo wystąpiło z wnioskiem o przedłużenie okresu, o którym mowa w art. 50 ust. 3 TUE, do dnia 31 stycznia 2020 r. Rada Europejska wyraziła zgodę na ponowne przedłużenie terminu wystąpienia do dnia 31 stycznia 2020 r. celem umożliwienia zakończenia ratyfikacji umowy o wystąpieniu⁸. Tymczasem 12 grudnia 2019 r. odbyły się przedterminowe wybory do Izby Gmin Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, w wyniku których Partia Konserwatywna odzyskała w Izbie Gmin większość bezwzględna. W dniu 9 stycznia 2020 r. Izba Gmin zatwierdziła projekt ustawy o porozumieniu w sprawie wystąpienia Zjednoczonego Królestwa z Unii Europejskiej (Withdrawal Agreement Bill — WAB)⁹. Tym samym ostatnia przeszkoda na drodze do brexitu została pokonana.

Od tej pory droga Zjednoczonego Królestwa do wystąpienia z Unii Europejskiej nabrała tempa. W dniu 24 stycznia 2020 r. w imieniu Unii umowę o wystąpieniu podpisali przewodniczący Rady Europejskiej Charles Michel i przewodnicząca Komisji Europejskiej Ursula von der Leyen, a w imieniu Zjednoczonego Królestwa premier Boris Johnson. Następnie 29 stycznia 2020 r. Zjednoczone Królestwo potwierdziło, że ratyfikowało umowę o wystąpieniu oraz poinformowało władze Unii Europejskiej o zakończeniu wewnętrznych procedur niezbędnych do wejścia w życie umowy brexitowej. Tego samego dnia wymienioną umowę zatwierdził Parlament Europejski na posiedzeniu plenarnym. Rada przyjęła decyzję o zawarciu w imieniu Unii umowy brexitowej w dniu 30 stycznia 2020 r., co było równoznaczne z ratyfikowaniem umowy w imieniu UE. Ostatecznie umowa o wystąpieniu weszła w życie 31 stycznia 2020 r. o północy, co stanowi jednocześnie koniec okresu, o którym mowa w art. 50

⁷ Decyzja Rady (UE) 2019/1750 z dnia 21 października 2019 r. zmieniająca decyzję (UE) 2019/274 w sprawie podpisania, w imieniu Unii Europejskiej i Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej, umowy o wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej z Unii Europejskiej i Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej. Dz.Urz. UE L 274 I, 28.10.2019, s. 1.

⁸ Decyzja Rady Europejskiej (UE) 2019/1810 przyjęta w porozumieniu ze Zjednoczonym Królestwem z dnia 29 października 2019 r. przedłużająca okres, o którym mowa w art. 50 ust. 3 TUE, XT/20024/2019/REV/2. Dz.Urz. UE L 278 I, 30.10.2019, s. 1–3.

⁹ Bill stages — European Union (Withdrawal Agreement) Bill 2019-20, <https://services.parliament.uk/Bills/2019-20/europeanunionwithdrawalagreement/stages.html> [Dostęp: 19.01.2020 r.].

ust. 3 TUE¹⁰. Od tego momentu Zjednoczone Królestwo przestało być państwem członkowskim UE i jest uważane za państwo trzecie, jeśli chodzi o prawo UE. Z dniem 1 lutego 2020 r. rozpoczął się okres przejściowy, który pierwotnie zaplanowano do 31 grudnia 2020 r. Okres ten może zostać przedłużony o rok lub dwa lata, ale ewentualna decyzja o przedłużeniu okresu przejściowego musiałaby zapaść przed 1 lipca 2020 r. Na początku marca 2020 r. rozpoczęto negocjacje w sprawie przyszłego partnerstwa ze Zjednoczonym Królestwem, jednak rozmowy opóźniły się ze względu na wybuch pandemii COVID-19. Wśród setek tysięcy zakażonych koronawirusem znaleźli się m.in.: Michel Barnier — główny negocjator brexitu z ramienia UE, oraz Boris Johnson — premier Wielkiej Brytanii. Jeszcze na początku marca 2020 r. premier Boris Johnson kategorycznie sprzeciwiał się przedłużaniu okresu przejściowego, ale wybuch pandemii COVID-19 przyniósł niepewność co do przyszłości także w tej kwestii.

W okresie przejściowym, o ile w umowie o wystąpieniu nie przewidziano inaczej, prawo Unii ma nadal zastosowanie do Zjednoczonego Królestwa i na jego terytorium. Dotyczy to całego dorobku prawnego UE, w tym umów międzynarodowych. Niemniej jednak Zjednoczone Królestwo nie uczestniczy już w procesie zarządzania ani w procesie decyzyjnym instytucji, organów i jednostek organizacyjnych UE. Trwające mandaty członków instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii powołanych, mianowanych lub wybranych w związku z członkostwem Zjednoczonego Królestwa w Unii wygasły z chwilą, gdy traktaty przestały mieć zastosowanie do Zjednoczonego Królestwa, czyli z dniem jego wystąpienia¹¹. Na marginesie rozważań warto przypomnieć, że Zjednoczone Królestwo nie zaproponowało kandydata na stanowisko członka Komisji Europejskiej powołanej w listopadzie 2019 r., mimo wynikającego z prawa Unii obowiązku przedstawienia kandydata¹². Okres przejściowy ma zapewnić czas na przygotowanie się do dnia, w którym prawo Unii przestanie mieć zastosowanie do Zjednoczonego Królestwa i na jego terytorium¹³.

¹⁰ Artykuł 50 ust. 3 TUE: „Traktaty przestają mieć zastosowanie do tego Państwa od dnia wejścia w życie umowy o wystąpieniu [...]”.

¹¹ Ibidem, motyw 12 preambuły do wyżej wymienionej decyzji.

¹² Decyzja Rady Europejskiej (UE) 2019/1989 z dnia 28 listopada 2019 r. w sprawie mianowania Komisji Europejskiej, ST/34/2019/INIT, motywy 7—9 preambuły do wyżej wymienionej decyzji. Dz.Urz. UE L 308, 29.11.2019, s. 100—102.

¹³ Wytyczne Rady Europejskiej (art. 50) w sprawie ram przyszłych stosunków UE — Wielka Brytania (23 marca 2018), EUCO XT 20001/18, BXT 25. Bruksela, 23 marca 2018 r., s. 2.

3. Zawiadomienia dotyczące gotowości na brexit

Równolegle do negocjacji w sprawie umowy o wystąpieniu instytucje Unii Europejskiej publikowały zawiadomienia dotyczące gotowości na brexit, inicjatywy ustawodawcze i informacje na temat innych działań przygotowawczych. Zawiadomienia dotyczące gotowości na brexit zawierały informacje dyrekcji generalnych Komisji Europejskiej na temat tego, w jaki sposób brexit może wpłynąć na prawo i politykę w ich obszarach działań. Inicjatywy ustawodawcze obejmowały proponowane środki ustawodawcze i inne akty prawne zapewniające funkcjonowanie przyszłych ram prawnych UE-27 po wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa z UE. Z kolei w ramach tzw. innych działań przygotowawczych prezentowano dodatkowe prace administracyjne i techniczne w zakresie gotowości i planowania awaryjnego, komunikaty i seminaria przygotowawcze grupy roboczej Rady ds. art. 50. Ponadto udostępnione zostały linki do krajowych stron związanych z brexitem oraz do innych środków gotowości w państwach członkowskich¹⁴. Komisja Europejska publikowała także szczegółowe informacje na temat praw pobytu obywateli Wielkiej Brytanii przebywających legalnie na terytorium UE-27 oraz uprawnień do zabezpieczenia społecznego związanych z Wielką Brytanią w przypadku braku umowy¹⁵.

Prawo UE w obszarze prawa prywatnego międzynarodowego było przedmiotem jednych z pierwszych zawiadomień dotyczących gotowości na brexit. W toku negocjacji zawiadomienia te były uaktualniane¹⁶. Z zastrzeżeniem okresu przejściowego przewidzianego w ewentualnej umowie o wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa, od dnia wystąpienia przepisy UE dotyczące wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych i prawa prywatnego międzynarodowego nie będą już mieć zastosowania do Zjednoczonego Królestwa. Niesie to z sobą konkretne konsekwencje, nawet jeśli Zjednoczone Królestwo nie w pełni uczestniczy w dorobku prawnym w zakresie współpracy sądowej w sprawach cywilnych i handlowych.

¹⁴ National Brexit information in Member States, https://ec.europa.eu/info/brexit/brexit-preparedness/national-brexit-information-member-states_pl; polski rząd uruchomił stronę <https://www.brexit.gov.pl/>.

¹⁵ Citizens' rights: https://ec.europa.eu/info/brexit/brexit-preparedness/citizens-rights_pl.

¹⁶ Komisja Europejska — Dyrekcja Generalna ds. Sprawiedliwości i Konsumentów: *Zawiadomienie dla zainteresowanych stron — Wystąpienie Zjednoczonego Królestwa z UE a przepisy UE w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych i prawa prywatnego międzynarodowego*, REV1 — dokument zastępuje zawiadomienie dla zainteresowanych stron z dnia 21 listopada 2017 r. Bruksela, 18 stycznia 2019 r.

4. Jurysdykcja krajowa w sprawach cywilnych i handlowych po wystąpieniu

Prawo UE ustanawia zharmonizowane normy dotyczące jurysdykcji krajowej w sprawach cywilnych i handlowych, w tym w sprawach dotyczących niewypłacalności i prawa rodzinnego¹⁷. Przepisy te mają zastosowanie jedynie wtedy, gdy pozwany ma miejsce zamieszkania lub siedzibę w państwie członkowskim UE. W kontekście wystąpienia Zjednoczonego Królestwa wyróżnić można dwie kategorie spraw prowadzonych w jednym z państw członkowskich UE-27. Pierwsza grupa spraw obejmuje postępowania, które były zawieszane przed dniem brexitu, a druga — postępowania wszczęte po brexicie. Jeśli chodzi o sprawy zawieszane przed dniem wystąpienia, które będą się nadal toczyć przed sądem jednego z państw członkowskich UE-27 po dniu wystąpienia, to przepisy UE dotyczące jurysdykcji krajowej nadal będą miały zastosowanie w przypadku postępowania z udziałem pozwanego mającego miejsce zamieszkania lub siedzibę w Zjednoczonym Królestwie. Jeśli natomiast chodzi o sprawy wszczęte po brexicie w jednym z państw członkowskich UE-27, to przepisy dotyczące jurysdykcji krajowej zawarte w aktach prawnych UE w dziedzinie prawa cywilnego i handlowego oraz prawa rodzinnego nie będą już mieć zastosowania w przypadku postępowania z udziałem pozwanego mającego miejsce zamieszkania lub siedzibę w Zjednoczonym Królestwie.

Istnieje możliwość, że w przyszłości przyjęte będą akty prawa UE ustanawiające przepisy dotyczące jurysdykcji w odniesieniu do państw trzecich i wówczas przepisy te znajdą zastosowanie w wymianie z państwami trzecimi, w tym ze Zjednoczonym Królestwem. Póki co, jeśli chodzi o sprawy wszczęte po dniu brexitu, to jurysdykcja krajowa będzie określana na podstawie przepisów krajowych państwa członkowskiego, w którym wystąpiono do sądu. I tak możliwość wniesienia pozwu przeciwko ubezpieczycielowi ze Zjednoczonego Królestwa przed sąd państwa członkowskiego UE po brexicie będzie zależała od przepisów prawa krajowego. Jeśli chodzi o zasady dotyczące zawisłości sprawy, to od dnia wystąpienia obowiązek sądu państwa członkowskiego UE-27 określony w art. 29 ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 1215/2012 nie będzie miał zastosowania w odniesieniu do powództwa wytoczonego przed sądem Zjednoczonego Królestwa. Jeśli natomiast powództwo zostało w pierwszej kolej-

¹⁷ N. Półtorak: *Rola Unii Europejskiej w kształtowaniu współczesnego prawa prywatnego międzynarodowego*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2019, z. 28/2, s. 277—295.

ności wytoczone przed sądem Zjednoczonego Królestwa, to zastosowanie znajdzie art. 33 rozporządzenia (UE) nr 1215/2012¹⁸.

W niektórych sprawach zastosowanie znajdują konwencje międzynarodowe, w tym konwencje opracowane przez Haską Konferencję Prawa Prywatnego Międzynarodowego, o ile zarówno Unia Europejska lub jej państwa członkowskie, jak i Zjednoczone Królestwo są stronami danej konwencji¹⁹. Możliwe są różnice między stosowaniem konwencji haskich w ramach członkostwa w UE a ich stosowaniem z mocy przystąpienia do nich byłego państwa członkowskiego UE. Na przykład w ramach Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego w dniu 30 czerwca 2005 r. przyjęta została Konwencja o umowach dotyczących właściwości sądu²⁰. Chodzi o umowy dotyczące właściwości sądu między stronami międzynarodowych transakcji. Konwencja ta zapewnia stronom niezbędną pewność prawa, która przejawia się przez poszanowanie zawartej przez nie umowy dotyczącej właściwości sądu oraz w tym, że orzeczenie wydane przez wskazany w niej sąd będzie mogło zostać uznane i wykonane w postępowaniach międzynarodowych²¹. Normuje ona kwestie wcześniej uregulowane wtórnym prawem UE, dotyczącym wyboru właściwości sądu przez strony oraz uznawania i wykonywania orzeczeń wydanych na podstawie takiego wyboru²².

Dążąc do zatwierdzenia wyżej wymienionej Konwencji w imieniu Unii, należało w pierwszej kolejności zapewnić spójność pomiędzy przepisami unijnymi w sprawie wyboru jurysdykcji w sprawach cywilnych i handlowych oraz postanowieniami wymienionej Konwencji²³. Między

¹⁸ Komisja Europejska — Dyrekcja Generalna ds. Sprawiedliwości i Konsumentów: *Pytania i odpowiedzi związane z wystąpieniem Zjednoczonego Królestwa z Unii Europejskiej w odniesieniu do wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych i prawa prywatnego międzynarodowego*. Bruksela, 11 kwietnia 2019 r., s. 3 i n.

¹⁹ Komisja Europejska — Dyrekcja Generalna ds. Sprawiedliwości i Konsumentów: *Zawiadomienie dla zainteresowanych stron — Wystąpienie Zjednoczonego Królestwa z UE a przepisy UE w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych i prawa prywatnego międzynarodowego...*, s. 2.

²⁰ Konwencja z dnia 30 czerwca 2005 r. o umowach dotyczących właściwości sądu, Sprawozdanie wyjaśniające sporządzone przez Trevora Hartleya i Masato Dogauchi. Wyd. Stałe Biuro Konferencji, Haga 2013, <https://assets.hcch.net/docs/4c20f35d-8ee4-4c97-9040-309e8af56588.pdf> [Dostęp: 25.10.2019 r.].

²¹ Motyw 2 Decyzji Rady 2014/887/WE z dnia 4 grudnia 2014 r. w sprawie zatwierdzenia, w imieniu Unii Europejskiej, Konwencji haskiej z dnia 30 czerwca 2005 r. o umowach dotyczących właściwości sądu. Dz.Urz. UE L 353, 10.12.2014, s. 5—8.

²² Rozporządzenie 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 (Bruksela I). Dz.Urz. L 12, 16.01.2001, s. 1—23.

²³ A. Mukarrum, P. Beaumont: *Exclusive Choice of Court Agreements: Some Issues on the Hague Convention on Choice of Court Agreements and Its Relationship with*

innymi z tego względu rozporządzenie nr 44/2001 (Bruksela I) zastąpiono rozporządzeniem 1215/2012²⁴ (Bruksela I wersja przekształcona)²⁵. Następnie Unia Europejska oświadczyła, że posiada kompetencje we wszystkich sprawach uregulowanych w tej Konwencji²⁶ i podpisała ją, a państwa członkowskie zostały związane Konwencją w wyniku jej zatwierdzenia przez Unię²⁷. Konwencja ma zastosowanie we wszystkich sprawach, w których co najmniej jedna ze stron ma miejsce pobytu w umawiającym się państwie innym niż państwo członkowskie UE, natomiast rozporządzenie ma zastosowanie, gdy co najmniej jedna strona ma miejsce zamieszkania w państwie członkowskim²⁸. Jednym z państw związanych wymienioną Konwencją na mocy decyzji Rady było Zjednoczone Królestwo. Wobec woli wystąpienia z UE Zjednoczone Królestwo w dniu 28 grudnia 2018 r. złożyło wniosek o przystąpienie do tej Konwencji. Wejdzie ona w życie w Zjednoczonym Królestwie w dniu brexitu bez umowy lub w dniu brexitu z umową, która nie reguluje tej kwestii, co jest w tym zakresie równoznaczne z wystąpieniem bez umowy.

Konkludując, ta sama konwencja będzie wiązała Zjednoczone Królestwo na innych podstawach prawnych przed wystąpieniem i po wystąpieniu bez umowy. Zasadniczo w dniu wystąpienia bez umowy konwencja, na podstawie której sporządzona została dana umowa, przestaje mieć zastosowanie do Zjednoczonego Królestwa. Ponadto wymieniona Konwencja ma zastosowanie do umów o wyłączną właściwość sądu zawartych po jej wejściu w życie w państwie wybranego sądu i nie ma zastosowania do postępowań wszczętych przed jej wejściem w życie w państwie sądu, przed którym wszczęto postępowanie²⁹. Niemniej jednak Zjednoczone Królestwo deklaruje, że zadba o to, by zapewniona była ciągłość

the Brussels I Recast Especially Anti-Suit Injunctions, Concurrent Proceedings and the Implications of BREXIT. „Journal of Private International Law” vol. 13, no. 2, Aug. 2017, s. 386—410. EBSCOhost, doi:10.1080/17441048.2017.1348782 [Dostęp: 25.10.2019 r.].

²⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych. Dz.Urz. L 351, 20.12.2012, s. 1—32.

²⁵ Motyw 4—5 Decyzji Rady 2014/887/WE...

²⁶ Artykuł 30 Konwencji o umowach dotyczących właściwości sądu.

²⁷ Decyzja Rady 2014/887/WE z dnia 4 grudnia 2014 r. w sprawie zatwierdzenia, w imieniu Unii Europejskiej, Konwencji haskiej z dnia 30 czerwca 2005 r. o umowach dotyczących właściwości sądu. Dz.Urz. L 353, 10.12.2014, s. 5—8.

²⁸ Komisja Europejska: *Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego dotyczące stosowania rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych*, COM/2009/0174 końcowy. Bruksela, 21 kwietnia 2009 r., s. 7.

²⁹ Artykuł 16 Konwencji haskiej z dnia 30 czerwca 2005 r. o umowach dotyczących właściwości sądu, COM/2014/046 final — 2014/0021.

obowiązywania wymienionej Konwencji po brexicie³⁰. Możliwe jednak, że nawet w przypadku zachowania ciągłości obowiązywania Konwencji jedna ze stron umowy teoretycznie może powołać się na okoliczność brexitu, żądając niestosowania postanowień umowy przewidujących wyłączną jurysdykcję sądów brytyjskich w zmienionej pobrexitowej rzeczywistości. Doszło bowiem do istotnej zmiany otoczenia prawnego, w którym sąd brytyjski stał się sądem państwa trzeciego, gdy tymczasem w momencie przyjmowania postanowienia umownego w zakresie wyboru sądu był on jeszcze sądem jednego z państw członkowskich UE. Dodatkową okolicznością może być złożenie przez Zjednoczone Królestwo zastrzeżeń do wymienionej Konwencji, które to zastrzeżenia nie obowiązywały w czasie członkostwa tego państwa w UE. Na przykład 28 grudnia 2018 r. Zjednoczone Królestwo złożyło u depozytariusza Konwencji oświadczenie, że nie będzie stosować wymienionej Konwencji do umów ubezpieczenia, z wyjątkiem przypadków określonych w tym oświadczeniu³¹.

Ponadto z dniem wystąpienia w Zjednoczonym Królestwie mogą zacząć obowiązywać specyficzne zasady proceduralne typowe dla systemu *common law*, jak np. zakazy wnoszenia pozwu (ang. *anti-suit injunctions*). W wyroku w sprawie C-159/02 Turner Trybunał Sprawiedliwości potwierdził, że narzędzia proceduralne, które istnieją na mocy prawa krajowego i mogą wzmacniać skuteczność umów dotyczących jurysdykcji, takie jak zakazy wnoszenia pozwu (ang. *anti-suit injunctions*), są niezgodne z rozporządzeniem Bruksela I, jeśli stanowią nieuzasadnioną przeszkodę w określaniu przez sądy innych państw członkowskich ich jurysdykcji na mocy rozporządzenia³². Z kolei w wyroku w sprawie C-185/07 Allianz SpA i in. v. West Tankers Inc. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że wydanie wobec danej osoby przez sąd państwa członkowskiego zakazu wszczynania i dalszego prowadzenia postępowania przed sądami innego państwa członkowskiego, z tego względu, że takie postępowanie narusza zapis na sąd polubowny, jest niezgodne z rozporządzeniem Bruksela I³³. Wskazane rozstrzygnięcia bywają podawane jako jeden z powodów wy-

³⁰ Problem ten był przedmiotem zainteresowania mediów niedługo po referendum dotyczącym brexitu, np. E. Fennell: *Brexit threat to courts*. The Times, United Kingdom, 11/24/2016, s. 71.

³¹ Szczegóły: Hague Conference on Private International Law, Declaration/Reservation/Notification, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1318&disp=resdn> [Dostęp: 25.10.2019 r.].

³² Wyrok Trybunału (pełny skład) z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie C-159/02 Gregory Paul Turner przeciwko Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd i Changepoint SA. Zb. Orz. 2004 I-03565.

³³ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 10 lutego 2009 r. w sprawie C-185/07 Allianz SpA i Generali Assicurazioni Generali SpA przeciwko West Tankers Inc. ECLI:EU:C:2009:69.

rażanej przez zwolenników brexitu woli pozbycia się zwierzchniej roli Trybunału Sprawiedliwości w wykładni prawa UE³⁴. Tymczasem po brexicie sąd Zjednoczonego Królestwa może wydać zakaz wnoszenia pozwu w celu wzmocnienia umów dotyczących wyłącznego wyboru sądu na korzyść sądów w Wielkiej Brytanii, nawet jeśli jedna ze stron wniosła pozew sprzeczny z tą umową w państwie członkowskim UE³⁵. Sąd brytyjski będzie wówczas oczekiwać, że sąd państwa członkowskiego UE, podejmując decyzję, czy odmówić jurysdykcji na rzecz wybranego sądu w Wielkiej Brytanii, zastosuje art. 6 Konwencji haskiej, a nie art. 31 ust. 2 rozporządzenia Bruksela I bis³⁶. Z kolei w stosunku do umów zawartych przed brexitem sąd państwa członkowskiego może przystać na twierdzenia strony negocjującej skuteczność klauzuli prorogacyjnej ustanawiającej wyłączną jurysdykcję sądów brytyjskich ze względu na zmianę okoliczności wywołaną wystąpieniem Zjednoczonego Królestwa z Unii Europejskiej. Definitywne rozstrzygnięcie tej kwestii nie jest możliwe na tym etapie.

Brexit jest zjawiskiem wyjątkowym pod każdym względem, nawet jeśli chodzi o międzyczasowe stosowanie prawa. Co do zasady wymieniona Konwencja haska obowiązująca na mocy samodzielnego przystąpienia do niej Zjednoczonego Królestwa znajdzie zastosowanie do umów zawartych w dniu wystąpienia lub później. Uwidocznienie różnicy między stosowaniem tej samej Konwencji w zależności od podstawy jej obowiązywania może okazać się istotne. Należy zaznaczyć, że Konwencja ta jest jednym z wielu aktów prawnych kształtujących system prawa UE w dziedzinie współpracy w sprawach cywilnych, tzn. nie funkcjonuje jako odseparowany od systemu prawa UE akt prawny. Tym samym stosowanie tej Konwencji w ramach systemu prawa UE odbywa się w innym otoczeniu prawnym niż w przypadku zastosowania tej samej Konwencji w wymianie z państwem trzecim, jakim stało się Zjednoczone Królestwo po brexicie. Może to oznaczać konieczność preredagowania umów zawartych przed brexitem, w celu włączenia do nich umów klauzul wyłącznej jurysdykcji, lub konieczność zawarcia umowy uzupełniającej w tym zakresie. Mając na uwadze pewność prawa, dobrze, by strony umowy pomyślały o tym przed upływem okresu przejściowego.

³⁴ M. Zachariasiewicz: *Wpływ Brexitu na swobodę przepływu orzeczeń pomiędzy państwami UE i Wlk. Brytanią*. Międzynarodowe prawo handlowe — Blog poświęcony aktualnościom i ciekawostkom z zakresu międzynarodowego prawa handlowego, prawa kolizyjnego i arbitrażu, <https://międzynarodoweprawohandlowe.wordpress.com/2017/05/11/wplyw-brexitu-na-swobode-przeplwywu-orzeczen-pomiedzy-panstwami-ue-i-wlk-brytania> [Dostęp: 25.10.2019 r.].

³⁵ A. Mukarrum: *BREXIT and English Jurisdiction Agreements: The Post-Referendum Legal Landscape*. „European Business Law Review” 2016, 27, Issue 7, s. 990—997.

³⁶ A. Mukarrum, P. Beaumont: *Exclusive Choice of Court Agreements...*, s. 410.

5. Uznawanie i wykonywanie orzeczeń po wystąpieniu

Współpraca sądowa w sprawach cywilnych stanowi obecnie niezależną i odrębną dziedzinę prawa UE³⁷, co jest wynikiem wieloletniego rozwoju prawa UE³⁸. Współpraca sądowa w sprawach cywilnych w UE opiera się na założeniach równej wartości, równych kompetencji i równych statusów systemów prawnych i sądowych poszczególnych państw członkowskich oraz orzeczeń ich sądów. Obowiązuje zasada wzajemnego zaufania do sądów i systemów prawnych funkcjonujących w pozostałych państwach. Wzajemne uznawanie orzeczeń sądowych przez państwa członkowskie³⁹ obejmuje m.in. koncepcję realizowania w praktyce transgranicznej współpracy między poszczególnymi sądami i organami sądowymi⁴⁰. Celem jednolitych przepisów jest wspieranie pewności prawa i przewidywalności sytuacji prawnych mających skutki transgraniczne. W konsekwencji prawo prywatne międzynarodowe UE określa w jasny i kompleksowy sposób zasady ułatwiające uznawanie i wykonywanie orzeczeń sądowych wydanych przez państwo członkowskie. Po wystąpieniu państwa z UE prawo prywatne międzynarodowe UE przestanie mieć zastosowanie w wymianie między tym państwem a państwami członkowskimi. Istotne są szczegóły, w jaki sposób się to odbędzie, dlatego instytucje UE publikują wyjaśnienia w tym zakresie.

W przypadku instrumentów przewidujących procedurę *exequatur* możliwe są dwa scenariusze. Jeżeli orzeczenie sądu ze Zjednoczonego Królestwa zostało objęte procedurą *exequatur* w jednym z państw członkowskich UE-27 przed datą wystąpienia, ale nie zostało wykonane przed tą datą, to orzeczenie takie może być nadal wykonywane w państwach UE-27. Fakt, że pierwotnie orzeczenie to było wydane przez sądy w Zjednoczonym Królestwie nie ma wówczas znaczenia. Jeśli chodzi o sprawy zawisłe w dniu wystąpienia, to jeżeli przed dniem wystąpienia orzeczenie sądu ze Zjednoczonego Królestwa nie zostało objęte procedurą *exequatur*, unijne przepisy dotyczące uznawania i wykonywania takich orzeczeń ze Zjednoczonego Królestwa nie będą miały zastosowania do orzeczenia sądu ze Zjednoczonego Królestwa, które nie zostało wykonane przed dniem wystąpienia, nawet jeśli orzeczenie wydano przed dniem wystąpie-

³⁷ Rozdział 3: *Współpraca sądowa w sprawach cywilnych*. Tytuł V: *Przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości* Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

³⁸ A. Frąckowiak-Adamska: *Uznawanie i wykonywanie orzeczeń w sprawach cywilnych w Unii Europejskiej — Ujęcie systemowe*. Wolters Kluwer Polska, Warszawa, 2017, s. 39 i n.

³⁹ Artykuł 67 ust. 4 TFUE.

⁴⁰ Artykuł 81 TFUE.

nia lub procedury w celu wykonania orzeczenia rozpoczęto przed dniem wystąpienia. W odniesieniu do spraw wszczętych w dniu wystąpienia lub po tym dniu, w przypadku procedur mających na celu wykonanie orzeczenia sądu ze Zjednoczonego Królestwa, które to procedury rozpoczęły się od dnia wystąpienia w państwach UE-27, przepisy UE nie znajdują już zastosowania.

Analogicznie do jurysdykcji, uznawanie i wykonywanie orzeczeń będzie regulowane przez przepisy krajowe państwa członkowskiego uznania/wykonania. W niektórych przypadkach zastosowanie znajdują konwencje międzynarodowe, w tym konwencje opracowane przez Haską Konferencję Prawa Prywatnego Międzynarodowego, z tym zastrzeżeniem, że zarówno Unia lub jej państwa członkowskie, jak i Zjednoczone Królestwo muszą być stronami danej konwencji⁴¹. Konwencja z Lugano z 2007 r. o jurysdykcji i uznawaniu oraz wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych⁴² mogłaby być w pewnym zakresie alternatywą dla rozporządzeń brukselskich. Stanowi ona obecnie podstawę do wzajemnego wykonywania orzeczeń między państwami członkowskimi Unii Europejskiej a trzema krajami Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA) — Szwajcaria, Norwegia i Islandia. Zjednoczone Królestwo, występując z Unii, przestanie być stroną tej Konwencji, dlatego też powinno rozważyć przystąpienie do Konwencji z Lugano.

Należy zaznaczyć, że Konwencja z Lugano jest otwarta do przystąpienia dla państw, które staną się członkami Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu⁴³ lub państwami członkowskimi UE. Zjednoczonemu Królestwu pozostanie jedynie możliwość przystąpienia do Konwencji z Lugano przez uprzednie przystąpienie do EFTA. Warto przypomnieć, że Zjednoczone Królestwo przystąpiło do rozporządzeń brukselskich świadomie, ponieważ każdorazowo powiadamiało o chęci uczestniczenia w przyjęciu i stosowaniu rozporządzenia Bruksela I i Bruksela I bis⁴⁴, co wynika z faktu, że Zjednoczone Królestwo nie w pełni uczestniczyło w integracji w ramach Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości⁴⁵. Jak dotąd rząd Zjednoczonego Kró-

⁴¹ Komisja Europejska — Dyrekcja Generalna ds. Sprawiedliwości i Konsumentów: *Zawiadomienie dla zainteresowanych stron — Wystąpienie Zjednoczonego Królestwa z UE a przepisy UE w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych i prawa prywatnego międzynarodowego...*, s. 2—3.

⁴² Konwencja o jurysdykcji i uznawaniu oraz wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych. Dz.Urz. UE L 339, 21.12.2007, s. 3—41.

⁴³ Artykuł 70 ust. 1 pkt a Konwencji o jurysdykcji i uznawaniu oraz wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, s. 3—41.

⁴⁴ Motyw 40 rozporządzenia 1215/2012.

⁴⁵ Tytuł V: *Przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości* Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

lestwa nie przejawia woli wydłużenia w czasie stosowania rozporządzenia Bruksela I bis ani woli przystąpienia do Konwencji z Lugano. Tymczasem nietrudno jest przewidzieć, w jaki sposób brak skutecznej jurysdykcji i egzekwowania systemu orzeczeń między UE a Zjednoczonym Królestwem zaszkodzi atrakcyjności Anglii i Walii jako miejsca rozstrzygania sporów transgranicznych⁴⁶. Podobne wnioski można wysnuć w odniesieniu do rozporządzeń rzymskich, które przestaną być stosowane przez sądy brytyjskie. W doktrynie pojawiły się twierdzenia, że jeżeli nie uda się osiągnąć odpowiedniego porozumienia w ramach umowy o wystąpieniu, to Wielka Brytania powinna podjąć decyzję o jednostronnym stosowaniu rozporządzeń Rzym I i Rzym II⁴⁷. Rozwiązanie to wydaje się zasadne z punktu widzenia pewności prawa i atrakcyjności sądów brytyjskich w sprawach transgranicznych. Już jednak wiadomo, że jak chodzi o prawo właściwe, to reżim rzymski w Zjednoczonym Królestwie nie będzie stosowany, a przynajmniej częściowo się zmieni mocą prawa brytyjskiego, w konsekwencji czego powstanie ryzyko niepewności prawnej, szczególnie w odniesieniu do stosunków umownych⁴⁸.

6. Współpraca sądowa w sprawach cywilnych po wystąpieniu

Prawo Unii wprowadza ułatwienia we współpracy sądowej w sprawach cywilnych. Dotyczą one doręczania dokumentów⁴⁹, przeprowadzania dowodu⁵⁰ czy funkcjonowania europejskiej sieci sądowej w sprawach

⁴⁶ S. Gabriel, S. Giroud, B. Mauron, V. Meerovich: *Brexit: A New Era for Recognition and Enforcement of English Judgments in Europe or Turning Back the Clock? Lessons to Be Learned From the Swiss Example*. „Dispute Resolution International” May 2019, vol. 13, no. 1, s. 86.

⁴⁷ G. Rühl: *Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters after BREXIT...*, s. 99—128.

⁴⁸ J. Ungerer: *Consequences of Brexit for European Private International Law*. „European Papers” 2019, vol. 4, no. 1, „European Forum”, Insight of 27 February 2019, s. 395—407, doi: 10.15166/2499-8249/281 [Dostęp: 25.10.2019 r.].

⁴⁹ Rozporządzenie nr 1393/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. dotyczące doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasadowych w sprawach cywilnych i handlowych (doręczanie dokumentów) oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000. Dz.Urz. UE L 324, 10.12.2007, s. 79—120.

⁵⁰ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1206/2001 z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie współpracy między sądami Państw Członkowskich przy przeprowadzaniu dowodów w sprawach cywilnych lub handlowych. Dz.Urz. UE L 174, 27.06.2001, s. 1—24.

cywilnych i handlowych⁵¹. Począwszy od dnia wystąpienia państwa członkowskie UE-27 nie będą kontynuować toczących się procedur współpracy sądowej z udziałem Zjednoczonego Królestwa. Analogicznie, nie będą rozpoczynać nowych procedur współpracy sądowej z udziałem Zjednoczonego Królestwa na podstawie prawa UE, takie procedury bowiem mogą być kontynuowane jedynie zgodnie z prawem krajowym dotyczącym współpracy sądowej z państwami trzecimi. Również w tym zakresie w niektórych przypadkach zastosowanie znajdują konwencje międzynarodowe, takie jak konwencje opracowane przez Haską Konferencję Prawa Prywatnego Międzynarodowego, pod warunkiem, że zarówno UE lub jej państwa członkowskie, jak i Zjednoczone Królestwo są stronami danej konwencji.

Przykładem takiej konwencji może być Konwencja haska z 1980 r. dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę. W stosunkach między państwami członkowskimi UE pierwszeństwo stosowania przed wymienioną Konwencją ma rozporządzenie 2201/2003 dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej. Rozporządzenie to ma zastosowanie w państwach członkowskich UE, w tym w Zjednoczonym Królestwie, od 1 marca 2005 r. Zakończenie obowiązywania wymienionego rozporządzenia nastąpi 31 lipca 2022 r., kiedy to zostanie ono zastąpione rozporządzeniem 2019/1111 z dnia 25 czerwca 2019 r. w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę⁵². Zjednoczone Królestwo powiadomiło o chęci uczestniczenia w przyjęciu i stosowaniu nowego rozporządzenia⁵³, co nastąpiło już po referendum dotyczącym wystąpienia z UE. Uzasadnienie powyższej decyzji Zjednoczonego Królestwa może stanowić pewną wskazówkę co do przyszłych relacji w zakresie współpracy sądowej między sądami brytyjskimi a sądami państw członkowskich po brexicie.

Brytyjski Minister ds. Sądownictwa i Sprawiedliwości, odnosząc się do wniosku Komisji w sprawie projektu rozporządzenia 2019/1111, stwierdził w dniu 27 października 2016 r., że niezależnie od wyniku referendum w sprawie członkostwa w UE rząd uważa, że włączenie się do

⁵¹ Decyzja Rady z dnia 28 maja 2001 r. ustanawiająca Europejską Sieć Sądową w sprawach cywilnych i handlowych. Dz.Urz. UE L 174, 27.06.2001, s. 25–31.

⁵² Rozporządzenie Rady (UE) 2019/1111 z dnia 25 czerwca 2019 r. w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę (wersja przekształcona), ST/8214/2019/INIT. Dz.Urz. UE L 178, 2.07.2019, s. 1–115.

⁵³ Motyw 95 rozporządzenia 2019/1111.

tej propozycji leży w interesie Wielkiej Brytanii⁵⁴. Minister wyjaśniał wówczas, że Wielka Brytania stosuje przepisy rozporządzenia 2201/2003 z korzyścią dla obywateli brytyjskich, w tym dzieci w rodzinach przygranicznych. Przestrzegał, że należy unikać ryzyka, że jeśli nowe rozporządzenie wejdzie w życie przed brexitem, a Zjednoczone Królestwo nie zdecyduje się na przyjęcie nowego rozporządzenia, to rozporządzenie 2201/2003 nie będzie już miało zastosowania do Wielkiej Brytanii, ponieważ przestanie obowiązywać⁵⁵. Tym samym przez pewien czas żaden instrument UE nie regulowałby tych kwestii w stosunku do brytyjskich rodzin, mimo że Wielka Brytania byłaby nadal państwem członkowskim. Dodatkowo, nawet po wyjściu z Unii rozporządzenie wpłynie na obywateli brytyjskich zamieszkałych w innych państwach członkowskich.

W konsekwencji po wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa z Unii alternatywą dla rozporządzenia unijnego stanie się Konwencja haska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę. Wszystkie państwa członkowskie Unii są stronami Konwencji haskiej z 1980 r., w tym Zjednoczone Królestwo. Wystąpienie Zjednoczonego Królestwa z Unii Europejskiej nie powinno wpłynąć na stosowanie wymienionej Konwencji między Zjednoczonym Królestwem a państwami członkowskimi UE. W doktrynie pojawiały się argumenty, że w braku szczególnych ustaleń w tym względzie po brexicie Konwencja znajdzie natychmiastowe zastosowanie między Zjednoczonym Królestwem a wszystkimi państwami członkowskimi UE, ponieważ Zjednoczone Królestwo przystąpiło do tej Konwencji 20 maja 1986 r. jako państwo członkowskie UE⁵⁶. Wniosek ten jest prawidłowy, mimo że materia uregulowana wymienioną Konwencją należy do kompetencji wyłącznych Unii, tym samym o ewentualnym przystępowaniu nowych państw do tej Konwencji decyduje Rada Unii Europejskiej w odniesieniu do relacji między państwem trzecim a państwami członkowskimi UE.

Trybunał Sprawiedliwości wypowiedział się na temat podziału kompetencji w procesie przystępowania do Konwencji haskiej z 1980 r. Przystąpić do tej Konwencji może każde państwo, ale przystąpienie będzie skuteczne tylko w stosunkach między państwem przystępującym a tymi

⁵⁴ T. Jarrett: *Brexit: the Brussels IIa regulation — cross-border child contact cases, and child abduction*, House of Commons Library, briefing paper, Number 07764, 11 November 2016, <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-7764> [Dostęp: 25.10.2019 r.], s. 4.

⁵⁵ W chwili przedstawiania stanowiska na ten temat nie było jeszcze wiadomo, że rozporządzenie 2201/2003 przestanie obowiązywać w dniu 31 lipca 2022 r.

⁵⁶ P. Beaumont: *Interaction of the Brussels IIa and Maintenance Regulations with [possible] litigation in nonEU States: Including Brexit Implications*. Working Paper No. 2018/1, <https://www.abdn.ac.uk/law/research/working-papers-455.php> [Dostęp: 25.10.2019 r.], s. 11.

umawiającymi się państwami, które złożą oświadczenie o wyrażeniu zgody na to przystąpienie⁵⁷. Wyrażenie zgody na przystąpienie państwa trzeciego do wymienionej Konwencji należy do wyłącznej kompetencji Unii, Konwencja bowiem reguluje sprawy uregulowane wtórnym prawem UE, a konkretnie rozporządzeniem 2201/2003. Rozporządzenie ma wprawdzie pierwszeństwo przed wymienioną Konwencją w zakresie, w jakim dziedziny uregulowane w tych dwóch aktach nakładają się na siebie⁵⁸, ale mimo to nieskoordynowane wyrażanie przez państwa członkowskie zgody na przystąpienie państw trzecich do Konwencji haskiej z 1980 r. stwarza ryzyko wywarcia wpływu na zakres i skuteczność wspólnych zasad ustanowionych wymienionym rozporządzeniem. Wyrażanie przez państwa samodzielnie zgody lub jej odmowy na przystąpienie nowego państwa stwarzałoby ryzyko wpływu na jednolite i spójne stosowanie rozporządzenia nr 2201/2003, a zwłaszcza na zasady współpracy między organami państw członkowskich w każdym przypadku, gdy sytuacja polegająca na uprowadzeniu dziecka za granicę dotyczyłaby jednego państwa trzeciego i dwóch państw członkowskich, z których jedno wyraziło zgodę na przystąpienie tego państwa trzeciego, a drugie takiej zgody nie wyraziło⁵⁹. Wpływ zobowiązań międzynarodowych na zasady Unii może mieć miejsce również wtedy, gdy brak jest między nimi sprzeczności⁶⁰. Z tych względów wyrażenie zgody na przystąpienie państwa trzeciego do Konwencji haskiej z 1980 r. należy do wyłącznej kompetencji Unii i każdorazowo wydawane są decyzje upoważniające państwa członkowskie do wyrażenia zgody na przystąpienie państwa trzeciego do wymienionej Konwencji⁶¹. W rezultacie po brexicie bez szczególnych postanowień umownych współpraca sądowa między Zjednoczonym Królestwem a państwami członkowskimi UE w sprawach cywilnych dotyczących uprowadzenia dziecka za granicę będzie odbywać się na podstawie Konwencji haskiej z 1980 r., ale bez wzmocnienia, jakim było unijne rozporządzenie regulujące tę kwestię.

⁵⁷ Artykuł 38 Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzonej w Hadze 25 października 1980 r. Dz.U. 1992, nr 108, poz. 528.

⁵⁸ Artykuł 60 rozporządzenia 2201/2003.

⁵⁹ Opinia Trybunału (wielka izba) z dnia 14 października 2014 r. nr 1/13, pkt. 86—90. ECLI:EU:C:2014:2303.

⁶⁰ Opinia Trybunału z dnia 19 marca 1993 r. nr 2/91, pkt. 25—26. ECLI:EU:C:1993:106.

⁶¹ Tytułem przykładu: Decyzja Rady (UE) 2015/2358 z dnia 10 grudnia 2015 r. upoważniająca niektóre państwa członkowskie do wyrażenia zgody, w interesie Unii Europejskiej, na przystąpienie Armenii do Konwencji haskiej z 1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę. Dz.Urz. UE L 331, 17.12.2015, s. 23—25.

7. Inne aspekty przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości

Przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w Unii Europejskiej obejmuje znacznie więcej aspektów niż systemowe rozwiązania odnoszące się do jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń, ale ich analiza wykracza poza ramy niniejszego artykułu. Możliwe jest jedynie wskazanie skutków brexitu w wybranych aspektach integracji europejskiej w tym obszarze. Chodzi przede wszystkim o szczególne procedury unijnego prawa jednolitego czy los portalu e-Sprawiedliwość i interaktywnych formularzy po wystąpieniu. W prawie UE dotyczącym współpracy sądowej w sprawach cywilnych przewidziano szczególne procedury, takie jak europejski nakaz zapłaty⁶² czy europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń⁶³. Przedstawione wyżej zasady dotyczące jurysdykcji oraz uznania i wykonania orzeczeń mają zastosowanie również do tego rodzaju szczególnych procedur, tzn. Zjednoczone Królestwo stało się państwem trzecim, a akty prawa UE wprowadzające wyżej wymienione szczególne procedury przestaną mieć zastosowanie z upływem okresu przejściowego⁶⁴.

Komisja Europejska udostępnia różne narzędzia informacyjne na temat krajowego systemu sądowego za pośrednictwem portalu e-Sprawiedliwość⁶⁵. Aktualnie portal ten zawiera interaktywne formularze we wszystkich językach urzędowych UE. Formularze dotyczą: europejskiego nakazu zapłaty, dochodzenia roszczeń drobnych, rekompensaty dla ofiar przestępstw, europejskiego tytułu egzekucyjnego, orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych, pomocy prawnej, zobowiązań alimentacyjnych, spraw małżeńskich i z zakresu odpowiedzialności rodzicielskiej, doręczenia dokumentów, przeprowadzenia dowodu w sprawach cywilnych i handlowych, europejskiego poświadczenia spadkowego, europejskiego nakazu zabezpieczenia na rachunku bankowym czy wzajemnego uzna-

⁶² Rozporządzenie (WE) nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. ustanawiające postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty. Dz.Urz. UE L 399, 30.12.2006, s. 1–32.

⁶³ Rozporządzenie (WE) nr 861/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. ustanawiające europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń. Dz.Urz. UE L 199, 31.07.2007, s. 1–2.

⁶⁴ Komisja Europejska — Dyrekcja Generalna ds. Sprawiedliwości i Konsumentów: *Zawiadomienie dla zainteresowanych stron — Wystąpienie Zjednoczonego Królestwa z UE a przepisy UE w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych i prawa prywatnego międzynarodowego...*, s. 4–5.

⁶⁵ Zob. <https://e-justice.europa.eu/home.do?action=home&plang=pl>.

wania środków ochrony. Wybierając w portalu e-Sprawiedliwość jedno z dostępnych postępowań, można jednocześnie wybrać kraj, by uzyskać informacje na temat treści prawa danego państwa członkowskiego w zakresie wcześniej wybranego aspektu (ikony z flagami po prawej stronie). Jest to doskonale narzędzie ułatwiające ustalenie zarówno jurysdykcji, jak i prawa właściwego oraz jego treści. Od dnia wystąpienia portal e-Sprawiedliwość nie będzie już zawierał informacji dotyczących Zjednoczonego Królestwa, w tym interaktywnych formularzy i zestawień informacji na temat Zjednoczonego Królestwa⁶⁶. W rzeczywistości zestawienia informacji o sądach brytyjskich i prawie brytyjskim mogłyby być użyteczne także po brexicie, ale planuje się ich usunięcie wraz z zakończeniem okresu przejściowego. Jest to naturalna konsekwencja brexitu, ponieważ zawarte w portalu e-Sprawiedliwość informacje zdezaktualizują się z upływem okresu przejściowego, a Zjednoczone Królestwo nie będzie miało obowiązku ich aktualizowania po wystąpieniu, ponieważ z przyczyn oczywistych nie będzie uczestnikiem współpracy sądowej w ramach UE.

8. Wnioski

Integracja europejska przyniosła Europie pokój i dobrobyt oraz umożliwiła niespotykaną wcześniej współpracę, nie tylko w zakresie wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych czy prawa prywatnego międzynarodowego, ale we wszystkich kwestiach będących przedmiotem wspólnego zainteresowania⁶⁷. Analiza skutków wystąpienia Zjednoczonego Królestwa z Unii Europejskiej w zakresie określonym w tytule niniejszego artykułu prowadzi do wniosku, że wraz z wystąpieniem państwo i jego obywatele przestają korzystać ze wspólnego dorobku prawnego gwarantującego daleko idące udogodnienia w sprawach z elementem obcym. Generalnie Zjednoczone Królestwo stało się państwem trzecim w rozumieniu przepisów prawa UE w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych i prawa prywatnego międzynarodowego z za-

⁶⁶ Komisja Europejska — Dyrekcja Generalna ds. Sprawiedliwości i Konsumentów: *Zawiadomienie dla zainteresowanych stron — Wystąpienie Zjednoczonego Królestwa z UE a przepisy UE w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych i prawa prywatnego międzynarodowego...*, s. 5.

⁶⁷ Rada Europejska, Wytyczne opracowane w następstwie notyfikacji złożonej przez Zjednoczone Królestwo na mocy art. 50 TUE, s. 2.

strzeżeniem okresu przejściowego. W niektórych sprawach zastosowanie znajdują konwencje międzynarodowe, w tym w szczególności konwencje opracowane przez Haską Konferencję Prawa Prywatnego Międzynarodowego, o ile zarówno Unia Europejska lub jej państwa członkowskie, jak i Zjednoczone Królestwo są stronami danej konwencji. W konsekwencji relacja Zjednoczonego Królestwa i Unii Europejskiej bywa porównywana do miłości, która przeminęła, a byli kochankowie muszą się nadal spotykać od czasu do czasu, by załatwić pewne wspólne sprawy. Analiza tematu prowadzi do wniosku, że w istocie brexit jest zjawiskiem unikatowym, które nie ma żadnej wartości dodanej.

Bibliografia

- Beaumont P.: *Interaction of the Brussels IIa and Maintenance Regulations with [possible] litigation in nonEU States: Including Brexit Implications*. Working Paper No. 2018/1, <https://www.abdn.ac.uk/law/research/working-papers-455.php> [Dostęp: 25.10.2019 r.].
- Fennell E.: *Brexit threat to courts*. The Times, United Kingdom, 11/24/2016.
- Frąckowiak-Adamska A.: *Uznawanie i wykonywanie orzeczeń w sprawach cywilnych w Unii Europejskiej — Ujęcie systemowe*. Wolters Kluwer Polska, Warszawa, 2017.
- Gabriel S., Giroud S., Mauron B., Meerovich V.: *Brexit: A New Era for Recognition and Enforcement of English Judgments in Europe or Turning Back the Clock? Lessons to Be Learned From the Swiss Example*. „Dispute Resolution International” May 2019, vol. 13, no. 1.
- Garner O.: *After Brexit: Protecting European Citizens and Citizenship from Fragmentation* (2016), European University Institute Department of Law Working Paper No. 2016/22. Available at SSRN, <https://ssrn.com/abstract=2871404> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2871404> [Dostęp: 25.10.2019 r.].
- Jarrett T.: *Brexit: the Brussels IIa regulation — cross-border child contact cases, and child abduction*, House of Commons Library, briefing paper, Number 07764, 11 November 2016, <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-7764> [Dostęp: 25.10.2019 r.].
- Mukarrum A.: *BREXIT and English Jurisdiction Agreements: The Post-Referendum Legal Landscape*. „European Business Law Review” 2016, 27, Issue 7.
- Mukarrum A., Beaumont P.: *Exclusive Choice of Court Agreements: Some Issues on the Hague Convention on Choice of Court Agreements and Its Relationship with the Brussels I Recast Especially Anti-Suit Injunctions, Concurrent Proceedings and the Implications of BREXIT*. „Journal of Private

- International Law” vol. 13, no. 2, Aug. 2017, s. 386—410. EBSCOhost, doi: 10.1080/17441048.2017.1348782 [Dostęp: 25.10.2019 r.].
- Półtorak N.: *Rola Unii Europejskiej w kształtowaniu współczesnego prawa prywatnego międzynarodowego*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2019, z. 28/2.
- Rühl G.: *Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters after BREXIT: Which Way Forward?* „International and Comparative Law Quarterly” 2016, 67(1), 99—128, doi:10.1017/S0020589317000574 [Dostęp: 25.10.2019 r.].
- Ungerer J.: *Consequences of Brexit for European Private International Law*. „European Papers” 2019, vol. 4, no. 1, „European Forum”, Insight of 27 February 2019, s. 395—407, doi: 10.15166/2499-8249/281 [Dostęp: 25.10.2019 r.].
- Zachariasiewicz M.: *Wpływ Brexitu na swobodę przepływu orzeczeń pomiędzy państwami UE i Wlk. Brytanią*. Międzynarodowe prawo handlowe — Blog poświęcony aktualnościom i ciekawostkom z zakresu międzynarodowego prawa handlowego, prawa kolizyjnego i arbitrażu, <https://miedzynarodoweprawohandlowe.wordpress.com/2017/05/11/wplyw-brexitu-na-swobode-przeplywu-orzeczen-pomiedzy-panstwami-ue-i-wlk-brytania> [Dostęp: 25.10.2019 r.].



Maksymilian Pazdan^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0001-6799-7392>

O rozgraniczaniu statutów i wsysaniu regulacji prawnej (na przykładzie prawa stosowanego do oceny różnych aspektów powołania i funkcjonowania wykonawcy testamentu i zarządcy sukcesyjnego przedsiębiorstwem)

Abstract: The position of the executor of the will is governed by the law applicable to succession (Article 23(2)(f) of the EU Regulation 650/2012), while the position of the succession administrator of the estate of a business of a physical person located in Poland is subject to the Law of 5 July 2018 on the succession administration of the business of a physical person (the legal basis for such solution is in Article 30 of the EU Regulation 650/2012). However, if the court needs to determine the law applicable to certain aspects of appointing or functioning of these institutions, which have a nature of partial or preliminary questions, these laws will apply, as determined in line with the methods elaborated to deal with partial and preliminary questions in private international law.

The rules devoted to the executors of wills are usually not self-standing. In such situations, the legislators most often call for supportive application of the rules designed for other matters existing in the same legal system (here — of the *legis successionis*). This is referred to as the absorption of the legal rules.

Keywords: executor of the will, succession administrator of the estate, *lex successionis*, the law applicable to the administration of the estate, absorbing rules into *legis successionis*, partial issue, preliminary issue

^{a)} Prof. zw. dr hab., Akademia Leona Koźmińskiego.

1. Uwagi wstępne

Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej¹ [dalej: ustawa z 2018 r.] wprowadziła do naszego prawa, obok dotychczas istniejących, nowy instrument zarządu przedsiębiorstwem jako składnikiem spadku. Jego celem jest ochrona przedsiębiorstwa przed upadkiem w razie śmierci przedsiębiorcy. Nie uległy przy tym zmianie przepisy kodeksu cywilnego określające prawnośpadkowe tytuły nabycia przedsiębiorstwa (dziedziczenie ustawowe i testamentowe, zapis windykacyjny). W dalszym ciągu dopuszczalne jest powołanie przez spadkodawcę wykonawcy (wykonawców) testamentu (art. 986 § 1 k.c.).

Spadkodawca może powołać wykonawcę testamentu nie tylko do sprawowania zarządu całym spadkiem, lecz również jego zorganizowaną częścią (np. przedsiębiorstwem) lub oznaczonym składnikiem (art. 986¹ k.c.). Może też powołać wykonawcę testamentu do zarządu przedmiotem zapisu windykacyjnego (art. 990¹ k.c.), którym może być m.in. przedsiębiorstwo (art. 981¹ § 2 pkt 3 k.c.)².

Ustawa z 2018 r. stworzyła możliwość powołania przez spadkodawcę, a po jego śmierci przez inne osoby, zarządcy sukcesyjnego sprawującego w określonym (ograniczonym) czasie zarząd przedsiębiorstwem zmarłego przedsiębiorcy. W myśl art. 21 ust. 1 tej ustawy zarządca występując w tej roli działa wprawdzie w imieniu własnym, lecz w cudzym interesie (na rachunek „właściciela przedsiębiorstwa w spadku”)³.

¹ Dz.U. 2018, poz. 1629.

² Na temat wykonawcy testamentu jako zarządcy przedsiębiorstwem zob. m.in.: K.A. Dadańska: *Sukcesja przedsiębiorstw — „de lege lata” i „de lege ferenda”*. W: *Prawo rodzinne i spadkowe wobec współczesnych zjawisk technologicznych i społecznych*. Red. J.M. Łukasiewicz, M. Załucki. Toruń 2018, s. 372 i n.; J. Górecki: *Zapis windykacyjny w praktyce notarialnej*. „Rejent” 2012, nr 4, s. 20 i n.; P. Księżak: *Zapis windykacyjny*. Warszawa 2012, s. 115 i n.; J. Waszczuk-Napiórkowska: *Zapis windykacyjny w polskim prawie spadkowym*. Warszawa 2014, s. 207 i n.; J. Blajer: *Nabycie przedsiębiorstwa będącego przedmiotem zapisu windykacyjnego*. Warszawa 2016, s. 226 i n.; K. Osajda: *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki*. T. 4A. Warszawa 2019, s. 684, Nb 41 i 42, s. 733 i n., Nb 246 i n.; M. Pazdan: *Zarządca sukcesyjny a wykonawca testamentu*. W: *„Ius est ars boni et aequi”. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Józefowi Frąckowiakowi*. Red. A. Dańko-Roesler, M. Leśniak, M. Skory, B. Soltys. Wrocław 2018, s. 885 i n.; J. Głowacz: *Wykonawca testamentu w prawie polskim na tle porównawczym*. Poznań 2018, s. 148 i n.; P. Pacek: *Wykonawca testamentu a zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwem osoby fizycznej — wybrane zagadnienia*. „Rejent” 2019, nr 6, s. 61 i n.; R. Kapkowski, M. Kaufmann: *Charakter prawny zarządcy sukcesyjnego na tle pokrewnych instytucji zarządu masą spadkową*. „Rejent” 2019, nr 7, s. 61 i n.

³ Ocena charakteru prawnego zarządcy sukcesyjnego jest w literaturze sporna. Najczęściej reprezentowane jest stanowisko, że zarząd sukcesyjny należy objąć pojęciem sze-

Poszukując rozstrzygnięć kolizyjnoprawnych dla instytucji związanych z zarządem „przedsiębiorstwem w spadku”⁴, sięgnąć trzeba do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego⁵ [dalej: rozporządzenie spadkowe].

Przypomnieć więc wypada, że statut spadkowy w rozporządzeniu wyznaczają głównie przepisy art. 21 i 22⁶, w art. 23 objaśniono zakres zastosowania statutu spadkowego, w art. 24 wskazano prawo właściwe dla rozrządzeń na wypadek śmierci innych niż umowy dotyczące spadku, a w art. 25 — dla umów dotyczących spadku, i wreszcie w art. 26 objaśniono pojęcie „ważności materialnej” rozrządzeń na wypadek śmierci, o których mowa w art. 24 i 25. Prawo właściwe do oceny „ważności formalnej” pisemnych rozrządzeń na wypadek śmierci określa art. 27 rozporządzenia. Przedmiotem zainteresowania będą nadto art. 29 dotyczący wyznaczenia zarządcy spadku i jego kompetencji w sytuacjach opisanych w tym przepisie oraz art. 30 stwarzający podstawę do stosowania przepisów szczególnych obowiązujących w państwie, w którym znajdują się określone w tym przepisie składniki majątku spadkowego.

roko rozumianego (szczególnego, atypowego) zastępstwa pośredniego lub jest on takiemu zastępstwu bliski. Zob. R. Blicharz: *Zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwem w spadku*. Warszawa 2019, s. 37 i 38; K. Osajda, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki*. T. 4A..., s. 844 i 845, Nb 73, 74; K. Kopaczyńska-Pieczniak: *Status prawny zarządcy sukcesyjnego*. „Przegląd Prawa Handlowego” 2018, nr 12, s. 6 i n.; R. Kapkowski, M. Kaufmann: *Charakter prawny...*, s. 78; J. Bieluk: *Ustawa o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Komentarz*. Warszawa 2019, s. 73; A. Szereda: *Przedsiębiorstwo w spadku — odrębna jednostka organizacyjna*. W: *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*. Red. A. Marciniak. Warszawa 2019, s. 225; M. Pazdan: *Zarząd sukcesyjny — aspekty kolizyjnoprawne*. W: *Prawo handlowe. Między teorią, praktyką a orzecznictwem. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi A. Strzępcu*. Red. E. Zielińska, P. Pinior, P. Relidzyński, W. Wyrzykowski, M. Żaba. Warszawa 2019, s. 69. Natomiast zdaniem M. Sieradzkiej (*Zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwem osoby fizycznej — analiza i ocena nowych rozwiązań prawnych*. Cz. 1. „Monitor Prawniczy” 2018, nr 22, s. 1198), zarząd sukcesyjny jest instytucją „odrębną” zarówno „od innych znanych form przedstawicielstwa, jak i zastępcy pośredniego”; zob. też tej samej autorki („Monitor Prawniczy” 2018, nr 23, s. 1242) porównanie zarządcy sukcesyjnego z zastępcą pośrednim.

⁴ Odsyłam w tym miejscu do definicji „przedsiębiorstwa w spadku”, zamieszczonej w art. 2 ustawy z 2018 r. Zob. też A. Szereda: *Przedsiębiorstwo w spadku...*, s. 214 i n. Z kolei w art. 3 znalazła się definicja „właściciela przedsiębiorstwa”.

⁵ Dz.Urz. UE 2012, L 201, s. 107 ze sprost.

⁶ Zob. też art. 83 ust. 2—4 rozporządzenia. Szerzej na ich temat por. M. Pazdan, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2018, s. 1167 i n., i autorzy tam powołani, oraz s. 1276—1280.

Przepis art. 23 ust. 1 rozporządzenia stanowi, że statutowi spadkowemu podlega „ogół spraw dotyczących spadku”. Zasadę przewodnią rozporządzenia stanowi więc zasada jednolitości statutu spadkowego⁷. Nie wyklucza to istnienia od niej odstępstw, polegających bądź na wyłączeniu określonych kwestii z zakresu zastosowania statutu spadkowego i poddaniu ich właściwości innego prawa (przypadki tzw. rozszczepienia sytuacji życiowej)⁸, bądź na rozczłonkowaniu statutu spadkowego (w szczególności ze względu na zawartość spadku)⁹. Obie postaci odstępstw od zasady jednolitości statutu spadkowego spotykamy w rozporządzeniu¹⁰.

W art. 23 ust. 2 rozporządzenia zamieszczono przykładowe wyliczenie kwestii spadkowych należących do zakresu zastosowania statutu spadkowego.

W przepisie tym, w punkcie oznaczonym lit. f, jego zasięgiem objęto „uprawnienia spadkobierców, wykonawców testamentów i innych zarządców spadku, w szczególności dotyczące sprzedaży składników majątku i zaspokojenia wierzycieli”. Zastrzeżono jednak, że nie może to prowadzić do „uszczerbku dla uprawnień, o których mowa w art. 29 ust. 2 i 3”.

Dalsze rozważania zmierzać będą do ukazania kolizyjnoprawnych podstaw właściwości i stosowania prawa merytorycznego dochodzącego do głosu przy ocenie zagadnień dotyczących zarówno wykonawcy testamentu, jak i zarządcy sukcesyjnego. Na uwagę zasługują w szczególności: doniosłość przy ocenie tych instytucji statutu spadkowego, statutu miarodajnego dla czynności prawnosпадkowych i innych statutów. Określić też trzeba podstawę i zakres stosowania przepisów ustawy o zarządzie sukcesyjnym z 2019 r.

⁷ Na jej temat oraz odstępstw od niej por. M. Pazdan: *Zasada jednolitości statutu spadkowego i odstępstwa od niej w rozporządzeniu spadkowym UE z 2012 r.* W: *Prawo prywatne wobec wyzwań współczesności. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Ogieggle*. Red. M. Frasz, P. Ślęzak. Warszawa 2017, s. 343 i n. i autorzy tam powołani.

⁸ Na temat pojęcia rozszczepienia sytuacji życiowej por. M. Pazdan: *Rozszczepienie statutu kontraktowego oraz inne odstępstwa od zasady jednolitości statutu kontraktowego*. „*Studia Iuridica Silesiana*” 1991, T. 126, s. 59 i n.; Idem: *O niektórych osobliwościach poszukiwania prawa właściwego*. W: „*Valeat aequitas*”. *Księga pamiątkowa ofiarowana Księdzu Profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu*. Red. M. Pazdan. Katowice 2000, s. 344 i n.; A. Mączyński: *Wskazanie kilku praw przez normę kolizyjną prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*. Red. A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar. Kraków 1994, s. 246.

⁹ Liczne przykłady podaje J. Pazdan: *Umowy dotyczące spadku w rozporządzeniu spadkowym Unii Europejskiej*. Warszawa 2018, s. 69 i n.

¹⁰ Zob. szerzej M. Pazdan: *Zasada jednolitości...*, s. 345 i n.

2. Zasięg statutu spadkowego przy ocenie wykonawcy testamentu

Z art. 23 ust. 2 lit. f rozporządzenia wynika, że statut spadkowy obejmuje „uprawnienia” m.in. wykonawców testamentów. W rzeczywistości zakres zastosowania tego statutu przy ocenie wykonawcy testamentu jest o wiele szerszy.

Według postanowień statutu spadkowego należy oceniać w szczególności¹¹:

- a) dopuszczalność ustanowienia wykonawcy testamentu;
- b) kto może być wykonawcą testamentu (czy tylko osoba fizyczna, czy też również osoba prawna, czy powołanie może dotyczyć jedynie takiej osoby fizycznej, która ma pełną zdolność do czynności prawnych — zob. art. 986 § 2 naszego k.c., i wreszcie czy wolno powołać tylko jednego, czy też wielu wykonawców testamentu);
- c) sposób powołania wykonawcy testamentu (np. wymaganie powołania wykonawcy testamentu w testamencie — art. 986 § 1 naszego k.c.);
- d) stosunek prawny powstający pomiędzy spadkobiercą (spadkobiercami) a wykonawcą (wykonawcami) testamentu (w szczególności powstanie obowiązku pełnienia funkcji wykonawcy testamentu, treść stosunku, z którego ten obowiązek wypływa, i jego ustanie);
- e) zakres autonomii woli po stronie spadkodawcy przy kształtowaniu kompetencji wykonawcy testamentu;
- f) kompetencje wykonawcy testamentu oraz to

¹¹ Na tle polskich uregulowań krajowych prawa prywatnego międzynarodowego wypowiedzi w piśmiennictwie dotyczące wykonawcy testamentu nie były liczne. M. Sośniak (*Prawo prywatne międzynarodowe*. Katowice 1978, s. 238) uważał, że „ustanowienie i zakres uprawnień wykonawcy testamentu należałoby poddać statutowi testamentowemu, najbliższemu ewentualnej woli testatora”; zdaniem B. Walaszka (w: B. Walaszek, M. Sośniak: *Zarys prawa międzynarodowego prywatnego*. Warszawa 1973, s. 271), statut spadkowy rozstrzyga o „dopuszczalności ustanowienia wykonawcy testamentu i jego sytuacji prawnej”; według J. Gołaczyńskiego (*Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2015, s. 315, Nb 497), „sytuację wykonawcy testamentu określa statut spadkowy”; M. Pazdan (*Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2012, s. 279, Nb 544) uważał, że „pozycję prawną wykonawcy testamentu określa statut spadkowy. Ważność rozrządzenia, mocą którego wykonawca testamentu został ustanowiony, jest jedną z kwestii objętych zakresem działania statutu czynności prawnych *mortis causa* (art. 65 ustawy z 2011 r.)”; J. Pazdan (w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. J. Poczobut. Warszawa 2017, s. 987, Nb 90) ocenę wykonawcy testamentu lub zarządcy spadku zaliczyła do zakresu zastosowania statutu spadkowego.

g) czy wykonawca testamentu ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem ciężących na nim obowiązków jako na wykonawcy testamentu.

W sytuacji gdy statutem spadkowym jest prawo polskie, znajdzie ono zastosowanie do wszystkich wymienionych wyżej kwestii. Wykonawca testamentu ustanowiony przez spadkodawcę może wypełniać swe funkcje nie tylko w odniesieniu do spadku położonego w Polsce, lecz również w innych państwach (zwłaszcza w innych państwach członkowskich). Trudności mogą się jednak pojawić w sytuacji, gdy jurysdykcyjnie właściwe w sprawie spadkowej są sądy państwa członkowskiego, a prawo spadkowe tego państwa jest oparte na odmiennych założeniach niż prawo, które jest statutem spadkowym. Do tego może dojść wtedy, gdy jurysdykcja oparta jest na łączniku miejsca zwykłego pobytu spadkodawcy z chwili śmierci (art. 4), a w roli statutu spadkowego dzięki wyborowi prawa występuje prawo ojczyście (art. 22). Mogą w takiej sytuacji być spełnione przesłanki określone w art. 29 ust. 1 rozporządzenia. Otwiera to drogę do ustanowienia na podstawie tego przepisu zarządcy spadku w państwie członkowskim, którego sądy są jurysdykcyjnie właściwe. Przepis ten zaleca, by na zarządcę powołać „osobę uprawnioną do wykonywania testamentu zmarłego lub zarządzania spadkiem na podstawie prawa właściwego dla dziedziczenia” (art. 29 ust. 1 al. 2). W art. 29 ust. 2 rozporządzenia znajduje się szereg wskazówek zmierzających do usunięcia stanu napięcia pomiędzy prawem obowiązującym w siedzibie sądu jurysdykcyjnie właściwego w sprawie spadkowej (i do którego sprawy wniesiono) a obcym dla tego sądu statutem spadkowym. Sądowi wyznaczającemu zarządcę przyznano w tym przepisie dodatkowe kompetencje do ukształtowania uprawnień zarządcy.

3. Prawo właściwe dla zarządu sukcesyjnego

Wraz z wejściem w życie w naszym kraju ustawy o zarządzie sukcesyjnym z 2018 r. pojawiło się pytanie, czy jej przepisy należy objąć zakresem zastosowania statutu spadkowego, stosować je więc wtedy, gdy w roli tego statutu występuje prawo polskie, czy też poszukiwać innego rozwiązania.

Miałem już okazję wyrażenia w tej sprawie własnego poglądu¹². Przy pogłędzie tym obstaję. Kolidyjnoprawnej podstawy stosowania przepisów

¹² Zob. M. Pazdan: *Zarząd sukcesyjny — aspekty kolizyjnoprawne...*, s. 73 i n.

ustawy o zarządzie sukcesyjnym upatruję mianowicie w art. 30 rozporządzenia UE nr 650/2012.

Przepisy ustawy o zarządzie sukcesyjnym z 2018 r. mają charakter przepisów szczególnych modyfikujących z powodów określonych w art. 30 rozporządzenia (względy ekonomiczne i społeczne) zarząd spadkiem w takim zakresie, w jakim dotyczy on przedsiębiorstwa wchodzącego do spadku („przedsiębiorstwa w spadku”). Bez wątplenia nie chodzi tu o pierwszą grupę sytuacji przewidzianych w art. 30, czyli o ograniczenie dziedziczenia przedsiębiorstwa, lecz o grupę drugą, która obejmuje sytuacje, gdy dochodzi jedynie do „wpływaniania na dziedziczenie”. Zarząd przedsiębiorstwem wchodzącym do spadku przewidziany ustawą z 2018 r. ma zapobiegać rozpadowi przedsiębiorstwa po śmierci przedsiębiorcy. Ustawa zmierza zatem do ochrony przedsiębiorstwa na wypadek śmierci przedsiębiorstwa. W gruncie rzeczy chodzi o to, aby przedsiębiorstwo zachowane w całości weszło do spadku i zostało nabyte w drodze dziedziczenia przez spadkobiercę (spadkobierców) lub na podstawie zapisu windykacyjnego przypadło zapisobiercy windykacyjnemu.

Przepisy ustawy z 2018 r. znajdują zastosowanie wyłącznie do „przedsiębiorstwa w spadku” (w rozumieniu przyjętym w art. 2 ustawy), należącego do przedsiębiorcy, będącego osobą fizyczną, który we własnym imieniu prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji Informacji o Działalności Gospodarczej (CEDIG). Są więc w ten swoisty sposób powiązane z terytorium Polski. Do zastosowania przepisów ustawy może więc dojść zarówno wtedy, gdy statutem spadkowym jest prawo polskie, jak i wtedy, gdy jest nim prawo obce.

To, że statutem spadkowym jest prawo polskie, nie stwarza wystarczającej podstawy do ich stosowania. Nie są bowiem objęte zakresem zastosowania tego statutu. Brak również podstawy do ich stosowania, gdy przedsiębiorstwo wchodzące do spadku znajduje się za granicą, jeśli nawet statutem spadkowym jest prawo polskie.

Przepis art. 30 rozporządzenia uzasadnia oczekiwanie, że w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo należące do spadku znajduje się w Polsce, a sprawę spadkową rozpatruje sąd w innym państwie członkowskim (co w świetle art. 4 i n. rozporządzenia nie jest wykluczone), sąd ten (i inne organy w tym państwie) respektować będzie kompetencje zarządcy sukcesyjnego względem wchodzącego do spadku przedsiębiorstwa znajdującego się w Polsce. Chodzić tu może m.in. o pojedyncze składniki majątku przedsiębiorstwa powiązanego w opisany wyżej sposób z Polską, znajdujące się za granicą (np. towary, walory na kontach bankowych).

Odniesć to można także do kompetencji do zarządu przedsiębiorstwem w spadku przyznanych w art. 13 ustawy z 2018 r. osobom wymienionym w art. 14 tego aktu na czas od chwili śmierci przedsiębiorcy do

dnia ustanowienia zarządu sukcesyjnego (lub gdy zarządcy nie ustanowiono do dnia wygaśnięcia uprawnień do jego powołania).

Truizmem jest stwierdzenie, że postanowienia ustawy o zarządzie sukcesyjnym z 2018 r. należy stosować do kwestii w niej uregulowanych. Dotyczy to w szczególności przepisów normujących powołanie, funkcjonowanie (m.in. kompetencje zarządcy sukcesyjnego, jego prawa i obowiązki) i wygaśnięcie funkcji zarządcy sukcesyjnego.

4. Statut spadkowy a prawo właściwe dla zarządu sukcesyjnego

Zarówno wtedy, gdy spadkodawca ustanowił wykonawcę testamentu, jak i wtedy, gdy doszło do powołania zarządcy sukcesyjnego, zakres zastosowania statutu spadkowego w odniesieniu do głównych kwestii prawospadkowych jest podobny. Zbędne jest ich wyliczanie w tym miejscu.

Dotyczy to także losów przedsiębiorstwa należącego do spadku. Według postanowień statutu spadkowego należy oceniać m.in. dziedziczenie ustawowe przedsiębiorstwa, jego dziedziczenie testamentowe lub nabycie na podstawie zapisu windykacyjnego.

Różnice występują natomiast przy ocenie rozważanych tu instytucji zarządu spadkiem (przedsiębiorstwem). Instytucja wykonawcy testamentu — o czym już była mowa — objęta jest zakresem zastosowania statutu spadkowego. Natomiast zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwa podlega odrębnemu prawu. Jest to prawo państwa miejsca położenia przedsiębiorstwa, stosowane na podstawie art. 30 rozporządzenia. Jego dojście do głosu jest zbliżone do sposobu działania przepisów wymuszających swoje zastosowanie¹³.

Zapewnia to przewagę tych przepisów nad postanowieniami statutu spadkowego. W razie więc powołania przez spadkodawcę zarówno wykonawcy testamentu, jak i zarządcy sukcesyjnego przy ocenie ich stosunku do siebie pierwszeństwo należy przyznać przepisom ustawy o zarządzie sukcesyjnym.

Na uwagę w tym kontekście zasługuje art. 24 ustawy z 2018 r. Stanowi on, że w razie ustanowienia zarządu sukcesyjnego zarząd spadkiem

¹³ M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie a statut spadkowy*. W: *Nowe europejskie prawo spadkowe*. Red. M. Pazdan, J. Górecki. Warszawa 2015, s. 318; M. Mataczyński: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie — wybrane zagadnienia*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2016, T. 18, s. 73 i n.

sprawowany przez wykonawcę testamentu nie obejmuje przedsiębiorstwa w spadku.

Przepis ten nie usuwa jednak wszystkich wątpliwości. Na jego podstawie należy przyjąć, że w sytuacji, gdy spadkodawca powołał wykonawcę testamentu o ogólnych kompetencjach i zarządcę sukcesyjnego, zarząd przedsiębiorstwem jest wyłączony z kompetencji wykonawcy testamentu przez czas trwania zarządu sukcesyjnego¹⁴.

Nasuwa się pytanie, czy podobne rozwiązanie jest uzasadnione w razie powołania przez spadkodawcę najpierw wykonawcy testamentu z kompetencjami ograniczonymi do zarządu przedsiębiorstwem, a następnie zarządcy sukcesyjnego tego samego przedsiębiorstwa.

Bronić można poglądu, że w takim przypadku wykonawcy testamentu wolno wykonywać swoje kompetencje dopiero po wygaśnięciu zarządu sukcesyjnego, chyba że wcześniej dojdzie do objęcia przedsiębiorstwa przez właściwego beneficjariusza spadkowego (spadkobiercę lub zapisobiercę windykacyjnego).

5. Kwestie niepodlegające prawu właściwemu dla wykonawcy testamentu lub zarządcy sukcesyjnego

5.1. Wspomniano już wyżej, że z postanowień prawa właściwego dla wykonawcy testamentu (czyli statutu spadkowego) może wynikać wymaganie powołania wykonawcy testamentu w testamencie. Nie oznacza to poddania w takim przypadku w całej rozciągłości testamentu statutowi spadkowemu. Także wtedy, gdy w testamencie znalazło się powołanie wykonawcy testamentu (jeśli nawet jest to jedyne rozrządzenie spadkodawcy zamieszczone w testamencie), ważność testamentu podlega ocenie na podstawie prawa wskazanego przez odrębne normy kolizyjne (art. 24 rozporządzenia w odniesieniu do „ważności materialnej testamentu; w Polsce i w większości państw członkowskich postanowienia konwencji haskiej dotyczącej kolizji praw w przedmiocie rozporządzeń testamentowych z 1961 r.¹⁵ — w odniesieniu do wymagań dotyczących formy). Jeżeli testament w świetle praw, którym podlega (zarówno w zakresie „ważności materialnej”, jak i formy), jest ważny, jego skutki — m.in. dotyczące powołania wykonawcy testamentu — oceniać należy według postanowień statutu spadkowego.

¹⁴ Zob. szerzej M. Pazdan: *Zarządca sukcesyjny a wykonawca testamentu...*, s. 893; P. Pacek: *Wykonawca testamentu a zarząd sukcesyjny...*, s. 54 i n.

¹⁵ Dz.U. 1969, nr 34, poz. 284.

5.2. Nie ma też potrzeby poszukiwania prawa właściwego do oceny zdolności do powołania wykonawcy testamentu. Wystarczy odszukać prawo właściwe do oceny zdolności testowania (zdolności do sporządzenia ważnego testamentu), tę zaś w obrębie czynności prawnych objętych zakresem zastosowania normy kolizyjnej z art. 24 rozporządzenia należy oceniać według prawa wskazanego przez ten przepis (art. 26 ust. 1 lit. a rozporządzenia)¹⁶.

5.3. Zdolność do czynności prawnych występuje w prawie prywatnym w różnych rolach¹⁷. Obok jej najważniejszej funkcji jako przesłanki ważności lub skuteczności czynności prawnej, spełnia jeszcze inne funkcje. Wpływa na przykład na upływ terminu przedawnienia (zob. art. 121 pkt 2 polskiego k.c.) lub występuje w roli przesłanki skuteczności działania przedstawiciela. Bywa też wykorzystywana jako okoliczność, od której zależy możliwość pełnienia przez osobę fizyczną określonych funkcji (zajęcia określonego stanowiska).

W naszym prawie zarówno od wykonawcy testamentu (art. 986 § 2 k.c.), jak i od zarządcy sukcesyjnego wymaga się pełnej zdolności do czynności prawnych (art. 8 ust. 1 ustawy z 2018 r.). Pełna zdolność do czynności prawnych stanowi więc w tym przypadku przesłankę dopuszczalności pełnienia przez daną osobę funkcji wykonawcy testamentu lub zarządcy sukcesyjnego.

5.4. Prawa właściwego do ustalenia kwalifikacji personalnych wymaganych do zajęcia określonego stanowiska (pełnienia określonych funkcji) poszukiwać należy w prawie, któremu podlega instytucja, z którą wiąże się zajęcie tego stanowiska¹⁸.

W rozważanym zakresie może to być albo prawo właściwe dla instytucji wykonawcy testamentu, albo prawo, któremu podlega zarząd sukcesyjny.

W pierwszym przypadku jest to statut spadkowy, natomiast w drugim — prawo polskie (ustawa o zarządzie sukcesyjnym z 2018 r.).

Na podstawie tych przepisów należy więc określić m.in. stopień wymaganej zdolności do czynności prawnych do zajęcia stanowiska, o które chodzi.

¹⁶ Zob. M. Pazdan, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz...*, s. 1210 i n., Nb 9.

¹⁷ Zob. M. Pazdan: *O różnych funkcjach zdolności do czynności prawnych osoby fizycznej z uwzględnieniem aspektów arbitrażowych i kolizyjnoprawnych*. W: *Prawo prywatne i arbitraż. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Maciejowi Tomaszewskiemu*. Red. J. Poczobut, A.W. Wiśniewski. Warszawa 2016, s. 269 i n.

¹⁸ Zob. M. Pazdan, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz...*, s. 58, Nb 37.

5.5. Oddzielnym zadaniem jest poszukiwanie prawa właściwego do oceny zdolności do czynności prawnych danej osoby, a więc m.in. do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy dana osoba ma pełną lub ograniczoną zdolność do czynności prawnych, czy też tej zdolności nie ma.

Zdolność do czynności prawnych jako przesłanka ważności lub skuteczności czynności prawnej traktowana jest jako kwestia cząstkowa (wycinkowa) stanu faktycznego (sytuacji życiowej), obejmującego czynność prawną. Dochodzi wówczas do równoległego (równorzędnego) wskazania prawa właściwego dla kwestii cząstkowej (w rozpatrywanym przypadku zdolności do czynności prawnych) i sprawy głównej (stanowi ją czynność prawna)¹⁹. Prawa właściwego dla kwestii cząstkowej należy poszukiwać na podstawie odrębnych norm kolizyjnych, miarodajnych dla instytucji prawnej występującej w roli kwestii cząstkowej, obowiązujących w państwie, w którym dokonywana jest ocena²⁰.

5.6. Wymaganie pełnej zdolności do czynności prawnych do zajęcia określonego stanowiska nie ma charakteru kwestii cząstkowej. Na płaszczyźnie kolizyjnoprawnej zasługuje więc na odrębne rozpatrzenie.

Bronię stanowiska, że stanowi ono kwestię wstępną²¹, rozwiązywaną w sposób przyjęty dla kwestii wstępnych²².

¹⁹ Zob. M. Pazdan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014, s. 341 i 342, Nb 10.

²⁰ Zob. M. Pazdan, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz...*, s. 189, Nb 67; Idem, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A [2014], s. 342, Nb 10.

²¹ Zob. M. Pazdan, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz...*, s. 189, Nb 68.

²² Zob. G. Melchior: *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*. Berlin 1932, s. 245 i n.; W. Wengler: *Die Vorfrage im Kollisionsrecht*, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 1934, s. 148 i n.; A. Makarov: *Les cas d'application des règles de conflit étrangères*, *Revue critique de droit international privé*. „Revue critique de droit international privé” 1955, s. 431 i n.; P. Lagarde: *La règle de conflit applicable aux questions préalables*. „Revue critique de droit international privé” 1961, s. 459 i n.; W. Wengler: *Nouvelles réflexions sur les „questions préalables”*. „Revue critique de droit international privé” 1966, s. 165 i n.; A.E. Gotlieb: *The incidental question revisited theory and practice in the conflict of laws*. „International and Comparative Law Quarterly” 1977, vol. 26 Oct., s. 734 i n.; T.S. Schmidt: *The incidental question on private international law*. „Recueil des Cours” 1992, II (T. 233), s. 315 i n.; D. Solomon: *Die Anknüpfung von Vorfragen im Europäischen Internationalen Privatrecht*. In: *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. Hrsg. J. Bernreuther, R. Freitag, S. Leible, H. Sippel, U. Wanitzek. Sellier 2010, s. 355 i n.; S.L. Goessl: *Preliminary questions in EU private international law*. „Journal of Private International Law” 2012, vol. 8, no. 1, s. 63 i n.; P. Rodziejewicz: *Stwierdzenie treści oraz zastosowanie prawa obcego w sądowym postępowaniu cywilnym*. Warszawa 2015, s. 166 i n.; M. Pazdan: *Stosowanie obcych norm kolizyjnych*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2016, T. 18, s. 25 i n.

Opowiadam się za poszukiwaniem prawa właściwego dla kwestii wstępnej — w zależności od okoliczności danego stanu faktycznego — albo według kolizyjnej *legis fori*, albo kolizyjnej *legis causae*²³.

W odniesieniu do wykonawcy testamentu prawem (statutem spadkowym), na tle którego wymagane jest zdolności kandydata na wykonawcę testamentu się pojawia, może być bądź prawo polskie, bądź prawo obce. Wydaje się, że wiele przemawia za tym, aby przy ustalaniu prawa właściwego dla zdolności jako kwestii wstępnej w powiązaniu z wykonawcą testamentu posługiwać się normami kolizyjnymi miarodajnymi dla zdolności, wchodzącymi w skład systemu prawnego, który zrodził potrzebę poszukiwania rozstrzygnięć dotyczących zdolności. W rozpatrywanych przypadkach chodzi o normy kolizyjne miarodajne dla zdolności, wyznaczające statut personalny osoby, obowiązujące w państwie, którego prawo stanowi statut spadkowy. Jeżeli więc statutem spadkowym jest prawo polskie, prawa właściwego do oceny zdolności wymaganej od kandydata na wykonawcę testamentu (jako kwestii wstępnej) należy poszukiwać, stosując art. 11 ustawy z 2011 r. Jeżeli zaś statutem spadkowym jest prawo innego państwa, do oceny zdolności w rozpatrywanym zakresie należy zastosować prawo wskazane przez normy kolizyjne miarodajne dla zdolności obowiązujące w tym innym państwie.

Sytuacja przedstawia się zgoła inaczej przy rozpatrywaniu zdolności wymaganej od kandydata na zarządcę sukcesyjnego. Zarząd sukcesyjny — jak już była o tym mowa — podlega zasadniczo prawu polskiemu. Trzeba się więc liczyć — w przypadku kandydata na zarządcę sukcesyjnego — jedynie z kwestiami wstępnymi pojawiającymi się na tle merytorycznego prawa polskiego. Przy ich rozstrzyganiu będą więc wykorzystywane normy kolizyjne obowiązujące w Polsce, miarodajne dla kwestii występujących w roli kwestii wstępnych.

Nie ulega wątpliwości, że przedsiębiorca (lub inna osoba określona w art. 14 ustawy z 2018 r.) może powołać na zarządcę sukcesyjnego przedsiębiorstwa położonego w Polsce także cudzoziemca. Odpowiedzi na pytanie, czy kandydat na zarządcę ma wymaganą przez art. 8 ustawy z 2018 r. pełną zdolność do czynności prawnych, trzeba poszukiwać w postanowieniach jego statutu personalnego ustalonego na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 2011 r.

²³ Zob. A.E. Gotlieb: *The incidental question in Anglo-American conflict of laws*. „The Canadian Bar Review” 1955, vol. 33, s. 555; *Dicey’s Conflict of Laws*. Ed. J.H.C. Morris. London 1958, s. 62 i n.; w polskim piśmiennictwie M. Sośniak: *Prawo...*, s. 67 i n.; M. Pazdan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A [2014]..., s. 345 i 346, Nb 23; M. Pilich: *Zasada obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym. Zagadnienia podstawowe*. Warszawa 2015, s. 484 i n.; J. Poczobut, A.W. Wiśniewski, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. J. Poczobut..., s. 121 i 122, Nb 118.

5.7. Z art. 2 ust. 2 ustawy z 2018 r. wynika, że jeżeli w chwili śmierci przedsiębiorcy przedsiębiorstwo stanowi w całości mienie przedsiębiorcy i jego małżonka, przedsiębiorstwem w spadku jest całe to przedsiębiorstwo.

Przepis ten należy interpretować szeroko. Zwrot „przedsiębiorstwo stanowi mienie przedsiębiorcy i jego małżonka” obejmuje zarówno taką sytuację, w której małżonkowie pozostają we wspólności majątkowej małżeńskiej, a przedsiębiorcą jest tylko jeden małżonek, jak i taką, gdy przedsiębiorcami są oboje małżonkowie. Zwrot ten obejmuje również sytuację, w której małżonkowie pozostający w reżimie odrębności majątkowej małżeńskiej są jedynymi współnikami spółki cywilnej, w ramach której prowadzą przedsiębiorstwo.

O tym, czy przedsiębiorstwo należy do majątku osobistego jednego z małżonków, czy też do ich majątku wspólnego, rozstrzyga prawo właściwe dla stosunków majątkowych małżeńskich. W Polsce należy je ustalać na podstawie art. 51 lub 52 ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 2011 r.²⁴ Prawem właściwym, wskazanym przez te przepisy, może być bądź prawo polskie, bądź prawo obce.

Różnorodność spółek cywilnych jest źródłem trudności przy ustalaniu prawa dla nich właściwego.

Przewidziane w art. 1 ust. 2 lit. f rozporządzenia Rzym I wyłączenie z zakresu zastosowania tegoż rozporządzenia „kwestii z zakresu prawa spółek i innych podmiotów posiadających osobowość prawną lub jej nieposiadających” nie odnosi się do tzw. wewnętrznych spółek prawa cywilnego (*Innengesellschaften*), spółek cichych czy też tzw. spółek okolicznościowych (*Gelegenheitsgesellschaften*), powoływanych dla określonych celów (np. konsorcjów). Dla nich prawo właściwe należy ustalać, stosując rozporządzenie Rzym I (art. 3 oraz art. 4 ust. 2 i 3)²⁵. Jest też oczywiste,

²⁴ Zob. P. Twardoch, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 22C [2015]..., s. 115 i n., Nb 38 i n.

²⁵ Zob. U. Magnus, in: *J. von Staudingres Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Einleitung zum Rom I—VO*. Red. U. Magnus. Berlin 2011, s. 79, Nb 80; E.-M. Kieniger, in: *Internationales Vertragsrecht. Rom I—VO. CISG. CMR. Fact Ů. Kommentar*. Red. F. Ferrari et al. München 2012, s. 16, Nb 21; R. Hausmann, in: *Internationales Vertragsrecht*. Hrsg. Ch. Reithmann, D. Martiny. Köln 2015, s. 1620 i 1621, Nb 7.148; G. Hohloch, in: *Erman, Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*. Hrsg. H.P. Westermann, B. Grunewald, G. Maier-Reimer. Köln 2017, s. 6841, Nb 10; D. Martiny, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 12. Red. J. von Hein. München 2018, s. 69, Nb 71 i 72. Por. też propozycję M. Pazdana (w: *Prawo spółek handlowych*. T. 2A. Red. A. Szumański. Warszawa 2019, s. 356, Nb 21), by w odniesieniu do spółek cywilnych, którym ich potencjalny statut personalny przyznaje osobowość prawną lub przynajmniej zdolność prawną, zwracać się wprost do ich statutu personalnego. W takich przypadkach zastosowanie rozporządzenia Rzym I byłoby wyłączone.

co potwierdza art. 1 ust. 2 lit. h rozporządzenia spadkowego, że o dziedziczności udziału w spółkach zarówno mających osobowość prawną, jak i mających jedynie zdolność prawną rozstrzyga prawo dla nich właściwe, czyli ich statut personalny. Jeśli odmawia im dziedziczności, samo decyduje o ich losach na wypadek śmierci współnika. Jeżeli przyznaje im przymiot dziedziczności, o ich dziedziczeniu rozstrzyga statut spadkowy ustalony na podstawie rozporządzenia spadkowego.

5.8. Ustanowienie zarządu sukcesyjnego wymaga złożenia przez różne podmioty określonych oświadczeń: a) oświadczenia o powołaniu zarządcy sukcesyjnego złożonego przez przedsiębiorcę (art. 9 ustawy z 2018 r.) lub osoby wymienione w art. 14 ustawy z 2018 r.; b) wyrażenia zgody przez osobę powołaną na zarządcę sukcesyjnego na pełnienie tej funkcji (art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy z 2018 r.); c) wyrażenia zgody na powołanie zarządcy sukcesyjnego osób, którym łącznie przysługuje udział w przedsiębiorstwie w spadku większy niż 85/100 w sytuacji, gdy do powołania zarządcy sukcesyjnego ma dojść po śmierci przedsiębiorcy.

Oświadczenia te mają charakter oświadczeń woli. Oświadczenie o powołaniu zarządcy sukcesyjnego bywa zaliczane do jednostronnych czynności prawnych, należących do rodziny czynności upoważniających²⁶.

Bez trudu na podstawie przepisów ustawy można ustalić wymagania dotyczące zdolności do czynności prawnych jako przesłanki ważności tych oświadczeń (zob. art. 12 ust. 5 ustawy) czy też wymagania w zakresie formy (art. 9 ust. 2, art. 12 ust. 7 ustawy).

Nie są to jednak regulacje wyczerpujące. Niezbędne jest więc sięgnięcie do przepisów księgi I polskiego kodeksu cywilnego, w celu dopełnienia regulacji zamieszczonej w ustawie, na zasadzie „wessania” odpowiednich postanowień kodeksu cywilnego. W przypadku formy będzie to unormowanie kwestii związanych z dopełnieniem poszczególnych wymagań w zakresie formy oraz skutków niedopełnienia tych wymagań.

W ustawie z 2018 r. nie uregulowano wad oświadczeń woli pod względem omawianych oświadczeń. Także tę lukę należy wypełniać, stosując odpowiednio przepisy o wadach oświadczenia woli znajdujące się w polskim kodeksie cywilnym (art. 82—88). W uzasadnieniu stosowania w omawianym zakresie polskich przepisów można odwołać się do bronionej w tych rozważaniach koncepcji wsysania regulacji prawnej bądź powołać się na wskazówkę z art. 67 ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 2011 r. dotyczącą wypełniania luk²⁷.

²⁶ Zob. R. Blicharz: *Zarząd sukcesyjny...*, s. 13.

²⁷ Zob. M. Pazdan, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz...*, s. 546 i n., Nb. 5 i n.; Idem: *Zarząd sukcesyjny — aspekty kolizyjnoprawne...*, s. 76.

6. O zjawisku wsysania regulacji prawnych

Unormowanie instytucji wykonawcy testamentu w przepisach prawa spadkowego zwykle nie jest wyczerpujące. Pojawia się więc potrzeba wykraczania poza przepisy prawa spadkowego przy rozstrzyganiu różnych kwestii związanych z ustanowieniem i funkcjonowaniem wykonawcy testamentu.

Na przykład w myśl art. 989 § 1 polskiego k.c. do wzajemnych roszczeń między spadkobiercą a wykonawcą testamentu, wynikających ze sprawowania zarządu (czyli do powstającego między nimi stosunku obligacyjnego), stosować należy odpowiednio przepisy o zleceniu za wynagrodzeniem.

Na tle stanów faktycznych w całości powiązanych z polskim obszarem prawnym nie ma wątpliwości, że art. 989 § 1 k.c. odsyła do przepisów polskiego kodeksu cywilnego o zleceniu, czyli do art. 734 i n. k.c.

W razie pojawienia się w stanie faktycznym elementu obcego nasuwa się pytanie, czy odwołanie się w postanowieniach prawa spadkowego (statutu spadkowego) do unormowania zlecenia w przepisach prawa zobowiązań kieruje stosującego prawo do unormowania zlecenia wchodzącego w skład tego systemu prawnego, którego składnikami są postanowienia statutu spadkowego, czy też do prawa właściwego dla umowy zlecenia, ustalonego na podstawie reguł wskazujących prawo właściwe dla zobowiązań umownych (oznaczałoby to zastosowanie rozporządzenia Rzym I). Opowiadam się za pierwszym rozwiązaniem.

Zjawisko, z którym w takim przypadku mamy do czynienia, nazywam wsysaniem do regulacji instytucji wykonawcy testamentu znajdującej się w postanowieniach statutu spadkowego, w celu uzupełnienia tej regulacji unormowaniami spoza prawa spadkowego, zaczerpniętymi z tego samego systemu prawnego, którego składnikiem jest statut spadkowy.

W podobny sposób uzasadniać można stosowanie art. 471 k.c. do odpowiedzialności wykonawcy testamentu w razie niewykonania lub nie należytego wykonania ciężących na nim obowiązków (jako wykonawcy testamentu), jeśli założy się kontraktowy charakter stosunku obligacyjnego powstającego między wykonawcą testamentu a spadkobiercą (spadkobiercami)²⁸.

Tego sposobu postępowania nie można rozciągać na ewentualną odpowiedzialność deliktową wykonawcy testamentu za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym przy okazji wykonywania funkcji wykonawcy te-

²⁸ Zob. M. Pazdan, w: *Kodeks cywilny. T. 2: Komentarz. Art. 450—1088. Przepisy wprowadzające*. Red. K. Pietrzykowski. Warszawa 2018, s. 1172, art. 989, Nb. 1.

stamentu. Prawa dla niej właściwego poszukiwać należy, stosując postanowienia rozporządzenia Rzym II²⁹.

Opisane wyżej zjawisko wsysania regulacji prawnej występuje także na tle przepisów ustawy o zarządzie sukcesyjnym z 2018 r. Ustawę tę w takiej mierze, w jakiej reguluje ona zarząd sukcesyjny, należy stosować do kwestii w niej uregulowanych. Niektóre kwestie objęte regulacją ustawy nie zostały w niej unormowane wyczerpująco.

Przykład stanowi art. 26 ustawy z 2018 r., nakazujący stosowanie do wynagrodzenia zarządcy sukcesyjnego odpowiednio przepisów polskiego kodeksu cywilnego o zleceniu. Nie ma tu znaczenia ewentualne występowanie w danym stanie faktycznym elementu obcego, ze względu na który statutem spadkowym jest prawo innego państwa (w sytuacji, gdy „przedsiębiorstwo w spadku” znajduje się w Polsce).

Z kolei w art. 34 ustawy, dotyczącym sytuacji, gdy zarządcę sukcesyjnego powołano z naruszeniem art. 12, nakazano stosować odpowiednio przepisy polskiego kodeksu cywilnego o prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia.

W razie stanu faktycznego z elementem obcym w pierwszym przypadku nie wchodzi więc w grę sięganie w celu znalezienia prawa właściwego dla zlecenia do rozporządzenia Rzym I, a w drugim przypadku nie jest uzasadnione zwrócenie się w celu odszukania prawa właściwego dla prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia do rozporządzenia Rzym II³⁰.

W tych przypadkach o wsysaniu regulacji prawnych przesądził sam ustawodawca.

Bibliografia

- Bieluk J.: *Ustawa o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Komentarz*. Warszawa 2019.
- Błajer J.: *Nabywanie przedsiębiorstwa będącego przedmiotem zapisu windykacyjnego*. Warszawa 2016.
- Blicharz R.: *Zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwem w spadku*. Warszawa 2019.

²⁹ Rozporządzenie (WE) nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym I). Dz.Urz. UE L 2007, nr 199, s. 40.

³⁰ W tym kierunku M. Pazdan: *Zarząd sukcesyjny — aspekty kolizyjnoprawne...*, s. 77.

- Dadańska K.A.: *Sukcesja przedsiębiorstw — „de lege lata” i „de lege ferenda”*. W: *Prawo rodzinne i spadkowe wobec współczesnych zjawisk technologicznych i społecznych*. Red. J.M. Łukasiewicz, M. Załucki. Toruń 2018.
- Dicey’s Conflict of Laws*. Ed. J.H.C. Morris. London 1958.
- Głowacz J.: *Wykonawca testamentu w prawie polskim na tle porównawczym*. Poznań 2018.
- Goessl S.L.: *Preliminary questions in EU private international law*. „Journal of Private International Law” 2012, vol. 8, no. 1.
- Gołaczyński J.: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2015.
- Gotlieb A.E.: *The incidental question in Anglo-American conflict of laws*. „The Canadian Bar Review” 1955, vol. 33.
- Gotlieb A.E.: *The incidental question revisited theory and practice in the conflict of laws*. „International and Comparative Law Quarterly” 1977, vol. 26 Oct.
- Górecki J.: *Zapis windykacyjny w praktyce notarialnej*. „Rejent” 2012, nr 4.
- Hausmann R., in: *Internationales Vertragsrecht*. Hrsg. Ch. Reithmann, D. Martiny. Köln 2015.
- Hohloch G., in: *Erman, Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*. Hrsg. H.P. Westermann, B. Grunewald, G. Maier-Reimer. Köln 2017.
- Kapkowski R., Kaufmann M.: *Charakter prawny zarządcy sukcesyjnego na tle pokrewnych instytucji zarządu masą spadkową*. „Rejent” 2019, nr 7.
- Kieniger E.-M., in: *Internationales Vertragsrecht. Rom I—VO. CISG. CMR. Fact Ü. Kommentar*. Red. F. Ferrari et al. München 2012.
- Kopaczyńska-Pieczniak K.: *Status prawny zarządcy sukcesyjnego*. „Przeгляд Prawa Handlowego” 2018, nr 12.
- Księżak P.: *Zapis windykacyjny*. Warszawa 2012.
- Lagarde P.: *La règle de conflit applicable aux questions préables*. „Revue critique de droit international privé” 1961.
- Magnus U., in: *J. von Staudingres Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Einleitung zum Rom I—VO*. Red. U. Magnus. Berlin 2011.
- Makarov A.: *Les cas d’application des règles de conflit étrangères*, *Revue critique de droit international privé*. „Revue critique de droit international privé” 1955.
- Martiny D., in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 12. Red. J. von Hein. München 2018.
- Mataczyński M.: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie — wybrane zagadnienia*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2016, T. 18.
- Mączyński A.: *Wskazanie kilku praw przez normę kolizyjną prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*. Red. A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar. Kraków 1994.
- Melchior G.: *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*. Berlin 1932.
- Osajda K.: *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki*. T. 4A. Warszawa 2019.


- Pacek P.: *Wykonawca testamentu a zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwem osoby fizycznej — wybrane zagadnienia*. „Rejent” 2019, nr 6.
- Pazdan J.: *Umowy dotyczące spadku w rozporządzeniu spadkowym Unii Europejskiej*. Warszawa 2018.
- Pazdan J., w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. J. Poczobut. Warszawa 2017.
- Pazdan M.: *O niektórych osobliwościach poszukiwania prawa właściwego*. W: „*Valeat aequitas*”. *Księga pamiątkowa ofiarowana Księdzu Profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu*. Red. M. Pazdan. Katowice 2000.
- Pazdan M.: *O różnych funkcjach zdolności do czynności prawnych osoby fizycznej z uwzględnieniem aspektów arbitrażowych i kolizyjnoprawnych*. W: *Prawo prywatne i arbitraż. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Maciejowi Tomaszewskiemu*. Red. J. Poczobut, A.W. Wiśniewski. Warszawa 2016.
- Pazdan M.: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2012.
- Pazdan M.: *Rozszczepienie statutu kontraktowego oraz inne odstępstwa od zasady jednolitości statutu kontraktowego*. „*Studia Iuridica Silesiana*” 1991, T. 126.
- Pazdan M.: *Stosowanie obcych norm kolizyjnych*. „*Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*” 2016, T. 18.
- Pazdan M.: *Zarząd sukcesyjny — aspekty kolizyjnoprawne*. W: *Prawo handlowe. Między teorią, praktyką a orzecznictwem. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi A. Strzępcze*. Red. E. Zielińska, P. Piniór, P. Relidzyński, W. Wyrzykowski, M. Żaba. Warszawa 2019.
- Pazdan M.: *Zarządca sukcesyjny a wykonawca testamentu*. W: „*Ius est ars boni et aequi*”. *Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Józefowi Frąckowiakowi*. Red. A. Dańko-Roesler, M. Leśniak, M. Skory, B. Sołtys. Wrocław 2018.
- Pazdan M.: *Zasada jednolitości statutu spadkowego i odstępstwa od niej w rozporządzeniu spadkowym UE z 2012 r.* W: *Prawo prywatne wobec wyzwań współczesności. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Leszkoowi Ogiegłemu*. Red. M. Fras, P. Ślęzak. Warszawa 2017.
- Pazdan M., w: *Kodeks cywilny. T. 2: Komentarz. Art. 450—1088. Przepisy wprowadzające*. Red. K. Pietrzykowski. Warszawa 2018.
- Pazdan M., w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2018.
- Pazdan M., w: *Prawo spółek handlowych. T. 2A*. Red. A. Szumański. Warszawa 2019.
- Pazdan M., w: „*System Prawa Prywatnego*”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014.
- Pilich M.: *Zasada obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym. Zagadnienia podstawowe*. Warszawa 2015.
- Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. J. Poczobut. Warszawa 2017.

- Rodziewicz P.: *Stwierdzenie treści oraz zastosowanie prawa obcego w sądowym postępowaniu cywilnym*. Warszawa 2015.
- Schmidt T.S.: *The incidental question on private international law*. „Recueil des Cours” 1992, II (T. 233).
- Sieradzka M.: *Zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwem osoby fizycznej — analiza i ocena nowych rozwiązań prawnych*. Cz. 1. „Monitor Prawniczy” 2018, nr 22.
- Solomon D.: *Die Anknüpfung von Vorfragen im Europäischen Internationalen Privatrecht*. In: *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. Hrsg. J. Bernreuther, R. Freitag, S. Leible, H. Sippel, U. Wanitzek. Sellier 2010.
- Sośniak M.: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Katowice 1978.
- Szereda A.: *Przedsiębiorstwo w spadku — odrębna jednostka organizacyjna*. W: *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*. Red. A. Marciniak. Warszawa 2019.
- Walaszek B., Sośniak M.: *Zarys prawa międzynarodowego prywatnego*. Warszawa 1973.
- Waszczuk-Napiórkowska J.: *Zapis windykacyjny w polskim prawie spadkowym*. Warszawa 2014.
- Wengler W.: *Die Vorfrage im Kollisionsrecht*, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 1934.
- Wengler W.: *Nouvelles réflexions sur les „questions préalables”*. „Revue critique de droit international privé” 1966.
- Zachariasiewicz M.A.: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie a statut spadkowy*. W: *Nowe europejskie prawo spadkowe*. Red. M. Pazdan, J. Górecki. Warszawa 2015.



Mariusz Fras^{a)}

University of Silesia

 <https://orcid.org/0000-0002-0033-6909>

The European Context of the Group Insurance Contract

Abstract: The entirety of norms on the relations connected with conclusion and performance of insurance contracts make up economic insurance law. Because of its objective homogeneity, it is generally treated as a separate branch of law. From the dogmatic perspective, its permanent element are group insurance contracts. However, the results of a comparative law research allow to draw the conclusion that in a substantial number of legal systems the term “group insurance” is not to be found in normative acts. In the literature, multiple attempts were made to expound the legal nature of the group insurance contract. Still, there is no consensus as to the nature of the legal relationship arising from conclusion of a group insurance contract. The article concerns the proposal of normative regulation of group insurance contract.

Keywords: group insurance contract, insurance law, partial groups, extended groups

I. Sources of generally applicable law governing the group insurance contract

The entirety of norms on the relations connected with conclusion and performance of insurance contracts make up economic insurance law. Because of its objective homogeneity, it is generally treated as a separate

^{a)} Dr hab., prof. UŚ, University of Silesia in Katowice.

branch of law.¹ From the dogmatic perspective, its permanent element are group insurance contracts. However, the results of a comparative law research allow to draw the conclusion that in a substantial number of legal systems the term “group insurance” is not to be found in normative acts.² Even in the systems recognising the need to specifically regulate the group insurance contract, the prevalent tendency is to regulate this subject matter rudimentarily.

One of the few exceptions to that rule is France, where group insurance attracted special attention of the legislator. French insurance law is composed of a number of legislative acts,³ which include multiple solutions distinctive against the background of other European legislations. Among solutions specific almost exclusively to French law, one can point also to the extensive regime of group insurance contracts.⁴ Complications following from the application of those provisions are subject to detailed doctrinal discussion.

The contemporary catalogue of sources of insurance law constitutes a very extensive system of interrelated normative acts. One may speak of coherent statutory solutions only in case of one of the types of collective insurance agreements, namely the group insurance contract. Other collective insurance contracts do not form any homogeneous category and are characterised by the absence of coherent systemic solutions.

The basic legislative act covering problems of insurance law is the Insurance Code (hereinafter: CA).⁵ Its field of application *ratione personae* precludes recourse to the solutions envisaged in the Code in regard to contracts in which the party affording insurance protection is an entity other than joint-stock company pursuing insurance activities.⁶ The provisions of the Code do not apply to contracts concluded by mutual insurance societies or social security institutions. The Insurance Code does not govern insurance law relationships concluded with the involvement of such entities.⁷ This gap, however, is filled by other codes: the Mutual

¹ E. Kowalewski: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*. Bydgoszcz—Toruń 2006, pp. 84—85.

² L.D. Loacker: *Informed Insurance Choice?: The Insurers Pre-Contractual Information Duties in General Consumer Insurance*. Cheltenham 2015, p. 226.

³ M. Bigot-Gonçalves: *Les assurances de groupe*. Aix-en-Provence 2009, p. 49.

⁴ *Ibidem*, p. 22.

⁵ CA — French Insurance Code (Code des assurances; JO 1978, p. 1088, amended).

⁶ L. Mayaux, in: *Traité de Droit des assurances. Tome 4. Les assurances de personnes*. Ed. J. Bigot. Paris 2007, p. 640.

⁷ M. Bigot-Gonçalves: *Les assurances de groupe...*, p. 20.

Insurance Code (*Code de la mutualité*)⁸ and the Social Security Code (*Code de la sécurité sociale*)⁹.

Beside the Insurance Code, the foundation of the modern legislation on collective group agreements, as a wider category covering among others group insurance contracts, is laid by two Acts of 31 December 1989, namely the Act No. 89—1009 reinforcing the safeguards of persons insured against certain types of risk¹⁰, referred to as *loi Evin*¹¹, and the Act No. 89—1014, adjusting the Insurance Code to the opening of the European market¹², referred to as *loi Bérégovoy*.

Originally, the provisions of Title IV of Book I CA were classified as default norms. Under the Regulation of 30 January 2009¹³, the rule of Art. L. 111-2 CA was amended so that the provisions of Book I Title IV of the Code, governing group insurance contracts, were given the status of mandatory provisions (*ius cogens*)¹⁴. Under the version currently in force of Art. L. 111-2 CA, the provisions of Book I Titles I, II, III and IV of the Code may not be modified by the intention of the parties. However, the legislator stipulates that the said principle does not relate to provisions which expressly provide for such eventuality and which were exhaustively listed in Art. L. 111-2 CA. It is significant that the norm under Art. L. 111-2 CA does not list as default norms any of the provisions of Title IV of Book I of the Code.¹⁵ The mandatory character of the rules devoted to group insurance contracts should be of no surprise. Bearing in mind the limited possibility of members of the group of insured parties to influence the contents of the insurance contract, granting extensive contractual freedom to the parties of such contracts

⁸ See: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074067> (accessed: 1.07.2015).

⁹ See: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006073189> (accessed: 1.07.2015).

¹⁰ Act No. 89-1009 of 31 December 1989 reinforcing the safeguards of persons insured against certain types of risk (La loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, JO du 2 janvier 1990).

¹¹ D. Rigaud, P. Baron, X. Pignaud: *Le prévoyance collective des salariés et la loi Evin*. "Droit social" 2009, no. 4, p. 465.

¹² Act No. 89—1014 of 31 December 1989 adjusting the Insurance Code to the opening of the European market (Loi n° 89—1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen, JO n° 2 du 3.01.1990).

¹³ Ordonnance n° 2009—106 du 30 janvier 2009 portant sur la commercialisation des produits d'assurance sur la vie et sur des opérations de prévoyance collective et d'assurance, JORF no, 0026 of 31 January 2009, p. 1838 et seq.

¹⁴ J.C. Ponge: *Les sanctions en droit des assurances*. Paris 2010, p. 57.

¹⁵ See A. Bzdyn: *Ubezpieczenia grupowe we francuskim „code des assurances”*. In: *Ubezpieczenia grupowe na życie a prawo zamówień publicznych*. Ed. E. Kowalewski. Toruń 2011, p. 200.

could infringe the interests of the collectivity covered by insurance protection.

It must be noted that the legislator introduces as well specific solutions for group insurance contracts outside Book I Title IV of the Code. Under art. L. 132-7 CA, life insurance is invalid if the insured party committed suicide in the first year of the term of such agreement. This norm, however, does not apply to group insurance contracts¹⁶ mentioned in Art. L. 141-1 CA signed by the parties listed in Art. L. 141-6 CA. Pursuant to Art. L. 132-23 CA, in group insurance contracts in which the risk relates to the end of the working life, including supplemental insurance for public officers, it is inadmissible to stipulate the right to surrender a policy.

French law is characterised by a tendency to enact special provisions for generic categories of group insurance. The Act No. 2003—775 of 21 August 2003 introducing a pension reform¹⁷, referred to as *loi Fillon*, established the normative framework for the operation of group insurance contracts serving as pension insurance. Another area which attracted the legislator's special attention was the sector of elective insurance of employees and persons performing work on a basis other than employment contract¹⁸.

On the contrary, a feature characteristic of German law is the existence of only rudimentary rules on group insurance. This may surprise, bearing in mind that the currently applicable Act on the insurance contract entered into force only on 1 January 2009¹⁹. The German legislator decided to introduce a new legislative act in view of the fact that adaptation to today's challenges of the Insurance Law Act which had been in force for nearly 100 years would not be possible by implementing minor legislative corrections.²⁰ The attitude of the legislator in itself to the conception of reforming insurance law augured far-reaching review of the regime of insurance relationships.

However, in the said Act, there is no comprehensive set of norms governing group insurance contracts. What is more, the German legislator did not decide to formulate a definition of group insurance although that

¹⁶ This solution, however, is criticised in the doctrine. See G. Courtieu: *Un suicide raté ou le législateur se tire une balle dans le pied*. "Gazette du Palais" 1999, 8—9 janvier, p. 2.

¹⁷ La loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites, JO du 22 août 2003.

¹⁸ M. Bigot-Gonçalves: *Les assurances de groupe*. Aix-en-Provence 2009, pp. 40—41.

¹⁹ German Act on the insurance contract of 23 November 2007 (*Versicherungsvertragsgesetz*. "Das Bundesgesetzblatt", p. 2631).

²⁰ See H. Heiss: *Proportionality in the new German insurance contract act 2008*. "Erasmus Law Review" 2012, vol. 5, p. 105 and the legislative materials cited therein.

term is used in the Act. The distinctive feature of the German legislative framework of group insurance is the legislator's care for the insured parties being guaranteed the right to continue insurance. Only in this context does the new Act mention group insurance contracts (§ 206 and § 207 VVG).

The few legal systems in which the legislator decided to introduce a definition of the group insurance contract include as well Scandinavian countries. In Swedish law²¹, it is defined as insurance contract under which protection is afforded to a group of persons²². The provision of § 2 item 6 of the Finnish Act²³ defines the group insurance contract as an insurance contract in which protection is or may be afforded to members of a group specified in the insurance contract. In Norwegian law,²⁴ in turn, the group insurance contract is defined as insurance in which the rights and obligations of the group members are defined by an agreement concluded by the policyholder in the name or on behalf of the group members (§ 1—2 letter d of the Norwegian Act on the insurance contract).

A controversial method of regulating group insurance contracts was used by the Turkish legislator in the new Commercial Code,²⁵ applicable as of 1 July 2012. It must be noted that the Turkish regime is strongly inspired by the works on the uniform insurance contract law,²⁶ carried out with the use of comparative law research. Among the provisions on the insurance contract (Arts. 1401—1520 TTK), there is only one article on group insurance (Art. 1496 TTK). Within the framework of that provision, the legislator attempted, at least partially, to regulate such issues which stir doubts of insurance law experts, starting from the definition of group insurance, and ending with the question of individual continuation of insurance protection. It should be remarked that the legislator recognises the need to regulate insurance contracts more extensively. Under the delegation of legislative powers provided for in Art. 1496(5)

²¹ Swedish Act on the insurance contract 2005, Försäkringsavtalslag (SFS 2005:104), available at: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/forsakringsavtalslag-2005104_sfs-2005-104 (last accessed: 5 April 2019).

²² More in J. Hjalmarsson: *The Swedish Insurance Contract Act 2005 — an overview*. “Nordisk försikringstidsskrift” 2008, no. 1, pp. 91—92.

²³ Finnish Act on the insurance contract No. 543/1994 of 28 June 1994, Vakuutus-sopimuslaki 28.6.1994/543, Författningssamling 1450 (accessed: 5.04.2019).

²⁴ Norwegian Act on the insurance contract, Act of 16 June 1989 No. 69, available at: <http://www.aida.org.uk/pdf/NORWAY%20Insurance%20Contracts%20Act%201990-2009.pdf> (accessed: 5 .04.2019).

²⁵ Türk Ticaret Kanunu, 13.1.2011, No.: 6102, “Resmi Gazete” 14.2.2011, No. 27846.

²⁶ K. Atamer: *New Turkish Insurance Contract Law*, p. 5, available online at: <http://www.aida.org.uk/pdf/Turkish%20Insurance%20Contract%20Law.pdf> (accessed: 8.07. 2015).

TTK, questions expressly listed by the legislator (including but not limited to the surrender of policy or notification requirements in group insurance) and — which may surprise — “other questions material to the group insurance contract” will be regulated in secondary legislation. It does not seem that such legislative technique deserves to be emulated.

Poland, on the contrary, is an example of a legal system in which the legislator does not pay attention to group insurance. Group insurance contracts are concluded under the principle of freedom of contract (Art. 353¹ CC) and according to the mandatory provisions contained in Book III Title XXVII of the Civil Code.²⁷

In Portuguese law, besides specific legislation concerning life insurance, general rules regarding group insurance laid down in the legal framework of the insurance contract (Articles 76—90²⁸) apply to group life insurance. As such, group life insurance can either be contributive or non-contributive. Group life insurance cover risk related to a group of people who are linked to the policyholder for a certain reason not related with insurance — the group may be composed, for example, of the employees of a certain company, the lawyers of a bar association, or the teachers of a certain school.

Contributive group life insurance contracts should regulate surrender in accordance with the contribution of the insured person (Article 194²⁹). In group life insurance the nomination of the beneficiary is made by the insured person — in all other aspects the rules on the nomination of the beneficiary apply also to group life insurance contracts (Article 81³⁰).

In Spanish law, according to the number of insured, personal insurance can be either individual insurance or group insurance as prescribed by Article 81 of the LCS.³¹ This provision states that contracts may be subscribed with the reference to risk related to one person or to a group of them.

Indeed, Article 81 of the LCS expressly allows the contract to be subscribed for the benefit of a group of persons and imposes the only require-

²⁷ J. Handschke, B. Kęszycka, E. Kowalewski: *Problematyka grupowych ubezpieczeń na życie w świetle znowelizowanych przepisów k.c. o umowie ubezpieczenia. Spór o intencje ustawodawcy*. „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2007, No. 7—8, p. 5; M. Serwach, J. Kliszcz: *Grupowe ubezpieczenie na życie w świetle prawa, doktryny i praktyki ubezpieczeniowej*. „Prawo Asekuracyjne” 2010, No. 2, p. 33.

²⁸ Decreto-Lei n.º 72/2008 de 16 de Abril, Estabelece o regime jurídico do contrato de seguro, available online at: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/72/2008/04/16/p/dre/pt/html> (accessed: 20.03.2020).

²⁹ Decreto-Lei n.º 72/2008 de 16 de Abril.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ley 80/2005, de 8 de octubre de Contrato de Seguro, BOE-A-1980-22501.

ment that the group be identified by a common characteristic different from the insurance's purpose³².

II. The concept of group insurance

As compared to individual insurance, in which all risks focus, in principle, around one party, in the collective type of insurance contract the risk is spread over a certain population (group) of insured parties. As a consequence, the collective insurance contract is an example of multiplication of the number of persons involved in the insurance relationship.

This thought is reflected in Polish literature.³³ It is generally accepted that insurance contracts are divided according to the number of persons covered by insurance protection into individual and collective insurance.³⁴ The dissimilarities between individual and collective insurance contracts are manifest, among others, in respect of the following questions: conclusion of the insurance contract, legal nature of the insurance contract, the scope of insurance protection, methods of extending insurance protection during the insurance relationship to such persons that originally, upon conclusion of the insurance contract, did not enjoy protection, as well as insurance administration or assessment and selection of risk.³⁵

The discussed type of insurance contract must be differentiated from such constructions in which several insurers grant protection against the agreed risk. This formula is referred to as coinsurance agreement. The classical type of group insurance does not cover as well contracts concluded by several policyholders for the protection against risk of destruction or loss of common property.

Although the collective insurance formula is a widespread solution in commercial practices, only a few legal systems contain a regime govern-

³² J.B. Grau, N.L. Chiner, J.O. Iglesia: *Insurance law in Spain*. Wolters Kluwer 2014, p. 182—183.

³³ See M. Olszewik: *Ubezpieczenia grupowe*. In: *Ubezpieczenia życiowe*. Ed. O. Doan. Warszawa 1995, p. 94.

³⁴ Cf. J. Handschke, B. Kęszycka, E. Kowalewski: *Problematyka grupowych ubezpieczeń na życie w świetle znowelizowanych przepisów k.c. o umowie ubezpieczenia. Spór o intencje ustawodawcy*. „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2007, No. 7—8, p. 3.

³⁵ More from the economic perspective in K. Łyskawa: *Grupowe ubezpieczenia na życie z funduszem kapitałowym w systemie zabezpieczenia emerytalnego w Polsce*. Warszawa 2007, pp. 153—156.

ing such contracts. It is even less frequent for legislators to define the concept of group or collective insurance.³⁶

It is significant that, despite the absence of definition of the insurance contract itself, the French legislator introduced a definition of group insurance contracts.³⁷ Originally, the group insurance contract was rendered under Art. R. 140-1 CA as “insurance of a group of people with similar properties and subject to the same rules on the protection from risks relating to the length of life, incapacity to work, reimbursement of medical, pharmaceutical or surgical costs, or payment of a benefit in connection with maternity.”³⁸

The currently applicable version of the definition was introduced under the provisions of the Act No. 89—1014 of 31 December 1989, as a part of Art. L. 140-1 CA,³⁹ renamed by the Act of 26 July 2005⁴⁰ to Art. L. 141-1 CA.⁴¹ Under Art. L. 141-1(1) CA the group insurance contract is a contract concluded by a legal person or natural person in charge of an enterprise for the purpose of such contract being acceded by persons who meet specific criteria laid down in the contract. Insurance protection may cover risks relating to the length of human life, violation of bodily integrity or maternity, risks relating to the inability to work,

³⁶ H. Heiss: *Report of the Commission's Expert Group on European Insurance Contract Law. Part II. Differences in Insurance Contract Laws and Existing EU Legal Framework*, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/expert_groups/report_on_section_2_final_en.pdf (accessed: 21.06.2014), p. 14.

³⁷ It should be mentioned that in Belgian insurance law, which was developed under strong inspiration of French law, there is also no general definition of collective insurance contracts. Nevertheless, the provision of Art. 138 bis-1 § 2 of the Belgian LCA (Belgian Act on the insurance contract of 25 June 1992 (loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, 1992-06-25/32, p. 18283) defines the contract for the insurance of risks relating to health of the insured parties as contract concluded by one or a number of policyholders for account of persons with professional connections to the policyholder at the time of concluding the contract. C. Devoet: *Les caractères de l'assurance maladie (privée). Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*. Eds. J. Rogge, M. Regout, F. Longfils. Louvain-la-Neuve 2008, p. 119; more on the collective insurance contract in Belgian law in A. Lamens: *Les assurances complémentaires contre la maladie*. In: *Les assurances de l'entreprise*. Bruxelles 1994, pp. 409—422.

³⁸ M. Boumédienne: *La place de la loi et du contrat dans la garantie du droit à la protection sociale de 1945 à nos jours*, vol. 2. Paris 2003, p. 397.

³⁹ Act No. 89-1014 of 31 December 1989 adjusting the Insurance Code to the opening of the European market (Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen, JO n° 2 du 03/01/1990).

⁴⁰ La loi no 2005-842 du 26 juillet 2005, pour la confiance et la modernisation de l'économie, JORF n°173 du 27 juillet 2005, p. 12160.

⁴¹ More on the legislative amendments within Book I Title IV CA in M. Boumédienne: *La place de la loi et du contrat dans la garantie du droit à la protection sociale de 1945 à nos jours*, vol. 2. Paris 2003, pp. 397—398.

disability or unemployment. According to Art. L. 141-1(2) CA, all persons acceding to the group insurance contract must have an identical connection with the policyholder.

In relation to the formula of Art. R. 140-1 CA, the French legislator widened the objective scope of risks that may be covered by group insurance contracts.⁴² It should be noted that the legislator, within the framework of Art. R. 140-1 CA, avoided denominating particular parties to the insurance relationship. Presently, it is clearly indicated that the group insurance contract is concluded by the policyholder (*souscripteur*) for the purpose of ensuring protection to the acceding parties (*adhérents*) who are connected with the policyholder by the same type of relationship, which also was not expressly required under art. R. 140-1 CA.

The introduction of legal definition of the group insurance contract in French law did not remove the doubts voiced in the doctrine as to the legal nature of such contracts. The text of the Insurance Code in itself is still insufficient to account for the juridical construction of group insurance. Based on the textual layer of the Act, it is impossible to establish whether a person acceding to the insurance is a party of the insurance agreement concluded by the policyholder or if such person is connected with the insurer by another contractual relationship.⁴³

In French literature,⁴⁴ it is pointed out that the introduction in the Insurance Code of the provision of Art. L. 141-1 CA was not intended to specify the legal nature of group insurance contracts. On the other hand, this provision serves to differentiate between the scopes of application of the specific normative acts on the problems of collective insurance.⁴⁵ Under the French legislative regime, the mutual relation between the concepts of collective insurance (*assurance collective*) and group insurance (*assurance de groupe*) had remained unclear for a relatively long period of time.

Traditionally, French doctrine identified the concepts of group and collective insurance contract.⁴⁶ Some of the authors, on the other hand, considered group insurance as a type of collective insurance.⁴⁷ Upon introduction in the Insurance Code of the provisions expressly relating

⁴² Ibidem, p. 397.

⁴³ J. Bigot, in: *Traité de Droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*. Ed. J. Bigot. Paris 2002, pp. 478—479.

⁴⁴ M. Boumédienne: *La place...*, p. 397.

⁴⁵ Loi no 89-1014 du 31 décembre 1989.

⁴⁶ M. Demarle: *Le notariat de la prévoyance*. Paris 1959, p. 34; S. Beaugendre: *Contrat d'assistance et activité d'assurance*. Paris 2000, p. 241 and the literature cited therein.

⁴⁷ J. Kullmann: *Les mécanismes juridiques fondamentaux des assurances collectives*. "Revue générale du droit des assurances" 1998, no 3, pp. 527 ff.

to group insurance contracts (*assurances des groupes*), this view was normatively confirmed and currently it is the prevailing opinion in the French science of insurance law.⁴⁸

It has been noticed in the literature of the subject that, because of the limited number of elements common to collective insurance contracts, this term should refer to a specific method of concluding insurance contracts.⁴⁹ Collective insurance is even recognised as a “technique of concluding insurance contracts”⁵⁰ by means of which, within one insurance relationship, a wider circle of persons in a similar life situation become connected.

Because of the difficulties in the specification of the legal nature of collective insurance contracts and absence of any extensive statutory framework, it is extremely tempting to treat the contract as *sui generis* construction, which however makes it harder to identify the legal regime governing the consequences of such contract.⁵¹

It seems that two solutions are plausible. The first proposal assumes application of the provisions of Book I Title IV CA which are dedicated to group insurance contracts *sensu stricto*. The other hypothesis is based on the assumption of the need for appropriate application of the provisions governing the rights and obligations of the parties to an individual insurance contract and provisions of the general part of the French Civil Code.

The former solution is to be justified primarily by the lack of any express prohibition to apply the provisions of Book I Title IV CA to insurance contracts not specified in Art. L. 141-1 CA.⁵² This argumentation, however, is not convincing. First, the systemic interpretation of the Code leads to the conclusion that the provisions of Book I Title IV CA apply exclusively to the contracts specified in Art. L. 141-1 CA, which article opens Title IV. Second, since the definition of group insurance contract under Art. L. 141-1 CA delimitates the scope of application of

⁴⁸ L. Mayaux, in: *Traité de Droit des assurances...*, p. 636. The conviction about the admissibility to use interchangeably the terms group insurance (*assurance de groupe*) and collective insurance (*assurance collective*) is still widespread in Belgian law, in which no clear distinction was made between group and collective insurance contracts. J.M. Binon: *Actualités législatives et jurisprudentielles dans les assurances de personnes*. In: *Actualités en droit des assurances*. Eds. C. Paris, B. Dubuisson. Liège 2008, p. 329.

⁴⁹ T. Tauran: *Les Assurances*, Paris 2004, pp. 14–15.

⁵⁰ P.D. Saint-Hilaire: *Le tiers à l'acte juridique*. Paris 2000, p. 179.

⁵¹ J. Landel: *L'assurance de groupe à la lumière de la jurisprudence récente*. “Revue générale des assurances terrestres” 1993, pp. 9–10.

⁵² Arguments for such solution are more widely presented in F. Berdot: *L'assurance de groupe après les réformes législatives du 31 décembre 1989*. “Revue générale des assurances terrestres” 1990, p. 778.

the provisions of Title IV, the adoption of the discussed conception would clearly contradict the legislator's intention and deprive such definition of its principal function.

Proponents of the latter view concentrate on the formulation of critical comments to the assumptions outlined above. They indicate, in the first place, that the provisions of Book I Title IV generally refer to personal insurance. Collective insurance, on the other hand, relates predominantly to insurance contracts which would be classified as property insurance.⁵³ However, it is difficult to find such view legitimate. Among the risks provided for in Art. L. 141-1 CA one can include also such risks which are specific to damage insurance (risks relating to loss of employment),⁵⁴ which is going to be discussed below.

It should be noted that, in French doctrine, there were postulates to introduce a term which would refer to collective insurance other than group insurance contracts. In the end, however, no such proposal was met with general approval by representatives of the legal science. This is the case since only group insurance contracts have a specific normative regime. Other agreements, that is collective insurance contracts, make a heterogeneous category and, at the time being, there is no legal regime common to all of them. Consequently, there is no need to use the term "collectivity insurance" (*assurance de groupement*), by which certain authors refer to collective insurance contracts other than the group insurance contract *sensu stricto*.⁵⁵

In the Polish literature, a considerable group of authors also use inconsistently the terms: singular and individual insurance on one hand, and group and collective insurance on the other, and treat them interchangeably.⁵⁶ There are also authors who attach different meanings to those terms.⁵⁷ It is emphasised that it is incorrect to identify the concepts of collective and group insurance.⁵⁸

⁵³ H. Groutel, in: *Traité du contrat d'assurance terrestre*. Ed. H. Groutel. Paris 2008, p. 52; L. Lefebvre, E. le Guilcher: *L'ambigu statut des courtiers grossistes*. "Lamy Assurances" 2012, no. 198, p. 2—3.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 3 and the case-law cited therein.

⁵⁵ F. Berdot: *L'assurance de groupe*. "Revue générale des assurances terrestres" 1980, p. 18.

⁵⁶ Cf. W. Warkało: *Prawo ubezpieczeniowe. Zarys wykładu i materiały normatywne*. Warszawa 1974, pp. 155 ff.; S. Dmochowski: *Ubezpieczenia majątkowe i osobowe ludności*. Warszawa 1975, pp. 150 ff.

⁵⁷ See M. Domagała: *Zakres i tendencje rozwojowe ubezpieczeń następstw nieszczęśliwych wypadków*. „SU” 1975, vol. II, pp. 209, 212—213; Z.K. Nowakowski, A. Wąsiewicz: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*. Warszawa—Poznań 1980, p. 285.

⁵⁸ K. Łyskawa: *Grupowe ubezpieczenia na życie z funduszem kapitałowym w systemie zabezpieczenia emerytalnego w Polsce*. Warszawa 2007, p. 155.

In older literature, three types of collective insurance were indicated: cumulative insurance, which are individual insurance agreements concluded at the same time by several persons with a view to obtaining a premium discount; class insurance in which the access and entry to the insured class is automatic (e.g. participation in a sports competition), and group (nominal) insurance in which particular members declare their participation. It was assumed that all the above types of insurance constitute group insurance but only the last type are insurance contracts in the strict sense of the word.⁵⁹

In German doctrine, a similar distinction was accepted with regard to collective insurance. Authors identified three types of insurance. First, these were nominal insurance contracts in which a single insurance covered more than one person named in the insurance certificate. Another category were innominate insurance contracts in which one insurance referred to several persons designated not by name but by number, covering all members of a given set, for example, all employees in a given plant or members of a given sports club. In this approach, group insurance differed from innominate insurance inasmuch as it did not necessarily cover all members of a given collectivity (e.g. all personnel of a given employer).⁶⁰

A common feature of the above typologies is the conviction characteristic also of the French legal science that group insurance contracts are a subtype of collective insurance. However, much more doubts arise in the context of laying down a demarcation line between group insurance and the broader category of collective insurance.

Within the scope of collective insurance, insurance of employees and other groups is distinguished. Collective insurance is divided into: group (employee) insurance contracts, assigned the status of “legally identified institutions” in Poland and other countries, and collective (non-employee) insurance contracts — insurance of social groups other than employees (e.g. tourists, school pupils, sportspersons, etc.).⁶¹

In the doctrine, there are also other proposals for the criteria allowing to specify the meaning of the terms “group insurance” and “collective insurance.”

Certain authors, who clearly distinguish between collective and group insurance, claim for example that group insurance is the case only when the entire group takes advantage of the insurance protection on

⁵⁹ So writes Z. Szymański: *Ubezpieczenia następstw nieszczęśliwych wypadków*. Warszawa 1980, p. 118.

⁶⁰ More in A. Manes: *Versicherungs-Lexikon*. Berlin 1924, pp. 283 ff.

⁶¹ W. Warkało: *Prawo ubezpieczeniowe. Zarys wykładu i materiały normatywne*. Warszawa 1974, p. 200.

the same terms. They refer only to such insurance contracts as group insurance *sensu stricto*.⁶²

III. The concept of “group” in group insurance contracts

In light of the subjective configuration which is characteristic only of collective insurance contracts, special attention should be paid to the understanding of the term “group” in insurance law.

At this point, it is worth referring to thorough investigations on the essence of the concept of “group” in foreign literature.

In French law, the term “group” is generally not to be found in the provisions of the Insurance Code. It is not used in the definition of the group insurance contract under Art. L. 141-1 CA. However, the meaning of that term may be reconstructed on the basis of the normative content of that provision. Under Art. L. 141-1 CA, insurance contract is concluded by the policyholder for the purpose of such contract being acceded by a collectivity of people who meet the criteria specified in the contract. Moreover, each of the persons acceding to the insurance must have connections of the same type with the policyholder (Art. L. 141-1(2) CA). The requirements under items (1) and (2) of Art. L. 141-1 CA allow to determine the range of persons who, at least potentially, may accede to a group insurance. As a result, they delimitate the concept of “group” when read jointly.⁶³

Specification of further requirements which must be met by persons interested in accession to the insurance (Art. L.141-1(1) CA) allows to realise the principle of freedom of contract as a part of the relationship between the policyholder and the insurer. Such requirements may be expressed positively in the agreement. Then, their fulfilment by a given person will condition the possibility to accede to the group insurance and gain the status of an insured party. On the other hand, there are no contradictions to defining such requirements negatively. Then, they specify a feature which disqualifies a given person from the possibility of applying for the insurance protection.

Within the range discussed above, the French model corresponds to the solutions developed in German doctrine. Group insurance contracts

⁶² E. Stroiński: *Ubezpieczenia na życie. Teoria i praktyka*. Warszawa 2003, p. 278.

⁶³ G. Sargos: *Le contrat d'assurance de personnes et ses trois principaux codes: analyse comparative et prospective*. Paris 2012, p. 26.

are divided by the provisions of law into partial groups (*Teilgruppe*) and extended groups (*erweiterte Gruppe*). If there is a group covered by a group insurance contract within the meaning described above, it is possible to identify its parts under the contract. This involves specification of a limited group of persons according to their general characteristics. It is possible to limit the range of entitled persons within a group by such criteria as age, period of employment with the employer, place of residence or the position held in the hierarchy of a given workplace. A group insurance contract may contain a clause excluding the possibility of the protection covering, for instance, certain employee groups which, because of the character of their work, could expose the insurer to an excessive risk of paying high benefits. Consequently, like in French law, it is possible to limit the range of persons capable of applying for insurance protection by reference to negative criteria. It should be mentioned that in case of extended groups within the framework of group insurance, apart from the insured party, there appear other persons directly enjoying the insurance protection.⁶⁴ These are so called co-insured parties, usually close relatives of the insured party him-/herself, covered by the protection either under the standard agreement or under additional contracts, usually providing for a higher premium.⁶⁵

In the provisions of the French Insurance Code, the meaning of the second prerequisite (Art. L. 141-1(2) CA), referring to the extra-insurance relation between the policyholder and the insured parties, has not been specified.⁶⁶ Analysis of the wording of the provisions of the Insurance Code does not permit any clear answer to the question if there must be a legal relationship or if a factual connection is sufficient between the person acceding to the insurance and the policyholder.⁶⁷ Besides, there are no hints allowing to determine whether the existence of such relation must predate accession to the insurance.

By textual interpretation of the provision of Art. L. 141-1(2) CA, one may formulate the conclusion that such relation must subsist at the time of accession to the contract. On the other hand, the second sentence of Art. L. 141-1 CA does not require that the connection between the in-

⁶⁴ F. Herdter: *Der Gruppenversicherungsvertrag: Grundlagen und ausgewählte Problemfelder*. Karlsruhe 2010, p. 47.

⁶⁵ M. Szczepańska: *Ubezpieczenia na życie. Aspekty prawne*. Warszawa 2008, p. 127.

⁶⁶ G. Sargos: *Le contrat d'assurance de personnes et ses trois principaux codes: analyse comparative et prospective*. Paris 2012, p. 26.

⁶⁷ Otherwise in A. Bzdyń: *Ubezpieczenia grupowe we francuskim „code des assurances.”* In: *Ubezpieczenia grupowe na życie a prawo zamówień publicznych*. Ed. E. Kowalewski. Toruń 2011, p. 201.

interested parties exist prior to accession to the insurance agreement⁶⁸. In consequence, a question arises if mere notification of the intention to be covered by insurance protection is sufficient for the conclusion of a group insurance contract. At this stage, one may already speak about formation of a specific relation between a group member and the policyholder.

It is essential to correctly read the intention of the French legislator since the conclusion that there must be a legal relationship between the policyholder and the insured parties would significantly restrict the scope of application of the provisions of Book I Title IV CA. For example, necessity of a legal relationship between the policyholder and the insured parties would preclude the possibility of concluding a group insurance contract for the benefit of former employees. At the time of concluding the contract, there would, in fact, be no legal relationship representing the relationship required by the second sentence of Art. L. 141-1 CA. This example is adduced by one of the authors,⁶⁹ who draws attention to the admissibility of concluding such type of insurance contract in the context of Art. 4 *loi Evin* and Art. 14 of the national inter-trade agreement of 11 January 2008.⁷⁰ This kind of doubt is also voiced by representatives of German legal science, for whom the reason to conduct research in this regard are group life insurance contracts for retired employees.⁷¹

A question that may raise doubts is whether membership in a given structure is in itself sufficient to conclude that the prerequisite under Art. L. 141-1(2) CA has been met. When answering the above question, one should note that the contract under Art. L. 141-1 CA may be concluded by a person running an enterprise. The discussed provision of Art. L. 141-1(2) CA does not require any connection between an insured party covered by group insurance and such enterprise. The French legislator attaches significance only to the relation between the specific persons participating in the relationship formed under a group insurance contract (policyholder and insured parties). There should be no doubt that under the French legislative framework it is insignificant if such connection exists between particular insured parties.⁷²

⁶⁸ L. Mayaux, in: *Traité de Droit des assurances...*, p. 632.

⁶⁹ G. Sargos: *Le contrat d'assurance de personnes et ses trois principaux codes: analyse comparative et prospective*. Paris 2012, p. 27.

⁷⁰ L'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché de travail. More on the role of inter-trade agreements and their benefits for former employees in A. Fabre, F. Lefresne, C. Tuchsirer: *L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail. Une tentative d'évaluation*. "Revue de l'OFCE" 2008, vol. 4, no 107, p. 8.

⁷¹ See the arguments in A. Wieser: *Gruppenversicherungen*. Wien 2006, p. 104.

⁷² M. Bigot-Gonçalves: *Les assurances...*, p. 19.

Certain authors, however, are of the opinion that the insured parties may be in a certain relation either with the policyholder himself or with the initiative organised by the policyholder, as long as insurance protection is afforded in connection with such initiative.⁷³ Proponents of such interpretation of the provision of Art. L. 141-1 CA use the example of participants in a sports event who need not be connected by any legal relationship with the event's organiser for their effective coverage by the insurance protection afforded under a group insurance contract.⁷⁴ It is sufficient if they are focused "around" the policyholder or a certain undertaking.

In German literature,⁷⁵ a typology of groups is accentuated which, from the point of view of the requirement of group durability, understood as connection between the parties insured under a group insurance and the policyholders, looks similar to the French model.

The first category distinguished by German science are durable groups (*Dauergruppe*), which imply multiplicity of persons simultaneously connected by a legal relationship intended for a longer period of time. As a consequence, members of such group are subjected to a specific legal relationship. The persons especially predestined for the role of policyholder — group organiser — are employers in relation to employee groups or organisations (associations, political parties, trade unions, etc.) in relation to the groups of their members.⁷⁶

An opposite of a durable group is a short-term group (*kurzfristige Gruppe*). By this category, one should understand a multiplicity of persons connected by common active or passive, depending on the organiser, participation in an undertaking delimited in time and space. Participants of such undertaking are grouped, within its framework, in a specific factual situation. An example of such group may be participants and viewers of a football match. Purchase of a ticket implies admission by the organiser to participation in the mass event which can be clearly defined in terms of time and space. The concept of short-term group will not apply to mass events open for an unlimited number of people (e.g. procession). For the emergence of a short-term group for the purpose of group insurance, it is only required that a larger number of people connected by a legal relationship with the group organised take part in a mass event which can be delimited in time and space.⁷⁷

⁷³ G. Sargos: *Le contrat d'assurance...*, pp. 26—27; L. Mayaux, in: *Traité de Droit des assurances...*, p. 632.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 632—633.

⁷⁵ F. Herdter: *Der Gruppenversicherungsvertrag...*, p. 43.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 43.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 45.

An interesting solution has been provided for in the Finnish Act of 1994.⁷⁸ The Act defines group insurance as insurance under which insurance protection covers or may cover a group specified in the contract (§ 2 item 6). The insurance protection subsists independently of the extra-insurance relations between the policyholder and the insured parties. This does not mean, however, that this feature is irrelevant. Under the Finnish Act, there are two separate normative regimes for group insurance contracts: the former, which is basic in nature, and the latter, which applies when the group insurance relates only to a short-term stay at an agreed location or participation in an event lasting no longer than a month (§ 4).

Comparison of the normative content of the abovementioned legal systems allows to formulate the conclusion that the extra-insurance relation between the insured party and the policyholder required for the subsistence of a group is, in principle, a legal relationship. A factual relationship is a sufficient ground to afford insurance protection if it can be contained within a specific temporal and spatial framework.

In such legal systems in which no connection between the policyholder and the insured parties is required, the requirement of specificity of the group of parties insured within the framework of group insurance is expressed only in that such group should be designated by pointing to a common characteristic feature. Such solution was adopted by the Spanish legislator in Art. 81 of the Act 50/1980 of 8 October 1980 on the insurance contract,⁷⁹ stating that a group within the framework of group insurance should be designated by reference to a common characteristic distinguishing such group for the purposes of insurance. An interesting example of a group insurance regime, which was prepared in the spirit of the assumptions outlined above, are the provisions on the insurance contract contained in the new Turkish Commercial Code. Under art. 1496(1) TTK, as a part of one contract, insurance may be established for account of persons belonging to a group of at least 10 people whose members may be identified by the criteria specified by the policyholder. Each person acceding to the group takes advantage of insurance protection until expiry of the group insurance contract (Art. 1496(2) TTK). Any decrease in the number of the persons belonging to the group does not affect validity of the insurance contract (Art. 1496(3) TTK).

In the literature, however, attention is paid to the feature of durability of the connection (relation) between the policyholder and group mem-

⁷⁸ Finnish Act on the insurance contract No. 543/1994 of 28 June 1994, Vakuutusso-pimuslaki 28.6.1994/543, Författningssamling 1450 (accessed: 5.04.2018).

⁷⁹ Spanish Act on the insurance contract No. 80/2005 of 8 October 2005, Ley 80/2005, de 8 de octubre de Contrato de Seguro, BOE-A-1980-22501.

bers. One may speak of durability if the existence of a group and the relation to the policyholder are justified by a common purpose (purposes) other than conclusion of the insurance contract.⁸⁰ However, in the context of group insurance, two aspects should be distinguished, namely “cohesion of the group,” understood as existence of a common feature specific to all its members, and the group’s “durability,” manifest in the existence of an extra-insurance connection between the policyholders and members of the group.⁸¹

As regards normative regimes, it seems desired to introduce a provision which would gear, in group insurance contracts, the emergence of insurance protection to the requirement of meeting the criteria of adherence to the group.⁸² The group adherence criteria rendered in the form of relation to the group organiser should be laid down in the group insurance contract. In the literature, however, there have been indications that, *de lege lata*, there are no grounds to conclude that the absence of connections between the policyholder and the insured parties undermines the nature of group insurance.⁸³

The opinion presented in German and Austrian literature should not go unnoticed. By the concept of group, H. Millauer understands only the multitude of persons, and not the multitude of property interests of a given person. The multitude of persons must be identifiable according to general features, which means that it must be transparent. However, the distinguishing criterion must be personal.⁸⁴ In German doctrine, this is explained by the assumption that a group is composed of persons having certain properties and those properties exist even prior to the conclusion of the group insurance contract. It is indicated that a group created for the sole purpose of concluding an insurance contract may not take advantage of insurance protection under a group insurance contract.⁸⁵

To sum up this part of the investigations, it must be noted that the possibility to apply for insurance protection depends on the fulfilment by the acceding person of the criteria of adherence to the group as specified in the group insurance contract. Furthermore, in the legal systems in which such requirement has been formulated expressly or may be im-

⁸⁰ A. Wieser: *Gruppenversicherungen*. Wien 2006, p. 105.

⁸¹ Otherwise in M. Orlicki: *O pojęciu „grupy” w ubezpieczeniach grupowych*. „Prawo Asekuracyjne” 2014, No. 1, p. 9.

⁸² M. Orlicki: *O pojęciu „grupy” w ubezpieczeniach grupowych*. „Prawo Asekuracyjne” 2014, No. 1, p. 11.

⁸³ Further on the subject, see M. Orlicki: *O pojęciu „grupy”...*, p. 9.

⁸⁴ H. Millauer: *Rechtsgrundsätze der Gruppenversicherung*. Karlsruhe 1966, pp. 17–18.

⁸⁵ F. Herdter: *Der Gruppenversicherungsvertrag...*, p. 77.

plied from the essence of the group insurance contract — on the existence of a specific extra-insurance relation between the person applying for insurance protection and the policyholder. These features delimitate the “capacity to be insured,” which is vested only in persons who meet the criteria of group adherence. It should be noted at this point that the primary lack of the capacity to be insured may not be identified with a subsequent forfeiture of such capacity, which should be analysed in the context of cessation of protection within the framework of a group insurance contract.

In those systems where the existence of a relation between the policyholder and the insured party is a precondition to affording protection under a group insurance contract, which characteristic of the group may be referred to as its “durability,” the absence of such relation will imply primary incapacity to be a member of the group. One should evaluate similarly instances in which, for the lack of certain personal properties, a given person may not be a member of the group of insured parties. A group established in such conditions would not meet the requirement of “cohesion” because the group members would not fulfil the personal criteria of adherence to the group as specified in the group insurance contract.

IV. The question of “open” groups

In practice, the term “open group” is used to denote group insurance in which the policyholder — agent, broker or another player on the insurance market — is not connected with the persons applying for insurance protection by any extra-insurance relation characteristic of group insurance contracts. It is significant that the term is used in the Polish science of insurance law.⁸⁶ In the same meaning, it is used in the insurance practice in France. The concept of an open group refers to a collectivity of insured parties who are members of an abovementioned ostensible group of insured parties (*faux groupe d'assurés*). This concept was also used in the annual report of the French Federation of Insurance Companies of 2000. The term “open group” was used to designate a group of the insured parties acting jointly with the intention of being afforded insurance protection. As opposed to group insurance, an “open group” is

⁸⁶ Probably as back-reference to market practices, the term is used without much explanation by M. Orlicki: *O pojęciu „grupy”*..., p. 7.

formed for the exclusive purpose of common application for the conclusion of individual insurance contracts.⁸⁷ However, between the specific insured persons and the policyholder there subsists no other connection which would allow to conclude a group insurance contract.

Still, it seems that the use of the term “open group” may be confusing and lead to unnecessary misunderstandings or imprecisions.

Conclusion of an insurance contract in the absence of any connection between the persons applying for protection and the policyholder results in the conclusion of several individual contracts. Persons covered by the protection afforded under such contracts would only make up an ostensible group of insured parties (*faux groupe d'assurés*) and not an “open group.” The use of the term “group” in relation to such parties — even if the term is further specified by the adjective “open” — introduces unnecessary terminological confusion, suggesting that insurance protection is afforded under a group insurance contract.

The random circle of persons applying for insurance protection should not be referred to by the term “open group” also because the term “open group,” regardless of its denotation, would stand in opposition with a “closed group” (*groupe fermé*).⁸⁸ Any statement about the “closed” nature of a group may not be made in the context of extra-insurance relations between the policyholder and the insured parties. The closed character of a group relates to the limitation of the possibility of accession to the group insurance by subsequent insured parties.⁸⁹ This expression may be used only in reference to the admissibility of expanding the range of persons who may accede to the insurance. In other words, the narrower the circle of persons who may potentially accede to an insurance contract in light of the terms specified by the policyholder in the agreement concluded with the insurer, the more “closed” a given group. Therefore, it may be assumed that there is a “closed” group, meaning that from the practical point of view, it is impossible to expand its composition.⁹⁰ Its opposite are groups in which it is admissible to modify the composition of members. Only in reference to such groups is it legitimate to use the term “open group.”⁹¹

⁸⁷ *L'assurance française en 2000. Fédération française des sociétés d'assurances*, p. 11.

⁸⁸ P. Pierre, in: *Governance of occupational pensions in Europe: guaranteed security?* Eds. O. Kaufmann, S. Hennion. Heidelberg 2011, p. 96; L. Mayaux, in: *Traité de Droit des assurances...*, p. 634.

⁸⁹ P. Pierre, in: *Governance of occupational pensions in Europe...*, p. 96.

⁹⁰ For example, the policyholder and the insurer may agree that the insurance protection covers persons who, as on a given date, have the status of the policyholder's employee or member of the undertaking organised by the policyholder.

⁹¹ L. Mayaux, in: *Traité de Droit des assurances...*, p. 650.

V. "Group" as subject of insurance protection

The construction of group insurance contracts undoubtedly concentrates on the term "group." In the context of the above considerations, the question must be answered to whom insurance protection is afforded under group insurance contracts. This question has attracted attention of French representatives of the doctrine of insurance law. French authors have noticed the possibility of adopting one of the two following hypotheses. The former assumes that the insured party is a certain collectivity (*groupe assuré*) enjoying protection within the framework of a group insurance contract.⁹² According to the latter, each person acceding individually to the insurance contract is considered an insured person.

Adoption of the former conception would allow to account for at least two important questions relating to the operation of group insurance. First, such model allows to characterise the operating mechanism of insurance contracts with a variable circle of insured parties.⁹³ Essentially, it is adherence to the group that decides about the existence of insurance protection. A person who does not belong to such collectivity may not enjoy insurance protection afforded under a group insurance contract. Second, such position is compatible with the insurance model in which protection emerges automatically and relates to the mere fact of fulfilment of the adherence criteria provided for a group of insured parties.⁹⁴

On the other hand, such perspective, although intellectually stimulating, leads to multiplication of the number of persons involved in an insurance law relationship established under a group insurance contract. Apart from the insurer and the policyholder, one should accept existence of not only the persons being members of the group, who accede to the insurance, but also of the group itself, acting in the role of the insured party. In French law, however, there are no provisions that would permit furnishing such group with legal personality.⁹⁵ Under these circumstances, it would be impossible to assign the insured party (group) with the liability for violating insurance obligations. This conception would practically render meaningless, among others, the provision of Art. L. 113-1(2) CA, which sanctions the cases of damage being caused

⁹² Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur: *Droit des assurances*. Paris 2011, pp. 782—783.

⁹³ J. Kullmann: *Les mécanismes juridiques fondamentaux des assurances collectives*. "Revue générale du droit des assurances" 1998, no 3, p. 528.

⁹⁴ L. Mayaux, in: *Traité de Droit des assurances...*, p. 633.

⁹⁵ *Ibidem*.

by the insured party.⁹⁶ Moreover, violation of the insurance terms by one of the group members would also, out of necessity, be effective against the others. Besides, it is rightly noted in the doctrine that the confinement of the concept of the insured party to a “group” would put into question the “collective” character of those insurance contracts. According to the definition proposed by representatives of French science, a legal act having consequences vis-à-vis persons who have not directly taken part in its performance is referred to as so-called collective legal act (*acte juridique collectif*).⁹⁷ Recourse to this construction would be unnecessary if the role of the insured party was played by a group and not particular persons acceding to the insurance. Reduction of the group insurance contract to an individual insurance contract does not seem desirable, for example, from the perspective of the protection of interests of particular group members.

Each person acceding the insurance should be considered an insured person, even though risk assessment refers to the group as a whole.⁹⁸ As a result, the number of insured parties is always equal to the number of persons who have effectively acceded to the insurance contract. On the other hand, the concept of group should refer to a certain collectivity enjoying the insurance protection afforded under a group insurance contract. Such group does not have legal personality and in itself is not a subject of rights and obligations under an insurance contract.

VI. Legal construction of the group insurance contract

In the literature, multiple attempts were made to expound the legal nature of the group insurance contract. Particularly rich in this regard is the legacy of French literature, which may serve as example for the intense development of the science of insurance law. Still, there is no unanimity as to the nature of the legal relationship arising from conclusion of a group insurance contract.⁹⁹ Efforts of the representatives of French literature must be discussed on two levels, on which the doctrinal discussion was conducted.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ A.L. Pastre-Boyer: *L'acte juridique collectif en droit privé français*. Aix-en-Provence 2006, p. 231.

⁹⁸ Cf. E. Stroiński: *Ubezpieczenia na życie. Teoria i praktyka*. Warszawa 2003, p. 284.

⁹⁹ M. Bigot-Gonçalves: *Les assurances...*, p. 75.

The researches on the first level attempt to answer the question if, in the context of group insurance, one or more contracts are concluded. According to the historically older conception, referred to as “unitarian,” the existence of only one agreement is sufficient for the emergence of protection, that is, the agreement between the insurer and the group organiser (policyholder).¹⁰⁰ On the other hand, the second position (*conception “éclatée”*), adhered to by the vast majority of contemporary authors, is based on the assumption that apart from the contract between the insurer and the group organiser there are simultaneously as many separate insurance contracts as there are insured parties.¹⁰¹ For the purpose of this study, this view will be referred to as the conception of “dispersed” insurance relationship.

It is, however, only one of the two abovementioned levels of dispute on the juridical nature of the group insurance contract. It may not be analysed in isolation from the question about the legal character of the relationships arising under a group insurance contract. The legislator does not decide expressly in respect of the construction under which it is possible to afford insurance protection to group members. In the doctrine, many proposals were formulated which were to account in a comprehensive way for the nature of that contract. Most attention, however, was paid to three of them. The first proposal was based on the belief that the policyholder acts on behalf of the parties insured within a group on the *negotiorum gestio* (*gestion d'affaires*) basis.¹⁰² The second proposal was that the group insurance contract is, in fact, an insurance for account of another (*assurance pour compte*).¹⁰³ Proponents of the third proposal pointed out that in consequence of concluding the insurance contract the insurer itself makes a promise to enter into insurance contracts with interested parties (*promesse d'assurance*).¹⁰⁴ None of the above proposals has been met with universal acceptance. In the doctrine, it did not go unnoticed that although the specific conceptions allow to account for certain mechanisms characteristic of group insurance contracts, none of them convincingly expounds all the aspects of the construction.¹⁰⁵ The influence on the shape of the contemporary discussion of the status of

¹⁰⁰ C. Goldie-Genicon: *L'assurance de groupe à l'épreuve de la législation sur les clauses abusives*. “RD” 2008, p. 2448; L. Mayaux, in: *Traité de Droit des assurances...*, pp. 655—656.

¹⁰¹ L. Mayaux, note sous Cass. civ. 1re, 16 janvier 2001, *Revue générale du droit des assurances* 2001, p. 347 i n.; L. Mayaux, in: *Traité de Droit des assurances...*, pp. 661—664.

¹⁰² M. Bigot-Gonçalves: *Les assurances...*, pp. 82—85.

¹⁰³ M. Pauffin de Saint Morel: *L'assurance de groupe*. Paris 1977, p. 67.

¹⁰⁴ M. Bigot-Gonçalves: *Les assurances...*, pp. 80—81.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 75 ff. and the literature cited therein.

group insurance was, however, exerted by the second and the third of the abovementioned conceptions. While the second one (group insurance contract as insurance for account of another) inspired, in the first place, proponents of the unitarian theory, the third of the proposed models was developed by representatives of the conception of the dispersed insurance relationship.

VII. Unitarian conception and group insurance

In the light of the assumptions of the unitarian conception, for the emergence of insurance protection of the insured parties it is sufficient that a contract is concluded between the group organiser and the insurer. It seems a truism to state that the insured parties are not the parties to that contract. In effect, there arises a question about the basis on which they gain the right to claim performance by the insurer in case of occurrence of an insurance accident. Proponents of the said conception refer in this regard either to the mechanism at play within the framework of insurance contracts for account of a third party (*assurance pour compte*)¹⁰⁶ or to a broader category of contractual provisions under which performance is stipulated for the benefit of a third party (*stipulation pour autrui*).¹⁰⁷ Certain authors seek elements of both these constructions in group insurance contracts.¹⁰⁸

In older French literature, it was indicated that group insurance contracts bear certain similarities with the contract for account of another.¹⁰⁹ Certain authors even consider group insurance as one of the types of insurance contract for account of another.¹¹⁰ In the period preceding

¹⁰⁶ For more on the construction of insurance for account of another (*assurance pour compte*), see P.S. Boulay-Paty: *Traité des Assurances et des Contrats à la Grosse D'Émérigon*, vol. 1. Paris 1827, pp. 326—332; L. Mayaux: *La nature juridique de l'assurance collective*. In: *Les grandes questions du droit des assurances*. Ed. L. Mayaux. Paris 2011, p. 60.

¹⁰⁷ J. Barthélemy: *Évolution du droit social: une tendance à la contractualisation mais un rôle accru des droits fondamentaux du travailleur*. Paris 2009, p. 356.

¹⁰⁸ J.M. Binon: *Réflexions autour de quelques développements jurisprudentiels récents dans les assurances maladie et accidents*. In: *Liber Amicorum René Van Gompel*. Ed. J. Rogge. Diegem 1998, pp. 17—22.

¹⁰⁹ M. Bigot-Gonçalves: *Les assurances...*, pp. 76—80.

¹¹⁰ H. Montcharmont: *L'assurance pour compte en matière terrestre*. Paris 1931, p. 8; P.G. Marly: *Droit...*, p. 58.

the entry into force of the Act of 31 December 1989,¹¹¹ it was the dominant conception in French literature, which was to serve to explain the legal nature of group insurance.¹¹² This thought seems also leading in the Polish science of insurance law. The position which should be considered dominant in the doctrine is that the principal construction on whose basis the legal regime of group insurance is developed is the insurance contract for account of another. Therefore, the group insurance contract is an insurance agreement concluded by the policyholder in his own name and for account of a number of third parties.¹¹³

It must be emphasised that the construction of insurance contract for account of another, as provided for in French law, may not be fully identified with the solutions provided for in other legislative regimes.

For the sake of systematisation of the investigations, it should be recalled that, for instance, in Polish law the insurance contract for the benefit of a third party is present in two forms: as insurance contract for the benefit of a third party *sensu stricto* and as insurance contract for account of another (Art. 808 CC). It must be noted that the insurance contract for account of another is a qualified insurance contract for the benefit of a third party.

The insurance contract for the benefit of another *sensu stricto* consists in that the policyholder is at the same time the insured party, which means that the protection covers his property interest and it is the policyholder that is obliged to pay insurance premium. The policyholder seeks to protect his own property interest or his own life and, at the same time, designates a person entitled to receive the insurance benefit in case of occurrence of the accident envisaged in the contract, wherein such person does not have to be indicated by name. It is sufficient that it is possible to identify the entitled party, and in life insurance contracts such person may even be the bearer of the policy. On the one hand, the third party is entitled to the benefit paid by the insurer in the event of occurrence of the insurance accident. In such situations, the third party is referred to as the beneficiary. On the other hand, the insurance contract for account of another is the case when the policyholder insures a third party's property or non-property interest but acts in his own

¹¹¹ Act No. 89-1014 of 31 December 1989 adjusting the Insurance Code to the opening of the European market (Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen, JO n° 2 du 3.01.1990).

¹¹² M. Pauffin de Saint Morel: *L'assurance de groupe*. Paris 1977, p. 67; see Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur: *Droit des assurances*. Paris 2011, p. 195.

¹¹³ See B. Kęszycka: *O potrzebie uwzględnienia specyfiki ubezpieczeń grupowych na życie w kodyfikacji prawa ubezpieczeniowego*. In: *O potrzebie polskiego kodeksu ubezpieczeń*. Ed. E. Kowalewski. Toruń 2009, p. 238.

name, which means that one person is the policyholder and another is the person in whose property interest the insurance is concluded.¹¹⁴

The German Act on the insurance contract covers the insurance for account of another (*Versicherung für fremde Rechnung*) in Section II on property insurance, devoting to that institution the provisions of § 43—48 VVG. Insurance for account of another is defined as insurance contract concluded by one person in his or her own name for account of another person, who may but does not have to be designated by name (§ 43 VVG). On the other hand, § 150 VVG provides that life insurance may have as its subject the life of the policyholder or another individual. Similarly, Art. 808 of the Polish CC reads that the policyholder may conclude an insurance contract for account of another. This provision has been placed among general provisions on the insurance contract, which means that it applies both in case of concluding property and personal insurance contracts.

In the definitions cited above, the element that comes to the fore is the specific subjective structure of the insurance contract for account of another. The essence of that insurance is multitude of subjects (but not multitude of the contractual parties since the contractual parties are solely the insurer and the policyholder). The policyholder concludes with the insurer a contract for account of the insured party if the insured party has interest in obtaining the insurance protection. In Polish legislation, there are no specific provisions amounting to the legal regime of group insurance. The juridical construction of group insurance is multiplied based on the contract of insurance for account of another.

Under Art. L. 112-1(1) CA, an insurance contract may be concluded for account of a designated person (*pour le compte d'une personne déterminée*) through an attorney acting under a general or specific power of attorney or even without authorisation. Contrary to the literal meaning of this provision, Art. L. 112-1(1) CA does not cover contracts concluded “for account” or even “for the benefit” of a third party in the understanding attached to these concepts by the literature. The provision of Art. L. 112-1(1) CA confirms only the rule adopted under the French Civil Code that a legal act may be performed through an attorney.¹¹⁵ An agreement concluded on the terms set out in Art. L. 112-1 CA is therefore binding on the represented party. The intermediary (attorney, person managing the insured party's interests or even *falsus procurator*), when concluding the insurance contract, acts in the name of the repre-

¹¹⁴ See judgment of the Supreme Court of 25 January 2000, I CKN 331/98, LEX No. 56807.

¹¹⁵ L. Grynbaum (ed.): *Assurances 2013—2014. Acteurs, contrat, risques des consommateurs, risques des entreprises*. Paris 2012, p. 335.

sented party, who becomes obliged thereunder to pay premium to the insurer.¹¹⁶ This is not a construction that would suffice to account for the mechanism of the group insurance contract. The role of the policyholder in the group insurance contract is not limited merely to making the declarations of intent on behalf of acceding parties.

From the point of view of the present investigations, a far more interesting construction is specified in Art. L. 112-1(2) CA. The provision of Art. L. 112-1(2) CA envisages the possibility to conclude an insurance contract for account of a person unspecified at the time of making the contract but referred to by mere indication of circumstances in which the insurer's obligation to pay the benefit may materialise (*pour le compte de qui il appartiendra*). In effect, the legislator indicates what consequences attach to the conclusion of a contract based on such construction. The use in the contract of the clause under Art. L. 112-1(2) CA must be considered as conclusion of the contract in the interest of the policyholder with simultaneous stipulation of a benefit for a third party. The construction described in that provision is deemed to be the so-called proper insurance contract for account of another.¹¹⁷

The German practice of insurance has also developed a conception of insurance for the benefit of the one whom the insurance concerns (Ger. *Versicherung für Rechnung "wen es angeht"*).¹¹⁸ The insured party is identified at the time of occurrence of the insurance accident, however, at the latest at the time of payment of the cash benefit by the insurer.¹¹⁹

The BGH¹²⁰ has described the relationship between the policyholder and the co-insured — that is, division between material and formal "ownership" — as a fiduciary relationship (*Treuhandverhältnis*) once the insured event has occurred. Where due to the policyholder's non-compliance with duties to be observed after the insured event occurred the co-insured's right to the benefit is negatively affected, the co-insured

¹¹⁶ Cass. 1ère civ., 18 juill. 1962: Bull. civ. I, no 386; Revue générale des assurances terrestres 1962, p. 488, note A. Besson; Cass. 1ère civ., 14 janv. 1959: Bull. civ. I, no 386; Revue générale des assurances terrestres 1959, p. 328.

¹¹⁷ J. Bigot, in: *Traité de Droit des assurances. Tome 3. Le contrat d'assurance*. Ed. J. Bigot. Paris 2002, p. 103.

¹¹⁸ Cf. W. Mogilski: *Umowa ubezpieczenia na rzecz osoby trzeciej*. In: *Ubezpieczenia w gospodarce rynkowej*, Vol. 1. A. Wąsiewicz. Bydgoszcz 1994, p. 90 and the literature cited therein.

¹¹⁹ In German law, this juridical construction was regulated expressly in § 48 VVG, by stating that if the insurance is concluded for account of "the one whom it may concern" or if it does not follow from the contract whether the contract was concluded on account of the policyholder or another party, § 43—47 VVG will apply as long as the circumstances indicate that the interest to be insured is the one of another party.

¹²⁰ Bundesgerichtshof.

is entitled to claim damages from the policyholder for the breach of the fiduciary relationship.¹²¹

Such construction is also admissible in Polish law under the first sentence of Art. 808 §1 CC, according to which the insured party does not have to be designated by name in the contract unless this is necessary for the specification of the object of the insurance. This means that if the insured party can be identified by the object of insurance, he does not have to be indicated by name in the contract.¹²² If the insured party's name does not appear in the contract, he is entitled to the insurer's benefit if he can provide the insurance document to the insurer and prove his right to the object of the property insurance or to the sum under the personal policy insurance.

The difficulties relating to the specification of the nature of the so-called proper insurance contract for account of another follow from the subsistence in such cases of an interest in the conclusion of the contract both on the part of the policyholder and the insured party.¹²³ The insurance contract concluded according to the provision of Art. L. 112-1(2) CA in certain circumstances may at the same time be a contract insuring property and a civil liability contract.¹²⁴ This position was met with acceptance of the doctrine despite numerous controversies relating to the construction provided for by the legislator in Art. L. 112-1(2) CA.¹²⁵ The policyholder, being the owner of the assets which he entrusts to another entrepreneur for storage, by concluding the insurance contract under Art. L. 112-1(2) CA for account of the storekeeper, on the one hand, insures his property interest, and on the other, concludes that entrepreneur's civil liability insurance. This solution is more profitable to the parties than conclusion of a contract for the insurance of the assets by their owner. The latter would receive the benefit in case of damage of the assets entrusted for storage, which, however, would open the way for the insurer to assert recourse claim against the storekeeper. In turn, this would lead to an increase of the price for the service provided by the storekeeper. At the same time, also a solution consisting in the conclusion of a civil liability insurance by the storekeeper would not be

¹²¹ See: R. Koch: *Insurance Law in Germany*. Wolters Kluwer 2018, p. 138.

¹²² Cf. A.M. Kubiak: *Umowa ubezpieczenia ubezpieczenia na rzecz osoby trzeciej i na cudzy rachunek*. Bydgoszcz—Poznań 2008, p. 65.

¹²³ M. Picard, A. Besson: *Les Assurances terrestres en droit français. Le contrat d'assurance*, vol. 1. Paris 1975, p. 430.

¹²⁴ See Cass. 1ère civ., 5 février 1974, JCP 1974 II.17893.

¹²⁵ An analogous example relating to an insurance contract concluded by a carrier is discussed in more detail in L. Grynbaum (ed.): *Assurances 2013—2014...*, pp. 335—336.

satisfactory. The owner of the assets would not receive compensation if the storekeeper could invoke exonerating circumstances excluding the storekeeper's liability to the injured party.

As a part of considerations on the formula of group insurance, it is indicated that, as with regard to the insurance contract under Art. L. 112-1(2) CA, the group organiser may be interested in the conclusion of an insurance contract for account of the insured parties. The policyholder's interest in the emergence of insurance protection may follow from the obligations incurred against employees.¹²⁶ In case of group insurance contracts of borrowers, it is the group organiser (lender) that secures itself against the counterparty's insolvency.¹²⁷ A sports association concluding a group insurance contract in connection with an organised event also acts with the intention to secure itself against possible claims of its participants. It is much less probable that a claim for compensation is asserted against the organiser of a given event by its participant when such participant receives pension or other benefit from the insurer.¹²⁸

However, there are essential differences between the constructions of group insurance contract and insurance contract for account of another. In the French context, they eventually led to the pursuit of other juridical solutions which were to account for the group model of granting insurance protection.

First, as opposed to the said understanding of the insurance contract for account of another, in group insurance the policyholder does not necessarily have to be, at the same time, an insured party.¹²⁹ The insurance risk does not have to refer to such policyholder. While in the insurance contract under Art. L. 112-1(2) CA the policyholder must always be interested in the conclusion of the contract, such interest is not a necessary condition for the conclusion of a group insurance contract.

Second, in the context of the construction under Art. L. 112-1(2) CA, specification of the insured party takes place upon the materialisation of risk defined in the contract. Coming back to the example presented above, at the time of concluding the insurance contract, the policyholder is not obliged to designate the storekeeper by name. The policyholder agrees to the insurance protection being afforded to any entity to whom

¹²⁶ P. Demay de Goustine: *Les problèmes juridiques de l'assurance de groupe*. Paris 1977, p. 101.

¹²⁷ G. Courtieu: *Assurance des emprunteurs. Garanties collectives et situations personnelles*. Responsabilité civile et assurance 2009, no 3, p. 45.

¹²⁸ V. Nicolas: *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*. Paris 1996, p. 209.

¹²⁹ P. Demay de Goustine: *Les problèmes...*, p. 105.

the policyholder entrusts custody of its specific assets. In the group insurance contract, the status of the insured party is obtained as on accession by a group member to the insurance contract.¹³⁰ This thought is also present in Polish literature of the subject. Within the framework of group insurance, the circumstance is crucial that at the time of the contract's conclusion the policyholder does not know all persons who may be covered by the insurance protection since they are individually identified at a later time.

Third, in the insurance contract for account of another, the risk is known at the time of concluding the contract both in its qualitative and quantitative dimension. At the stage of concluding the contract, the parties mutually agree that the insurance protection is going to cover specific risks and one insured party even though the insured party as such is not yet specified. On the one hand, in the example presented above, the policyholder incurs risk relating to the civil liability of any but only one storekeeper. On the other hand, certain authors point out that in group insurance contracts the risk which the insurer undertakes to incur depends on the circle of persons who have effectively acceded the insurance. At the stage of the contract being concluded by the insurer and the policyholder, the number of persons who will eventually enjoy the insurance protection is still unknown. According to certain representatives of the legal science, only in the case of insurance contracts accession to which is compulsory can one speak of the knowledge of risk at the time of concluding the contract.¹³¹ It seems, however, that this position is not convincing. In insurance contracts with compulsory accession, the range of acceding parties may also change. Only with regard to such insurance contracts in which the parties have excluded the possibility of changing group's personal composition may one speak about the knowledge of risk already at the time of concluding the contract. Yet, it is still possible that a member of the group loses the properties which allowed to cover him with the insurance protection.

Fourth, a further obstacle in the application of the construction of proper contract for account of another are doubts as to the admissibility of its use for the purposes of concluding personal insurance contracts.¹³² For example, the French legislator provided for special provisions on the conclusion of personal insurance contracts for account of another (*assurance sur la tête d'autrui*).¹³³

¹³⁰ E. Roueil: *Essai sur le contrat d'assurance collective*. Orléan 1998, p. 127.

¹³¹ M. Bigot-Gonçalves: *Les assurances...*, p. 77.

¹³² L. Grynbaum (ed.), *Assurances 2013—2014...*, pp. 335—336.

¹³³ See Art. 132-2 CA.

The abovementioned doubts have finally led to the contestation in French science of the belief in the possibility to recognise the group insurance contract as one of the types of insurance contract for account of another.¹³⁴ This does not mean, however, that the efforts of the researchers were fruitless. The doctrinal discussion triggered by the belief in the admissibility of classifying the group insurance contract as contract for account of another allowed to draw attention to the differences between insurance contracts in which accession is compulsory and ones in which accession is left to the discretion of an interested party, which is going to be discussed in a further part of this study.

As a part of further investigations of the legal nature of collective insurance contracts in French science, the construction of stipulation of benefit for a third party (*stipulation pour autrui*) was invoked.¹³⁵ However, this view, for a relatively long period of time, competed with the judicial position based on the belief that the insurance contract is a *sui generis* construction and any similarities to the stipulation of benefit for a third party are only ostensible.¹³⁶ An analogous opinion is formulated in the Polish literature to account for the relationship between Art. 393 CC and Art. 808 CC. It is generally accepted that insurance for the account of another is an independent institution of insurance law. The provision of Art. 808 CC is *lex specialis* in relation to Art. 393 CC — Art. 808 CC covers all questions regulated in Art. 393 CC but renders some of them differently, wherein it exceeds the scope of the general provision.¹³⁷

The admissibility to apply the construction of benefit for a third party is decided in French law by Art. 1165 CC.¹³⁸ Under this provision, “contracts are binding only on the contracting parties; they may however have a favorable or unfavorable consequence for third parties in situations set forth in Art. 1121” CC. The cited Art. 1121 CC provides for the admissibility of stipulating a benefit for a third party “when it conditions performance to the stipulating party or constitutes a donation” to another person.¹³⁹ The stipulating party, however, may not revoke the stipula-

¹³⁴ M. Bigot-Gonçalves: *Les assurances...*, p. 80.

¹³⁵ V. Nicolas: *Essai...*, pp. 206 ff.

¹³⁶ See F. Berdot: *L'assurance de groupe après les réformes législatives du 31 décembre 1989*. “Revue générale des assurances terrestres” 1990, p. 775; J. Landel: *Les mécanismes juridiques de l'assurance de groupe*. Ass. Fr. 1983, p. 76 and the case-law cited therein.

¹³⁷ See B. Kucharski: *Przeniesienie praw z umowy ubezpieczenia*. Warszawa 2010, p. 178; W. Warkalło, in: *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, vol. 3, part 2. Ed. S. Grzybowski. Ossolineum 1976, p. 925.

¹³⁸ C. Alter, S. Bar: *Les effects du contrat*. Waterloo 2000, p. 36.

¹³⁹ More in A. von Mehren: *The Code and Comparative Analysis of Formation and Form*. In: *The Code Napoleon and the Common-Law World*. Ed. B. Schwartz. New Jersey 1998, p. 129.

tion if the third party declared the intention to take advantage of such stipulation. Within the subjective framework characteristic of the group insurance contract, the group organiser (policyholder) plays the role of the stipulating party, the insurer — of the promising party, and the beneficiaries of the benefit are the parties insured within a group or persons designated by such insured parties.

Nonetheless, acceptance of this construction does not remove all doubts relating to the legal position of the insured party. Just as in Polish literature,¹⁴⁰ the question of admissibility of imposing the obligation to pay the premium on a person from outside the contractual relationship remains disputable. Assuming that the insured party is not a contractual party, it must be concluded that the obligation to pay premium may be imposed exclusively on the policyholder. This is the case because only the policyholder may incur specific obligations against the insurer.

In the French judicial practice, however, a controversial solution was adopted consisting in reconciliation of the stipulation of benefit for a third party (*stipulation pour autrui*) with the insured party's obligation to pay premium to the insurer. The judgment of the Cassation Court of 8 December 1987 paved the way for the case-law according to which certain obligations under the contract may be imposed on a third party if they are expressly accepted by such third party.¹⁴¹

However, the basic objection that may be formulated against the views depicted above is the dogmatic attempt to follow the assumptions of the unitarian conception.¹⁴² This model accounts only for group insurance in which the group organiser performs the role of an insured party. Moreover, the said conception does not give a convincing and universal answer to the question about the admissibility to impose specific obligations on the acceding party. Assuming that the insured party, at least impliedly, consents to being imposed with certain obligations, it must be considered if such consent does not give rise to an obligation to pay the premium independently of the insurance contract concluded by the policyholder. These remarks necessitate outlining the assumptions of the conception of “dispersed” insurance relationship, based on the conviction that the insurance contract *sensu stricto* holds between the group members and the policyholder.

¹⁴⁰ M.P. Ziemiak: *Strony i podmioty stosunku grupowego ubezpieczenia na życie*. In: *Ubezpieczenia grupowe na życie a prawo zamówień publicznych*. Ed. E. Kowalewski. Toruń 2011, pp. 115—116.

¹⁴¹ Cass. lère civ., 8 déc. 1987, *Bull. civ.* I, no 343.

¹⁴² Cf. J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau: *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3e éd. Paris 2001, p. 1050; C. Larroumet: *Les obligations, Le contrat*, 2e partie, Effets, 6e éd. Paris 2007, p. 982.

VIII. Conception of dispersed insurance relationship and group insurance

Under the assumptions of the second position, referred to in the present study as the conception of dispersed insurance relationship, each member of the group is a party to a separate contract between such member and the policyholder. Making a declaration of accession to the insurance by a person applying for insurance protection is deemed, by proponents of this conception, as placement of an offer. On the other hand, the policyholder, by confirming acceptance of the declaration, makes a declaration of the offer's acceptance.¹⁴³ It also cannot be excluded that silence of the insurer will be interpreted as consent to the insurance protection being granted.

Certain representatives of the French doctrine look for an argument in favour of such view in Art. L. 141-6 CA. Under this provision, in the group insurance contracts specified in Art. L. 141-1 CA¹⁴⁴ and in contracts financed by premium capitalisation bearing features of the contracts under Art. L. 141-1 CA, the policyholder is considered to be the insurer's representative in relation to the acceding party, the insured party or the beneficiary, to the exclusion, however, of such acts of which the acceding party was notified in advance.¹⁴⁵ Proponents of this opinion indicate that the policyholder is only the insurer's attorney in relation to the insured parties, and so the proper insurance relationship is the one between the insurer itself and a group member.¹⁴⁶

However, formulation of any categorical conclusions on the model of insurance protection within the framework of group insurance under the norm of Art. L. 141-6 CA seems illegitimate. This provision introduces two essential restrictions of the policyholder's authorisation to act on behalf of the insurer. First, under Art. L. 141-6 CA, it does not substitute a grant of the power of attorney with the consequences of such legal act being made by the represented party's declaration of intent. The policyholder is merely "deemed" to be the insurer's representative, and only in

¹⁴³ L. Mayaux, in: *Traité de Droit des assurances. Tome 4...*, p. 660.

¹⁴⁴ To the exclusion of those regulated under the Act No. 89-1009 of 31 December 1989 reinforcing the safeguards of persons insured against certain types of risk, referred to as *loi Evin* (La loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, JO du 2 janvier 1990).

¹⁴⁵ The amendments of that provision are presented mode widely in Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur: *Droit des assurances*. Paris 2011, pp. 784—785.

¹⁴⁶ C. Goldie-Genicon: *L'assurance de groupe...*, p. 2450.

relation to a limited circle of persons (acceding party, insured party or beneficiary). Second, the scope of such authorisation has been objectively limited. The policyholder substitutes the insurer exclusively in acts relating to the accession of subsequent interested parties and performance of the contract itself. This provision should not be interpreted extensively. It is rightly noticed in the doctrine that drawing too far-reaching conclusions from Art. L. 141-6 CA would lead to a situation in which the policyholder is treated at the same time as the person concluding the contract with the insurer (*arg. ex* Art. L. 141-1 CA) and the person representing the same insurer (Art. L. 141-6 CA).¹⁴⁷ It seems, however, that introduction of the provision of Art. L. 141-6 CA was dictated not as much by the intention to expound the mechanism under which insurance protection is afforded under the group insurance contract as by the need to ensure to the acceding parties a direct contact with the insurer's representative. One should not forget that group insurance, from the perspective of insured parties, is to make a simplified mechanism of obtaining insurance protection.

This problem was identified also in German literature in the context of the distinction between improper group insurance (*unechte Gruppenversicherung*) and proper group insurance (*echte Gruppenversicherung*).¹⁴⁸

As opposed to proper group insurance, improper group insurance is composed not of a uniform insurance contract but a number of individual contracts which are combined on account of the uniformity of insurance coverage. In German literature, it is emphasised that the improper group insurance contract is a model applicable to life insurance only. Joint performance of the contract and activities of the group organiser acting upon authorisation of individual group members are characteristic features of the discussed category of group insurance. It is pointed out that the contract is not concluded directly and separately by individual persons but by the group organiser as the authorised attorney. Nonetheless, the position of the group organiser is not exclusively limited to the role of representative. The group organiser assumes his own contractual obligations, such as the obligation to handle all matters *vis-à-vis* group members on one hand, and the insurer on the other. The power of attorney granted to such organiser by the group members authorises the organiser not only to conclude the insurance contract but also to make and receive any declarations pertaining to insurance relationships, including termination of

¹⁴⁷ V. Bourdon: *La distribution de l'assurance par les associations, contribution à l'étude des assurances collectives*. Paris 2002, p. 184.

¹⁴⁸ This terminology was coined by H. Millauer: *Rechtsgrundsätze der Gruppenversicherung*, Karlsruhe 1966, pp. 107 et seq.

the contract or demanding payment of the insurance benefit.¹⁴⁹ In Polish literature, similar position is taken in reference to group life insurance. For instance, it is indicated that an employer, while concluding life insurance with an insurer, may not incur obligations whose debtors would be the insured employees. For that purpose, the employer would have to be duly authorised by the insured parties. If so, according to the authors, such employer, when concluding the insurance contract with the insurer, may act only upon authorisation of the interested parties, that is on their behalf, as an attorney. A proof of such view, according to the scholars, is the requirement that each insured party should submit a so-called declaration of accession. Without such declaration from a person interested in insurance protection in the framework of life insurance, the protection in respect of such person may not arise at all (Art. 829 § 2 CC).¹⁵⁰

The model of dispersed insurance relationship is compatible with the opinion that the contract between the insurer and group organiser is only an agreement organising future insurance relationships (framework agreement). The function of such framework agreement is exhausted by the specification of the amount of insurance premium and the “technical” aspect of concluding proper insurance contracts. It does not include the essential elements of the insurance contract. The insurer does not undertake thereunder to pay the benefit in case of occurrence of the risk stipulated in the contract or, at least directly, to afford insurance protection to a specific person.

As opposed to a typical framework agreement, under which further implementing contracts are concluded between the same parties, the group insurance contract is concluded by persons other than the parties to the implementing (derivative) contracts. On the one hand, the contract organising the insurance holds between the insurance operator and the insurer. On the other hand, the implementing contracts are concluded between the insurer and members of the group of insured parties. A different catalogue of persons entering into particular contracts does not deprive the contract concluded between the organiser and the insurer of the character of framework agreement.¹⁵¹ On the basis of such observations, it may be concluded that the use of the term “insured party” as such in reference to a party of the framework agreement may raise objections. The role of such entity is more accurately rendered by the terms “group organiser” or “insurance operator.”

¹⁴⁹ A. Wieser: *Gruppenversicherungen...*, pp. 112—113.

¹⁵⁰ E. Kowalewski, M. Wałachowska: *Nieadekwatność prawa zamówień publicznych do grupowych ubezpieczeń na życie — potrzeba nowych uregulowań prawnych*. “Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2010, No. 3, pp. 35—36.

¹⁵¹ J.M. Mousseron: *Technique contractuelle*. Paris 1999, p. 87.

In German literature it is also indicated that the abovementioned “improper group insurance” contract is a framework agreement outlining the course of action for the conclusion of the insurance contract as well as organisational and economic boundary conditions of the insurance. In the same way, it forms a basis for the establishment of a multitude of individual insurance relationships which, for the sake of their joint realisation and administration, have been mutually connected.¹⁵² It is argued that by the term “framework agreement” one should understand a contract between the insurer and the so-called framework agreement partner (*Rahmenvertragspartner*) which covers framework provisions and guidelines for the conclusion of individual insurance contracts with group members but in itself does not give rise to an obligational relationship.¹⁵³ The individual insured members of the group are at the same time individual and independent policyholders.

A further consequence of accepting the conception outlined above is the conclusion that the framework agreement is not an insurance agreement *sensu stricto*. Therefore, it is not subject to the substantive law provisions relevant to the assessment of rights and obligations of the parties to direct insurance contracts. Realising the threats following from such essential limitation of the scope of application of insurance law, certain French authors opt for approaching the organisational agreement as framework insurance agreement (*contrat cadre d'assurance*),¹⁵⁴ which is to permit coverage of such agreement by the scope of application of insurance law. A framework agreement organising the insurance contract remains an innominate contract.¹⁵⁵ Its inconclusive nature gives rise to interpretive doubts. It has no separate normative regime. In effect, one should always answer the question if, for the assessment of a given situation, the applicable rule is a provision of insurance law or rather general provisions of the law of obligations.

It is significant that the French judiciary dissociates itself from the doctrinal investigations relating to the “unitarian” conception and the conception of “dispersed” insurance relationship.¹⁵⁶ The majority of older court decisions include predominantly references to the former position. Attention of the judiciary was primarily focused on consequences of the stipulation of benefit for a third party in the spirit of the unitar-

¹⁵² So writes R. Magnusson: *Gruppenversicherung, insbesondere in der Lebensversicherung in Möller, Winter, Materialien des zweiten Weltkongresses für Versicherungsrecht der internationalen Vereinigung für Versicherungsrecht*, Band 5. Karlsruhe 1967, p. 113.

¹⁵³ A. Wieser: *Gruppenversicherungen...*, p. 110.

¹⁵⁴ G. Sargos: *Le contrat d'assurance...*, p. 22.

¹⁵⁵ M. Bigot-Gonçalves: *Les assurances...*, p. 108.

¹⁵⁶ C. Goldie-Genicon: *L'assurance...*, p. 2450.

ian conception.¹⁵⁷ In newer case-law, more attention is paid to the existence of an obligational connection between the group members and the policyholder,¹⁵⁸ which is characteristic of the conception of dispersed obligational relationship.

The source of additional doubts are relatively ambiguous conclusions of the French judiciary. Yet in 1986, the Court of Cassation, in its *Rapport Annuel*, presented an opinion that “without any doubt, the group insurance contract is based on the construction of “stipulation of benefit for a third party», under which the promising party (insurer) undertakes to the policyholder to propose insurance on the terms mutually agreed by both these entities to the acceding parties.”¹⁵⁹ However, the Court of Cassation did not develop that thought. In particular, it did not explain what the insurer’s obligation to “propose insurance” consists in. Further, it did not specify if the acceptance of the insurer’s offer leads to conclusion of a separate insurance contract, which would correspond to the assumptions of the conception of dispersed obligational relationship, or if the said “proposition” of insurance consists in obtaining the insured party’s consent to the conclusion of insurance for account of such insured party.

Profound analysis of the French case-law to date allows to identify also more unambiguous statements. In the judgments of the Court of Cassation of 9 March 1983¹⁶⁰ and 22 May 2008,¹⁶¹ the Court recognised in group insurance contracts elements of both benefit for a third party and mutual obligation between the insurer and the acceding party.¹⁶²

In the judgment of 9 March 1983,¹⁶³ an opinion was voiced that stipulation made for the benefit of a third party may lead to the interested party being given a possibility to conclude a separate contract with the promising party. In the considerations made in that case, it was mentioned that the request made by the interested party to become covered by the insurance protection should be treated as an offer addressed to the insurer for the conclusion of a contract.¹⁶⁴

¹⁵⁷ Cass. 1ère civ., 4 nov. 1992, *Revue générale des assurances terrestres* 1992.836, Cass 1ère civ., 26 mai 1993, *Resp. civ. et assur.*, 1993; Cass. 1ère civ., 9 mai 1996, *Revue générale du droit des assurances* 1996.615; Civ. 1ère, 5 déc. 1978, *D.* 1979. Jur. 401.

¹⁵⁸ See C. Goldie-Genicon: *L'assurance...*, p. 2450 and the case-law cited therein.

¹⁵⁹ *Rapport annuel de la Cour de cassation*. Paris 1986, p. 198; *Rapport Annuel 2009. Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*. Paris 2009, p. 167.

¹⁶⁰ Cass. 1ère civ., 9 mars 1983, *Revue générale des assurances terrestres* 1983. 526.

¹⁶¹ Cass. 1ère civ., 22 mai 2008, *D.* 2008. Jur. 1954, note D.R. Martin; *JCP G* 2008. II. 10133.

¹⁶² G. Sargos: *Le contrat d'assurance...*, p. 21.

¹⁶³ Cass. 1ère civ., 9 mars 1983, *Revue générale des assurances terrestres* 1983. 526.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

In turn, the situation that led to the delivery of the judgment of 22 May 2008¹⁶⁵ was that a borrower acceded to a collective insurance agreement concluded by a bank for the purpose of securing repayment of the granted credits. In the insurance contract itself, a provision was included under which the insurer had the right to refuse to pay the benefit. Upon ascertaining that the insured party was unable to work and upon his acquisition of pension rights, the borrower demanded that the insurer should repay his liabilities to the bank. In the dispute before the court, the borrower invoked abusive nature of the clause included in the contract under which the insurer's liability was excluded. The court of I instance dismissed the suit in its entirety. The judgment was upheld by the decision of the court of II instance, which concluded that in the examined case the protective regime under Art. L. 132-1 of the Consumer Code could not apply.¹⁶⁶ The disputable clause was included in a contract between the insurer and the bank, and that contract was not covered by the Code's scope of application.

The essence of the case then referred to resolution by the Court of Cassation boiled down to answering the question whether accession to a group insurance contract, as a consequence of a benefit being stipulated for a third party, gives rise to the emergence of a bilateral contractual relationship between the insured party and the insurer, which would be subject to the provisions of Art. L. 132-1 of the Consumer Code.

Finally, the Court of Cassation opted for the admissibility to apply the protective regime under Art. L. 132-1 of the Code. In the written justification of the judgment, it was indicated that between the insurer and the insured party there subsisted a "bilateral contractual relationship." This relationship, as such, was subject to the review carried out according to Art. L. 132-1 of the Code.¹⁶⁷ Acceptance of the opinion on the admissibility of application of the protective mechanism under Art. L. 132-1 of the Consumer Code led to the conclusion that between the insured party and the insurer there was a contractual relationship which could be subject

¹⁶⁵ Cass. 1ère civ., 22 mai 2008, D. 2008. Jur. 1954, note D.R. Martin; JCP G 2008. II. 10133; C. Goldie-Genicon: *L'assurance...*, p. 2447.

¹⁶⁶ Under Art. L. 132-1 of the Code, abusive character is attributed to such contractual provisions which are intended to cause or entail disturbance to the equilibrium of the parties' rights and obligations to the detriment of the non-professional contractual party or consumer. Abusive clauses are considered not included, the contract however remains in force to the exclusion of the clauses found abusive, as long as it may continue to apply without such clauses.

¹⁶⁷ X. Henry: *Universalisme de la protection contre les clauses abusives et autonomie du droit de la consommation*, In: *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation. Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*. Ed. X. Henry. Nancy 2009, p. 210.

to the review specific to consumer transactions.¹⁶⁸ It is significant that such conclusion was accompanied by a statement characteristic of the unitarian conception that the existence of insurance protection is related to a stipulation made for the benefit of the insured party in the contract between the policyholder and the insurer.¹⁶⁹

This jurisprudence is followed also in the judgment of the Court of Cassation of 13 April 2010,¹⁷⁰ in which, however, the Court clearly dissociated itself from the assumptions of the unitarian conception.

The judgment was delivered in a situation in which a holder of a payment account acceded to group insurance contracts concluded by the bank for account of its customers. Upon the insured party's death, his heirs sued the bank (group organiser), demanding to be paid the benefits under the insurance contracts. The court of I instance dismissed most claims, allowing, however, the claim for payment to the heirs of the benefit under a life insurance. The appellate court did not share the opinion of the court of I instance and dismissed the suit also in that regard, indicating that the heirs should assert their claims only against the insurer. By challenging the judgment before the Court of Cassation, the appellants argued that their claim against the insurer did not deprive them of the right to sue the bank which, as the policyholder, was to guarantee, in their opinion, due performance of the insurance contract. The argumentation deployed by the appellants was not accepted by the Court of Cassation. In the judgment of 13 April 2010, an opinion was expressed that the bank was not the entity obliged to pay the benefit and that it was not liable for its payment by the insurer. The Court of Cassation explained that accession to a group insurance contract gave rise to a contractual relationship between the insurer and the insured party. The bank, as organiser of the insurance, was a third party vis-à-vis the relationship between the insurer and the insured party. Consequently, the bank was not liable for the insurer's obligations although in the light of Art. L. 141-6 CA it could be treated as the insurer's representative. The Court of Cassation also concluded that between the group organiser [incorrectly referred to as policyholder — M.F.] and the policyholder an agreement was indeed concluded but it did not have the features of an insurance contract. It must be added that this was not the first ruling pointing to merely organisational nature of a contract concluded by the policyholder. An analogous opinion

¹⁶⁸ Cf. J. Kullmann: *Clauses abusives et contrat d'assurance*. "Revue générale du droit des assurances" 1996, p. 11.

¹⁶⁹ Cf. E. Wójtowicz: *Kontrola klauzul abuzywnych w prawie francuskim na przykładzie umowy ubezpieczenia*. "Rozprawy Ubezpieczeniowe" 2011, No. 11, p. 12.

¹⁷⁰ Cass. Com. 13 avril 2010, n° 09-13712.

was voiced in the judgment of the Court of Cassation of 25 November 1997.¹⁷¹

Conviction about a strictly organisational nature of the contract concluded by the policyholder was also reflected in the justification of the judgment of the Court of Cassation of 13 December 2012.¹⁷² While making a statement in the spirit of the conception of dispersed insurance relationship, the Court of Cassation emphasised that the insured parties are connected with the insurer by a separate contractual insurance law relationship. The parties' freedom of contract is "restricted by the framework agreement (*contrat-cadre*) negotiated and concluded by the policyholder in the interest of the group."

At this point, it is worth making a few comments on the nature of the insurance framework agreement. It is noticed in the doctrine that framework agreements (especially ones which do not contain essential provisions on the insurance itself) to a large degree remind framework agreements of organisational nature.¹⁷³

An analogous construction was also described in the German science of insurance law. Agreements between the organiser and the insurer on the terms of insurance contracts are referred to, in the German doctrine, as normative agreements (*Normenvertrag*), which should be understood as agreements having as their object the terms of the contracts to be concluded in future. At the first stage, agreement on the terms of the future contracts is reached, which forms a basis for the conclusion, at the second stage, of specific contracts, known as individual (*Einzelverträge*) contracts, on the terms specified in the basic agreement.¹⁷⁴

A common feature of preparatory framework agreements is creation of a durable obligational relationship whose essential content is the obligation to conclude final (implementing) contracts on the terms agreed in advance. In case of insurance framework agreements, insurance contracts are concluded by third parties — members of the group. In group insurance, individual insurance contracts, that is the implementing contracts, are a method to concretise performance under the framework agreement both in the objective and subjective aspect.

¹⁷¹ Civ. 1ère, 25 nov. 1997, *Revue générale du droit des assurances* 1997.1066.

¹⁷² Cass. 2 civ., 13 déc. 2012 no 12-40073, QPC; see J. Bigot in the gloss to the judgment of 13 December 2012, *Revue générale du droit des assurances* 2013, no 2, p. 251.

¹⁷³ M. Orlicki, J. Pokrzywniak: *Umowa ubezpieczenia. Komentarz do nowelizacji kodeksu cywilnego*, Warszawa 2008, p. 41.

¹⁷⁴ A detailed discussion of the problems of normative agreements with profound analysis of the German doctrine was presented by S. Włodyka: *Porozumienia gospodarcze*. Warszawa 1978, p. 82 et seq.

This does not mean, however, that the framework agreement as such merely opens the way for the entry into individual insurance contracts without affecting their content. In insurance transactions, framework agreements are usually composed of the normative part (*normativer Teil*) and the obligational part (*obligatarischer Teil*).¹⁷⁵

The normative part contains framework conditions. In the first place they specify the features and properties that must characterise members of the group covered by insurance protection as well as preconditions to accession to the group. Other questions comprise the scope of insurance protection and specification of various types of risk covered by the insurance contract, the method of calculation of the insurance premium and of its payment. The obligational part defines specific obligations of the group organiser, in particular, efforts to encourage group members to conclude individual agreements and receipt of the declarations of accession and their forwarding to the insurer. The obligations of group organisers are often extended by receipt and collection of insurance premiums and the commitment to administer individual insurance contracts.¹⁷⁶

In many European countries, it is emphasised that there are no general civil law provisions which would bindingly specify the characteristic (constitutive) features of a framework agreement and clarify — either as mandatory or default rules — its legal regime. It is also difficult to speak of a fully developed, uniform empirical type of framework agreement which would — as established custom — entirely fill that gap. For the above reasons, one should approach with caution the conclusions which are to follow from the mere classification of a given obligational contract as framework agreement; the conclusive factor for the specification of the content of the legal relationship under such contract should be the content of the contract assessed from the point of view of obligational law provisions. This relates also to the determination whether — and, if so, on what conditions — the parties were obliged under such agreement to conclude further implementing contracts or to perform other implementing acts leading to the satisfaction of their final interests, and the scope of the related compensatory liability.¹⁷⁷

¹⁷⁵ H. Kook: *Der Gruppenvertrag in der Kollektivlebensversicherung*. Berlin 1939, pp. 15—16.

¹⁷⁶ F. Herdter: *Der Gruppenversicherungsvertrag...*, pp. 39—40.

¹⁷⁷ See, among others, the judgment of the Polish Supreme Court of 29 March 2016, I CSK 395/16, OSG 2018/5/1.

IX. Dualistic conception and group insurance

While sharing the above doubts, certain authors transpose the considerations on the legal nature of the collective insurance contract to another level and focus on the compulsory (*assurance à l'adhésion obligatoire*) or voluntary (*assurance à l'adhésion facultative*) character of accession to the insurance contract.¹⁷⁸

The French Insurance Code, as far as it covers group insurance, does not make a clear distinction between insurance contracts with compulsory and obligatory accession. Nonetheless, the legislator is aware of their existence, as manifest in the provision of Art. L. 141-4 CA. Under this provision, the general rule is that the insured party has the option to withhold consent to an amendment of the terms of insurance protection, which results in that party's withdrawal from the insurance. The insured party, however, does not have such option where the extra-insurance relation between such party and the policyholder renders accession to the insurance compulsory.

The line of distinction between insurance with voluntary accession and insurance with compulsory accession is much clearer under the regime of collective insurance contracts.¹⁷⁹ In the Mutual Insurance Code (*Code de la mutualité*)¹⁸⁰ and the Social Security Code (*Code de la Sécurité sociale*),¹⁸¹ the definitions of "compulsory" and "voluntary operations" were formulated, which should be understood respectively as insurance with compulsory and voluntary accession.¹⁸²

It should be noted that the division, which was merely sketched by the French legislator, into collective insurance contracts with voluntary and compulsory accession has inspired many representatives of the doctrine and determined one of the dominant directions in the contemporary science of insurance law.

It is indicated that in case of insurance contracts with compulsory accession, insurance protection is afforded under a contract concluded between the policyholder and the insurer. Insured parties enjoy such protection on mere account of their adherence to a specific group. As a result, they may not withdraw from the protection until they forfeit the

¹⁷⁸ Bigot, in: *Traité de Droit des assurances. Tome 3...*, pp. 131—133; L. Mayaux: *La nature juridique de l'assurance collective*. In: *Les grandes questions du droit des assurances*. L. Mayaux. Paris 2011, p. 64.

¹⁷⁹ J. Kullmann: *Les mécanismes...*, pp. 285—286.

¹⁸⁰ See Art. L. 221-2 of the Mutual Insurance Code (*Code de la Mutualité*).

¹⁸¹ See Art. L. 932-1 of the Social Insurance Code (*Code de la Sécurité sociale*).

¹⁸² G. Sargos: *Le contrat d'assurance...*, p. 30.

status of a group member. The insured parties are not contractual parties to the agreement concluded with the insurer. Therefore, the model of insurance with compulsory accession corresponds to those theoretical assumptions on which the unitarian conception is based.¹⁸³

Analogous position is taken by L. Mayaux,¹⁸⁴ who pays special attention to the expression by the insured party of the intention to be covered by insurance protection. The author indicates that a collective insurance contract with compulsory accession may be accounted for only by recourse to the assumptions of the unitarian conception. A member of the group does not have to take any steps to establish the insurance protection. Accordingly, one should not search for elements of a declaration of intent in such person's actions. In particular, one may not defend the view that mere adherence to a given group is an expression of applying for insurance protection. Subsistence of the obligation to accede to an insurance may not be identified with the intention to fulfil such obligation.¹⁸⁵ For example, the obligation to accede to an insurance may follow from adherence to a given occupational class. The fact of obtaining entitlements to undertake gainful work implies only the intention to pursue particular professional activity and not to accede to the insurance.

These observations are consistent with the construction of stipulation of benefit for a third party, by which proponents of the unitarian conception explain the mechanism of establishing protection under the group insurance contract. The right of a third party does not arise in consequence of expression by such party of the intention to take advantage of the stipulation made for the party's benefit.¹⁸⁶ In the judgment of 13 January 1967, the Court of Cassation held that the expression of intention by a third party to take advantage of the stipulation made for such party's benefit does not give rise to the promising party's obligation to perform. It only affects the possibility to recall the stipulation made for such person's benefit.¹⁸⁷ This principle corresponds to the solutions adopted in the Insurance Code. In insurance contracts with compulsory accession, the person covered by the insurance may not withdraw from continuation of the insurance in case of amendment to the terms of the afforded protection (Art. 141-4(4) CA).

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ L. Mayaux, in: *Traité de Droit des assurances. Tome 4...*, p. 666.

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ Otherwise in P. Jadoul: *La stipulation pour autrui (rapport belge)*. In: *Les effets du contrat à l'égard des tiers*. Eds. M. Fontaine, J. Ghestin. Paris 1992, p. 418.

¹⁸⁷ Cass., 13 janvier 1967, Pas., 1967, I. p. 571. The up-to-date character of that opinion was confirmed by the Court of Cassation in the judgment of 19 December 2000; see Cass., 19 décembre 2000, Bull. civ. 2000, 1, no 333, p. 215.

It is indicated that, in case of insurance with voluntary accession, insurance protection follows from the contract between the insurer and a group member.¹⁸⁸ It is concluded as a result of the declaration of accession and its acceptance by the insurer. The terms of insurance are specified in the framework agreement, between the insurer and the group organiser. Under that agreement, the insurer undertakes at the same time to enter into insurance contracts with members of the group using the abovementioned construction of stipulation of benefit for a third party (*stipulation de contrat pour autrui*). The person applying for insurance protection makes a declaration of accession to the insurer. Such person consents to being afforded protection on the terms specified by the policyholder and the insurer in the framework agreement. This act may be evaluated as declaration of intent. Therefore, it may serve as ground for the establishment of an obligational relationship which subsists due to the framework agreement but also independent of such agreement. The assumptions of the conception of dispersed obligational relationship apply here in the full extent.¹⁸⁹

It should be explained that an insurance contract with compulsory accession (*assurance à l'adhésion obligatoire*) may not be identified with compulsory insurance (*assurance obligatoire*).¹⁹⁰ The obligatory character of accession to the insurance contract implies that establishment of the insurance protection is a consequence of adherence to a specific group. Upon fulfilment of the preconditions to adherence to the group, the specific person becomes covered by insurance protection and obtains the status of an insured party. Such person does not have to make any declaration of accession to the insurance.¹⁹¹ On the other hand, imposition by the legislator of an insurance obligation does not lead to automatic emergence of insurance protection.

As mentioned above, also in German literature the heterogenous character of the concept of group insurance is emphasised. Authors point to two contractual constructions which account for the system of affording protection to a group of insured parties. These constructions, in fact, display clear affinity with the group insurance models described above in the context of French law. So called improper group insurance (*unechte Gruppenversicherung*) is based on a framework agreement. The contract from which insurance protection is directly derived is concluded

¹⁸⁸ J. Bigot, in: *Traité de Droit des assurances. Tome 3...*, p. 132; L. Mayaux, in: *Traité de Droit des assurances. Tome 4...*, p. 666.

¹⁸⁹ L. Mayaux, note sous Cass. 2ème Ch. civ., 8 juillet 2010, no 09-16417, "Revue générale du droit des assurances 2010, no 4, p. 1090.

¹⁹⁰ L. Mayaux: *La nature juridique...*, p. 64.

¹⁹¹ Otherwise in P.G. Marly: *Droit des assurances*. Paris 2013, p. 285.

between a group member and the insurer. The group member takes the role of both the policyholder and the insured party.¹⁹² On the other hand, proper group insurance (*echte Gruppenversicherung*)¹⁹³ is a construction in which the group organiser is at the same time the policyholder, and the insured parties within the group are not parties to the agreement concluded with the insurer. However, proper group insurance contracts do not form a uniform category. One can differentiate between their two forms.

The first one is automatic group insurance of a variable circle of persons (*automatische Gruppenversicherung eines wechselnden Personenkreises*). In principle, all members of one group at a given time will be covered by insurance protection against a specific risk without the need to take any independent action. Under this construction, the group is insured in its constantly variable composition.¹⁹⁴ Therefore, persons who accede to the group specified in the agreement, automatically and without the need to take any action, obtain insurance protection, which they automatically forfeit upon leaving the group. The members covered by a group insurance contract who accede to the contract at a later date are automatically covered by the insurance protection as of the time when they become a part of the group (join the group).¹⁹⁵ The discussed formula of group insurance is compared in German literature to the construction of so-called current insurance (*laufende Versicherungen*) governed by the provision of § 53 VVG. The essence of such insurance boils down to the fact that on the date of conclusion of the agreement, the insurance interest is specified only generally, and the specific risk is covered by the protection only upon its emergence.¹⁹⁶

The other form of group insurance distinguished in German literature is group insurance of a variable circle of persons with declarations of accession (*Gruppenversicherung eines wechselnden Personenkreises mit rechtsbegründende Anmeldung*). The essence of this insurance type boils down to the fact that after the conclusion of the insurance contract it is possible for a new group member to make a declaration of accession. The person interested in being afforded insurance protection submits

¹⁹² F. Herdter: *Der Gruppenversicherungsvertrag...*, p. 14.

¹⁹³ This terminology was coined by H. Millauer: *Rechtsgrundsätze...*, pp. 107 ff.

¹⁹⁴ H. Millauer: *Der Gruppenversicherungsvertrag...*, p. 19.

¹⁹⁵ F. Herdter: *Der Gruppenversicherungsvertrag...*, p. 23.

¹⁹⁶ This type of insurance contract is characteristic of transport insurance and such types of business activities in which both the number and value of goods are subject to constant fluctuation. More in H. Weigel: *Niemiecka ustawa o umowie ubezpieczenia — Versicherungsvertragsgesetz (VVG) — nowe rozwiązania*. "Rozprawy Ubezpieczeniowe" 2008, No. 2, p. 110.

a declaration of accession to the insurer. This act enables the insurance protection to emerge. The group covered by such protection is not closed as on the date of concluding the insurance contract, but it is possible to accede to and leave the group in case of respectively: acquisition or loss of the properties delimitating the circle of persons belonging to the group of insured parties.¹⁹⁷

Having regard to the two forms of proper group insurance, as discussed above, one should bear in mind that there are far-reaching differences between this construction and the French model of insurance with compulsory accession when it comes to proper group insurance with automatic accession.

In reference to the discussed constructions, H. Millauer, as the first author in the German doctrine, formulated a definition of group insurance according to which it is a uniform insurance contract covering a group of people to which, in any case, an individual group member belongs either automatically or by accession, but only jointly with the group to which he belongs; under this agreement, the entire group or a single insured party enjoy the same protection against the same risk concerning all the group members subject to the condition that the insurance benefit is paid separately to each insured person within the group.¹⁹⁸

X. Conclusions

A special manifestation of the tendency for the unification of international contract law are the model rules on the insurance contract, better known as the Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), developed by the members of the Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law.¹⁹⁹ As a part of the project, which initially was a typically academic undertaking, an effort was made to create uniform rules on the insurance contract which would make a set of solutions positively evaluated by the representatives of legal science and market participants. It was intended to reach that objective taking

¹⁹⁷ More in F. Herdter: *Der Gruppenversicherungsvertrag...*, pp. 24–25.

¹⁹⁸ So writes H. Millauer: *Rechtsgrundsätze der Gruppenversicherung*, Karlsruhe 1966, p. 13.

¹⁹⁹ M. Lakhan, H. Heiss: *An Optional Instrument for European Insurance Contract Law*. “Utrecht Journal of International and European Law” 2010, vol. 71, part 27, pp. 1–11.

into account the conclusions following from comparative law analysis. Because of the supranational character of the prepared rules, precedence in interpretation of its provisions was afforded to the conception of autonomous construction.²⁰⁰

In 2016, the full text of the PEICL was published together with commentary.²⁰¹ The original version of the PEICL did not contain the provisions on group insurance.²⁰²

As the works progressed, the authors of the PEICL eventually decided to introduce a definition of the group insurance contract which — beside the definition of “insurance contract,” “damage insurance” and “fixed-sum insurance” — was covered by the provision of Art. 1:201, in paragraph (7) of that provision. It was concluded that group insurance contracts are based on the agreement between the insurer and the group organiser concluded for the benefit of the insured parties who have a common connection with the organiser and meet the requirements set forth in such agreement. So determined circle of the insured parties is referred to as “group.” At the same time, the definition expressly mentions the possibility of obtaining protection by members of the insured party’s family under the group insurance contract.

Researchers from the Restatement Group opted as well for sanctioning the distinction between insurance with compulsory accession (*accessory group insurance*) and insurance with voluntary accession (*elective group insurance*). The first of these concepts is defined as group insurance in which the existence of insurance protection is a consequence of belonging to a given group. The insured party may not withdraw from the insurance coverage. The second category, on the other hand, refers to situations in which accession to a group insurance is a consequence of submitting to the insurer a notice of intention to join the circle of insured parties or absence of refusal to accede to the insurance.²⁰³

In the provision of Art. 1:201 PEICL, containing a dictionary of terms used in the PEICL, the authors additionally introduced definitions

²⁰⁰ D. Fuchs: *Insurance Restatement jako europejski instrument opcjonalny służący regulacji umów ubezpieczenia*. “RU” 2010, No. 9, p. 132; D. Fuchs: *Status ubezpieczonego według rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 — wnioski de lege ferenda dla prawodawcy polskiego*, “EPS” 2012, No. 5, p. 27.

²⁰¹ J. Basedow, J. Birds, M. Clarke, H. Cousy, H. Heiss, L. Loacker: *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*. 2nd expanded ed. Köln 2016. The text was published on the website: <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement/sprachfassungen/peicl-en.pdf>.

²⁰² Ch. Armbrüster: *KPEICL — The Project of a European Insurance Contract Law*. “Connecticut Insurance Law Journal” 2013, vol. 20, p. 150.

²⁰³ More on the considered conceptions of the group insurance contract in M. Fras: *Umowa ubezpieczenia grupowego. Aspekty prawne*. Warszawa 2015, pp. 400—402.

of the group insurance contract (Art. 1:201 item 7), group insurance with compulsory accession (*accessory group insurance*) (Art. 1:201 item 8) and group insurance with voluntary accession (*elective group insurance*) (Art. 1:201 item 9).

At the same time, the authors of the PEICL decided to refer to the person entering into the group insurance contract with the insurer as “group organiser.” This term applies regardless of the compulsory or voluntary nature of accession to the group insurance contract. However, the authors did not decide to define that concept under Art. 1:202, which determines the meaning of such terms as “insured” (Art. 1:202 item 1) or “insurance agent” (Art. 1:202 item 5). It must be noted that the authors of the instrument use of the term “group organiser” inconsistently. As a part of the provisions on group insurance contracts, they also make references to the “policyholder” (Art. 18:204 item 2). It seems, however, that the distinction is unintentional and the terms “group organiser” and “policyholder” can be used interchangeably for the purposes of the discussed rules.

There are essential structural differences between insurance contracts to which accession is compulsory and insurance contracts to which accession is voluntary. The insurance contract with compulsory accession (*accessory group insurance*) is an insurance contract *sensu stricto*. It is on its basis that individual insured parties obtain insurance protection. However, direct application of the PEICL provisions could result in numerous doubts on account of the special character of group insurance. The authors of the PEICL seem to share such fears. Under the rule expressed Art. 18:201 PEICL, provisions of the PEICL apply only appropriately to insurance contracts with compulsory accession (*accessory group insurance*).

Economic law analysis implements a research program whose essence was aptly summed up by Gary Backer, one of the leading representatives of the so-called Chicago School, in the title of his Nobel-winning: *The Economic Way of Looking at Life*²⁰⁴. This program assumes that the method of economic analysis may be applied to a full spectrum of social phenomena. This is the case since individuals consequently act in a rational way — driven by an urge to maximise their welfare, wherein that welfare may be understood subjectively. The assumption of individual rationality, in turn, allows to adopt a common methodological basis for social sciences.²⁰⁵

²⁰⁴ G. Becker: *The Economic Way of Looking at Life*. In: *Nobel Lectures, Economics 1991-1995*. Ed. T. Persson. World Scientific Co. Singapore, 1997. Available online at the address: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1992/becker-lecture.html.

²⁰⁵ *Ibidem*, especially pp. 38 and 52.

Therefore, it is possible and desired to apply research tools (quantitative methods, models of market behaviour, etc.) and the conceptual apparatus of microeconomics to the research of law and its evaluation from the point of view of such criteria as utility maximisation, market equilibrium or efficiency.²⁰⁶ Moreover, economic law analysis assumes that the supreme value cherished by legislation should be economic efficiency.²⁰⁷

Economic analysis of law, which may be found in insurance regulations in the form of an obligation to assess the effects of such regulations, calls in the first place for a review of the quantitative and qualitative significance of group insurance contracts for the insurance market.

It is necessary to track down the reasons behind the popularity of group insurance contracts with a view to identifying the nature of that insurance product and its legal construction. Group insurance is not a simple aggregate of individual insurance contracts. It belongs to a wider category of collective insurance. The essence of group insurance is that it may cover multiple persons belonging to a group identified according to specific criteria, though not necessarily all such persons, and the premium does not have to be paid by the policyholder, so that one contract gives rise to a number of insurance relationships. The differences between group insurance contracts and individual insurance contracts are:

- economic purpose;
- insurable interest (who is interested in insurance protection), which may be very diversified and, consequently, may refer to interests of the policyholder, the insured party and the policy holder, or the insured party;
- sometimes, the sole reason for the conclusion of a group insurance contract is organisational facility;
- type of the benefit rendered to the person covered by insurance protection;
- method of calculating the risk, depending on whether it takes into account individual characteristics of a specific person or features of an abstract group member.

²⁰⁶ R. Cooter, T. Ulen: *Law and Economics*. 6th ed. London 2014, pp. 17–54. For more on economic law analysis in Polish literature, see: R. Stroiński: *Wprowadzenie do ekonomicznej analizy prawa law and economics*). In: *Ekonomia dla prawników i nie tylko*. Eds. M. Bednarski, J. Wilkin. Warszawa 2003; R. Stroiński: *Ekonomiczna analiza prawa, czyli w poszukiwaniu efektywności*. “Kwartalnik Prawa Prywatnego” 3 (2002); J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski: *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*. Warszawa 2007, pp. 20 ff.

²⁰⁷ R. Cooter, T. Ulen: *Law and Economics...*, pp. 7–9. For more on the concept of efficiency in economic law analysis, see. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski: *Dziesięć wykładów...*, pp. 25 ff.

References

- Alter C., Bar S.: *Les effects du contrat*, Waterloo 2000.
- Armbruester Ch.: *PEICL — The Project of a European Insurance Contract Law*. Connecticut Insurance Law Journal” 2013, vol. 20.
- Atamer K.: *New Turkish Insurance Contract Law*, p. 5, available online at: <http://www.aida.org.uk/pdf/Turkish%20Insurance%20Contract%20Law.pdf> (accessed: 8.07.2015).
- Barthélemy J.: *Évolution du droit social: une tendance à la contractualisation mais un rôle accru des droits fondamentaux du travailleur*. Paris 2009.
- Basedow J., Birds J., Clarke M., Cousy H., Heiss H., Loacker L.: *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*. 2nd expanded ed. Köln 2016. The text was published on the website: <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement/sprachfassungen/peicl-en.pdf>.
- Berdot F.: *L'assurance de groupe après les réformes législatives du 31 décembre 1989*. “Revue générale des assurances terrestres” 1990.
- Bigot J. (ed.): *Traité de Droit des assurances. Tome 4. Les assurances de personnes*. Paris 2007.
- Bigot-Gonçalves M.: *Les assurances de groupe*. Aix-en-Provence 2009.
- Beaugendre S.: *Contrat d'assistance et activité d'assurance*. Paris 2000.
- Boumédiène M.: *La place de la loi et du contrat dans la garantie du droit à la protection sociale de 1945 à nos jours*, vol. 2. Paris 2003.
- Boulay-Paty P.S.: *Traité des Assurances et des Contrats à la Grosse D'Éméri-gon*, vol. 1. Paris 1827.
- Bourdon V.: *La distribution de l'assurance par les associations, contribution à l'étude des assurances collectives*. Paris 2002.
- Courtieu G.: *Assurance des emprunteurs. Garanties collectives et situations personnelles*. Responsabilité civile et assurance 2009.
- Cooter R., Ulen T.: *Law and Economics*. 6th ed. London 2014.
- Demarle M.: *Le notariat de la prévoyance*. Paris 1959.
- Demay de Goustine P.: *Les problèmes juridiques de l'assurance de groupe*. Paris 1977.
- Dmochowski S.: *Ubezpieczenia majątkowe i osobowe ludności*. Warszawa 1975.
- Doan O. (ed.): *Ubezpieczenia życiowe*. Warszawa 1995.
- Domagała M.: *Zakres i tendencje rozwojowe ubezpieczeń następstw nieszczęśliwych wypadków*. „SU” 1975, vol. II.
- Fabre A., Lefresne F., Tuchsirer C.: *L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail. Une tentative d'évaluation*. “Revue de l'OFCE” 2008, vol. 4, n° 107.
- Fontaine M., Ghestin J. (eds.): *Les effets du contrat à l'égard des tiers*. Paris 1992.
- Fras M.: *Umowa ubezpieczenia grupowego. Aspekty prawne*. Warszawa 2015.
- Fuchs D.: *Insurance Restatement jako europejski instrument opcjonalny służący regulacji umów ubezpieczenia*. „RU” 2010, No. 9.

- Fuchs D.: *Status ubezpieczonego według rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 — wnioski de lege ferenda dla prawodawcy polskiego*. „EPS” 2012, No. 5.
- Ghestin J., Jamin C., Billiau M.: *Traité de droit civil, Les effets du contrat*. 3e éd. Paris 2001.
- Goldie-Genicon C.: *L'assurance de groupe à l'épreuve de la législation sur les clauses abusives*. “RD” 2008.
- Grau J.B., Chiner N.L., Iglesia J.O.: *Insurance law in Spain*. Wolters Kluwer 2014.
- Groutel H. (ed.): *Traité du contrat d'assurance terrestre*. Paris 2008.
- Grynbaum L. (ed.): *Assurances 2013—2014. Acteurs, contrat, risques des consommateurs, risques des entreprises*. Paris 2012.
- Grzybowski S. (ed.): *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, vol. 3, part 2. Ossolineum 1976.
- Handschke J., Kęszycka B., Kowalewski E.: *Problematyka grupowych ubezpieczeń na życie w świetle znowelizowanych przepisów k.c. o umowie ubezpieczenia. Spór o intencje ustawodawcy*. „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2007, No. 7—8.
- Heiss H.: *Proportionality in the new German insurance contract act 2008*. “Erasmus Law Review” 2012, vol. 5.
- Heiss H.: *Report of the Commission's Expert Group on European Insurance Contract Law. Part II. Differences in Insurance Contract Laws and Existing EU Legal Framework*, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/expert_groups/report_on_section_2_final_en.pdf.
- Henry X. (ed.): *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation. Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*. Nancy 2009.
- Herdter F.: *Der Gruppenversicherungsvertrag: Grundlagen und ausgewählte Problemfelder*. Karlsruhe 2010.
- Hjalmarsson J.: *The Swedish Insurance Contract Act 2005 — an overview*. “Nordisk forsikringstidsskrift” 2008, no. 1, pp. 91—92.
- Kaufmann S. H.: *Governance of occupational pensions in Europe: guaranteed security?* Heidelberg 2011.
- Koch R.: *Insurance Law in Germany*. Wolters Kluwer 2018.
- Kook H.: *Der Gruppenvertrag in der Kollektivlebensversicherung*. Berlin 1939.
- Kowalewski E.: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*. Bydgoszcz—Toruń 2006.
- Kowalewski E. (ed.): *O potrzebie polskiego kodeksu ubezpieczeń*. Toruń 2009.
- Kowalewski E. (ed.): *Ubezpieczenia grupowe na życie a prawo zamówień publicznych*. Toruń 2011.
- Kowalewski E., Wałachowska M.: *Nieadekwatność prawa zamówień publicznych do grupowych ubezpieczeń na życie — potrzeba nowych uregulowań prawnych*. „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2010, No. 3, pp. 35—36.
- Kubiak A.M.: *Umowa ubezpieczenia ubezpieczenia na rzecz osoby trzeciej i na cudzy rachunek*. Bydgoszcz—Poznań 2008.
- Kucharski B.: *Przeniesienie praw z umowy ubezpieczenia*. Warszawa 2010.
- Kullmann J.: *Clauses abusives et contrat d'assurance*. “Revue générale du droit des assurances” 1996.

- Kullmann J.: *Les mécanismes juridiques fondamentaux des assurances collectives*. “Revue générale du droit des assurances” 1998, n° 3.
- Magnusson R.: *Gruppenversicherung, insbesondere in der Lebensversicherung in Möller, Winter, Materialien des zweiten Weltkongresses für Versicherungsrecht der internationalen Vereinigung für Versicherungsrecht*, Band 5. Karlsruhe 1967.
- Manes A.: *Versicherungs-Lexikon*. Berlin 1924.
- Mayaux L.: *Les grandes questions du droit des assurances*. Paris 2011.
- Millauer H.: *Rechtsgrundsätze der Gruppenversicherung*. Karlsruhe 1966.
- Montcharmont H.: *L'assurance pour compte en matière terrestre*. Paris 1931.
- Mousseron J.M.: *Technique contractuelle*. Paris 1999.
- Nicolas V.: *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*. Paris 1996.
- Lakhan M., Heiss H.: *An Optional Instrument for European Insurance Contract Law*, *Utrecht Journal of International and European Law* 2010, vol. 71, part 27.
- Lambert-Faivre Y., Leveneur L.: *Droit des assurances*. Paris 2011.
- Lamens A.: *Les assurances de l'entreprise*. Bruxelles 1994.
- Landel J.: *L'assurance de groupe à la lumière de la jurisprudence récente*. “Revue générale des assurances terrestres” 1993, pp. 9—10.
- Landel J.: *Les mécanismes juridiques de l'assurance de groupe*. Ass. Fr. 1983.
- Lefebvre L., le Guilcher E.: *L'ambigu statut des courtiers grossistes*. “Lamy Assurances” 2012, no. 198.
- Larroumet C.: *Les obligations, Le contrat*. 2e partie, Effets, 6e éd., Paris 2007.
- Loacker L.D.: *Informed Insurance Choice?: The Insurers Pre-Contractual Information Duties in General Consumer Insurance*. Cheltenham 2015.
- Łyskawa K.: *Grupowe ubezpieczenia na życie z funduszem kapitałowym w systemie zabezpieczenia emerytalnego w Polsce*. Warszawa 2007
- Orlicki M.: *O pojęciu „grupy” w ubezpieczeniach grupowych*. „Prawo Asekuracyjne” 2014, No. 1
- Orlicki M., Pokrzywniak J.: *Umowa ubezpieczenia. Komentarz do nowelizacji kodeksu cywilnego*, Warszawa 2008.
- Paris C., Dubuisson B. (eds.): *Actualités en droit des assurances*. Liège 2008.
- Persson T. (ed.): *Nobel Lectures, Economics 1991—1995*. World Scientific Co. Singapore, 1997. Available at the address: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1992/becker-lecture.html.
- Picard M., Besson A.: *Les Assurances terrestres en droit français. Le contrat d'assurance*, vol. 1. Paris 1975.
- Pastre-Boyer A.L.: *L'acte juridique collectif en droit privé français*. Aix-en-Provence 2006.
- Pauffin de Saint Morel M.: *L'assurance de groupe*. Paris 1977.
- Ponge J.C.: *Les sanctions en droit des assurances*. Paris 2010.
- Rapport annuel de la Cour de cassation*. Paris 1986.
- Rapport Annuel 2009. Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*. Paris 2009.

- Rigaud D., Baron P., Pignaud X.: *Le prévoyance collective des salariés et la loi Evin*. "Droit social" 2009.
- Rogge J. (ed.): *Liber Amicorum René Van Gompel*. Diegem 1998.
- Rogge J., Regout M., Longfils F. (eds.): *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*. Louvain-la-Neuve 2008.
- Roueil E.: *Essai sur le contrat d'assurance collective*. Orléan 1998.
- Saint-Hilaire P.D.: *Le tiers à l'acte juridique*. Paris 2000.
- Sargos G.: *Le contrat d'assurance de personnes et ses trois principaux codes: analyse comparative et prospective*. Paris 2012.
- Schwartz B. (ed.): *The Code Napoleon and the Common-Law World*. New Jersey 1998.
- Serwach M., Kliszczyk J.: *Grupowe ubezpieczenie na życie w świetle prawa, doktryny i praktyki ubezpieczeniowej*. „Prawo Asekuracyjne” 2010, No. 2.
- Stelmach J., Brożek B., Załuski W.: *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*. Warszawa 2007.
- Stroiński E.: *Ubezpieczenia na życie. Teoria i praktyka*. Warszawa 2003.
- Szczepańska M.: *Ubezpieczenia na życie. Aspekty prawne*. Warszawa 2008.
- Szymański Z.: *Ubezpieczenia następstw nieszczęśliwych wypadków*. Warszawa 1980.
- Tauran T.: *Les Assurances*. Paris 2004.
- Weigel H.: *Niemiecka ustawa o umowie ubezpieczenia — Versicherungsvertragsgesetz (VVG) — nowe rozwiązania*. Rozprawy Ubezpieczeniowe 2008, No. 2.
- Warkało W.: *Prawo ubezpieczeniowe. Zarys wykładu i materiały normatywne*. Warszawa 1974.
- Wąsiewicz A. (ed.): *Ubezpieczenia w gospodarce rynkowej*, vol. 1. Bydgoszcz 1994.
- Wieser A.: *Gruppenversicherungen*. Wien 2006.
- Wójtowicz E.: *Kontrola klauzul abuzywnych w prawie francuskim na przykładzie umowy ubezpieczenia*. „Rozprawy Ubezpieczeniowe” 2011, No. 11.



Agata Koziół^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0002-0062-9429>

Rozgraniczenie statutu rzeczowego i kontraktowego przy poszukiwaniu prawa właściwego do oceny zastrzeżenia prawa własności

Abstract: Retention of title as a security on tangible assets is well known in many legal systems. It enables to strengthen the position of the seller in such a contract of sale in which the payment of the price is agreed to be done later than the handing over the good. This instrument disturbs the traditional model of sale in two ways. Firstly, the conclusion of the contract is not directly followed — which takes usually place — by the performance of the obligation to transfer the property. Secondly, the right of property receives in that way a new role to play — it becomes a security right, guarantying the pecuniary claim of the seller and ceases the function of the principal right.

In order to find the law applicable to the retention of title, its different aspects — contractual and real — should be qualified according to their nature. These aspects should be treated separately and be assessed according to the proper legal system. For example, the law applicable to contractual assets of retention of title defines if such belated transfer of ownership affects any general rights and obligations of parties, such as the right to receive benefits from the asset or to bear costs of its maintenance. On the other hand, the law of actual location of the asset as a law applicable to real aspects of the retention of title defines the nature of the element disturbing the transfer of ownership and the scope of rights of the seller towards charged good as its owner.

Keywords: retention of title, retention of ownership, transfer of property, international interests in movables, private international law, law applicable to security rights in movables, international trade law

^{a)} Dr, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

1. Uwagi wstępne

Zastrzeżenie prawa własności jest znane wielu systemom prawnym jako instrument pozwalający wzmocnić pozycję sprzedawcy w przypadku sprzedaży dokonywanej z odroczonym terminem płatności, a więc w tych przypadkach, gdy wzajemne świadczenie kupującego ma nastąpić w określonym w umowie terminie po wydaniu mu rzeczy¹. Obok przewłaszczenia na zabezpieczenie (dopuszczalnego w mniejszej liczbie prawodawstw), *pactum reservati domini* stanowi jedną z postaci zabezpieczenia wierzytelności, których istotą jest wykorzystanie w tym celu prawa własności, bez uciekania się do tworzenia odrębnego prawa o charakterze rzeczowym lub obligacyjnym. Podkreśla się przy tym, że będąc zabezpieczeniem tzw. kredytu kupieckiego zastrzeżenie prawa własności nie tyle służy zagwarantowaniu sprzedawcy szczególnej, uprzywilejowanej pozycji, ile ma na celu przywrócenie równowagi stron umowy wzajemnej w sytuacji, gdy strony postanowiły o niejednoczesnym spełnieniu swoich podstawowych świadczeń definiujących umowę sprzedaży². Omawiana konstrukcja prawna wprowadza więc do umowy sprzedaży zależność między zapłatą ceny a przeniesieniem prawa własności (lub też zależność między wynikającym z umowy sprzedaży obowiązkiem zapłaty ceny a prawnorzeczowym skutkiem umowy rozporządzającej — w sytuacji, gdy umowa obligacyjna zgodnie z prawem właściwym nie rodzi podwójnego skutku), która nie powstaje w pozostałych przypadkach sprzedaży. Tym samym stanowiące *essentialia negotii* zobowiązania stron do zapłaty ceny oraz przeniesienia prawa własności stanowią narzędzie, pozwalające zbudować zabezpieczający interesy stron mechanizm gwarancyjny, którego specyfika, polegająca na zablokowaniu przeniesienia prawa własności, nie leży w szczególnych obowiązkach stron lub w nadaniu im nowej treści, lecz w ich wzajemnym powiązaniu³.

Można jedynie nadmienić, że omawiany instrument kojarzyć należy przede wszystkim z rzeczami ruchomymi. Z zakresu zastosowania

¹ Zob. J. Strauch: *Der Eigentumsvorbehalt bei Warenlieferungen in das Ausland. Die Regelungen in wichtigen Exportländern*. Offenbach am Main 1997. W książce tej autor przedstawił rozwiązania blisko 100 systemów prawnych, w których funkcjonuje zastrzeżenie prawa własności. Zob. też A. von Ziegler, Ch. Debattista, O. Plégat: *Transfer of Ownership in International Trade*. The Hague 2010.

² F. Pérochon: *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*. Paris 1988, s. 4; S. Sandoz: *L'inscription du pacte de réserve de propriété: une solution „géniale” ... diabolique*. „Revue de droit Suisse” / „Zeitschrift für Schweizerisches Recht” 1987, 1, s. 543.

³ F. Pérochon: *La réserve...*, s. 29.

norm odnoszących się do zastrzeżenia prawa własności ustawodawcy lub orzecznictwo w poszczególnych systemach prawnych wyraźnie wyłączaają nieruchomości⁴.

Termin „zastrzeżenie prawa własności” jest zazwyczaj używany zarówno dla określenia porozumienia stron, którego treścią jest zablokowanie przejścia prawa własności na nabywcę aż do chwili spełnienia przesłanki, od której zależy takie przejście, jak też dla nazwania skutku takiego porozumienia. *Pactum reservati domini* w pierwszym z wyżej wskazanych znaczeń towarzyszy najczęściej umowie sprzedaży⁵, stanowiąc albo jedną z jej klauzul, albo też odrębną umowę, zawieraną z reguły w terminie późniejszym niż sprzedaż⁶. Jedynie w niektórych systemach prawnych dopuszcza się, aby sprzedawca, już po zawarciu umowy sprzedaży — o ile nie prowadzi ona do przeniesienia prawa własności — mógł poczynić stosowne zastrzeżenie w drodze jednostronnego oświadczenia woli, na przykład w chwili wydania rzeczy⁷.

W niewielu też systemach prawnych zezwala się, aby przesłanką, od której zależy przejście prawa własności ze sprzedawcy na kupującego, było spełnienie innego niż zapłata ceny świadczenia⁸. Z reguły z unormowań krajowych wynika, że do rozporządzenia dochodzi z chwilą zapłaty ceny, a w przypadku płatności dokonywanej w częściach — z chwilą zapłaty ostatniej raty. Słusznie więc zwraca się w literaturze uwagę, że w przypadku sprzedaży z zastrzeżeniem prawa własności dochodzi do zatarcia linii rozgraniczającej stosunek obligacyjny od rzeczowego, gdyż brak zapłaty ceny, stanowiący niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika, wywiera skutek w sferze prawnorzeczowej⁹.

⁴ L. Aynès, in: *Cours de droit civil*. T. 9: *Les sûretés. La publicité foncière*. Eds. P. Malaurie, L. Aynès. Paris 2000, s. 316.

⁵ Na ogół nie budzi wątpliwości możliwość posłużenia się zastrzeżeniem prawa własności w odniesieniu do innej niż sprzedaż umowy mającej na celu przeniesienie własności. W prawie polskim zob. regulacje k.c. odnoszące się do umowy dostawy, kontraktacji czy też umowy o dzieło.

⁶ W niektórych systemach prawnych wystarcza złożenie oświadczenia woli tylko przez aktualnego właściciela rzeczy (sprzedawcę).

⁷ S. Lißner, D. Zwernemann: *Eigentumsvorbehalt im internationalen Handel*. In: *Handbuch für Kaufrecht. Rechtsdurchsetzung und Zahlungssicherung im Außenhandel*. Hrsg. S.G. Häberle. München—Wien 2002, s. 299; J.W. Rutgers: *International Reservation of Title Clauses. A study of Dutch, French and German International Law in the Light of European Law*. The Hague 1999, s. 29.

⁸ K.P. Heß: *Der Eigentumsvorbehalt und die Sicherung von „all — sums — clauses” in englischen und schottischen Recht*. „Recht des Internationalen Wirtschaft” 1991, H. 9, s. 768; Ch. Kessel: *Eigentumsvorbehalt und Rezession in Grossbritannien*. „Recht des Internationalen Wirtschaft” 1991, H. 10, s. 815.

⁹ A. Kunicki: *Skutki prawne zastrzeżenia własności*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1967, z. 2, s. 32.

Zastrzeżenie prawa własności prowadzi więc do zakłócenia tradycyjnego modelu sprzedaży w dwóch aspektach¹⁰. Po pierwsze, dochodzi do rozdzielenia w czasie dwóch etapów, które w przypadku większości umów następują bezpośrednio po sobie: zawarcia umowy (połączonego często z przeniesieniem posiadania) oraz przejścia prawa własności na nabywcę¹¹. Dzieje się tak dlatego, że skutek rozporządzający sprzedażą zostaje powiązany z okolicznością faktyczną, z definicji niepewną, w postaci zapłaty ceny¹². Po drugie, prawo własności uzyskuje w ten sposób zupełnie nową funkcję, stając się zabezpieczeniem wierzytelności. Tym samym własność, definiowana we wszystkich podręcznikach prawa cywilnego jako prawo podstawowe i samoistne, przestaje być celem samym w sobie, przyjmując rolę służebną względem wierzytelności¹³. Co więcej, z punktu widzenia interesów kupującego nabycie prawa własności schodzi na dalszy plan, ustępując miejsca uzyskaniu upoważnienia do faktycznego korzystania z rzeczy. Odpowiada to funkcjonalistycznemu podejściu do instytucji prawnych, coraz częściej dominującemu w praktyce obrotu gospodarczego¹⁴.

Niemal powszechne dopuszczenie w poszczególnych systemach prawnych zastrzeżenia prawa własności, które pozwala uzależnić przeniesienie prawa własności od zapłaty ceny za nabywaną rzecz, jest jedną z przyczyn, które sprawiły, że ten rodzaj zabezpieczenia wierzytelności sprzedawcy jest dość chętnie stosowany w praktyce międzynarodowego obrotu handlowego¹⁵. Nie bez znaczenia pozostaje również znaczne odformalizowanie wymagań dotyczących skuteczności i ważności zastrzeżenia w większości prawodawstw, co wpływa na uproszczenie

¹⁰ A. Szpunar: *Zastrzeżenie własności rzeczy sprzedanej*. „Państwo i Prawo” 1993, z. 6, s. 30.

¹¹ E.M. Kieninger: *Mobiliarsicherheiten in Europäischen Binnenmarkt*. Baden-Baden 1996, s. 57; K. Naumann: *Der Eigentumsvorbehalt im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*. Frankfurt am Main—Bern—Bruxelles—New York—Oxford—Wien 2001, s. 28.

¹² Ta niepewność prowokuje niekiedy pytania o to, czy sprzedaż z zastrzeżeniem prawa własności ma wciąż charakter czynności prawnej rozporządzającej. Zob. H. Al Dabagh: *La clause de réserve de propriété dans les ventes mobilières à crédit. Étude de droit comparé français et irakien*. Aix—Marseille 2004, s. 27.

¹³ Ibidem.

¹⁴ L. Aynès, in: *Cours de droit civil...*, s. 311.

¹⁵ Ch. Bernstorff: *Der Eigentumsvorbehalt in den EG-Staaten*. „Recht der Internationalen Wirtschaft” 1993, H. 5, s. 366; I. Juvet: *Des sûretés mobilières conventionnelles en droit international privé*. Bern—Frankfurt am Main—New York—Paris 1990, s. 20; M. Schulz: *Der Eigentumsvorbehalt in europäischen Rechtsordnungen. Rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, englischen und französischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung von Erweiterungen und Verlängerungen*. Frankfurt am Main—Bern—New York—Paris—Wien 1998, s. 3.

i przyspieszenie zawierania umów sprzedaży z odroczonym terminem płatności¹⁶.

Podjęmowane dotychczas próby unifikacji materialnoprawnej regulacji zastrzeżenia prawa własności nie zakończyły się znaczącym sukcesem¹⁷. Tym większą więc rolę przy ocenie treści i skutków zastrzeżonego prawa własności odgrywają zabiegi związane z poszukiwaniem prawa

¹⁶ V. Haase: *Entwicklung der Verkäufersicherungsrechte an beweglichen Sachen in Frankreich*. Frankfurt am Main 2001, s. 45; J. Marlow, D. Weber-Rey: *Retention of title clauses in Germany*. „International Company and Commercial Law Review” 1994, no. 5, s. 234; J.W. Rutgers: *International Reservation...*, s. 2.

¹⁷ W szczególności wskazać należy na wypracowaną pod auspicjami UNIDROIT Konwencję o międzynarodowych zabezpieczeniach na wyposażeniu ruchomym z 2001 r. wraz z towarzyszącymi jej Protokołami. Zob. m.in.: Ch. Chinkin, C. Kessedjian: *The legal relationship between the proposed UNIDROIT Convention and its equipment — specific Protocols*. „Revue de droit uniforme”, „Uniform Law Review” 1999, 2, s. 3 i n.; B. Foëx: *La réserve de propriété dans l'avant — projet de Convention d'UNIDROIT: un point de vue suisse*. „Revue de droit uniforme”, „Uniform Law Review” 1999, 2, s. 413 i n.; S. Gopalan: *Securing Mobile Assets: The Cape Town Convention and Its Aircraft Protocol*. „North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation” 2003, vol. 29, s. 71 i n.; R. Goode: *A Credit Law for Europe?* „International and Comparative Law Quarterly” 1974, vol. 23, s. 227; Idem: *The preliminary draft UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment: the next stage*, *Revue de droit uniforme*. „Uniform Law Review” 1999, no. 2, s. 209 i n.; Idem: *The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset — Based Financing*. „Revue de droit uniforme”, „Uniform Law Review” 2002, 1, s. 3 i n.; D.A. Panahy, R. Mittal: *The prospective UNIDROIT Convention on international interests in mobile equipment as applied to space property*. „Revue de droit uniforme”, „Uniform Law Review” 1999, 2, s. 304 i n.; H. Rosen: *Creating an international security structure for railway rolling stock: an idea ahead of its time?* „Revue de droit uniforme”, „Uniform Law Review” 1999, 2, s. 316 i n.

Z perspektywy Unii Europejskiej (wcześniej: Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej) najistotniejsze w tej mierze znaczenie miały inicjatywy podejmowane przy opracowywaniu projektów dyrektyw o uznawaniu nieposesoryjnych zabezpieczeń na rzeczach ruchomych i klauzul skutkujących zastrzeżeniem prawa własności w przypadku sprzedaży rzeczy ruchomych z 1973 r. (prace nad projektem zarzucono z uwagi na zbyt duże rozbieżności w odniesieniu do systemu rejestracji zabezpieczeń) oraz dyrektywy 2000/35/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 czerwca 2000 r. o zwalczaniu opóźnień w transakcjach handlowych.

Zob. m.in.: R. Goode, U. Drobnig: *Security for Payment in Export and Import Transactions*. In: *Commercial Operations in Europe*. Eds. K. Simmonds, R. Goode. London 1978, s. 339 i n.; E.M. Kieninger, in: *Security Rights in Movable Property in European Private Law*. Ed. E.M. Kieninger. Cambridge 2004, s. 22; T.M. Margellos: *La protection du vendeur à crédit des objets mobilières à travers la clause de réserve de propriété (Etude de droit comparé)*. Paris 1989, s. 21; C. Mik, E. Wojtaszek-Mik: *Zwalczanie opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych w świetle dyrektywy 2000/35/WE i prawa polskiego*. „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2000, z. 3, s. 228 i n.; J. Milo: *Retention of Title in European Business Transactions*. „Washburn Law Journal” 2003, vol. 3, s. 123 i n.

właściwego. Wynika to stąd, że niezależnie od tego, iż *pactum reservati domini* jest zabezpieczeniem znanym większości systemów prawnych spotykane regulacje, a także praktyka stosowania przepisów normujących omawiane zabezpieczenie różnią się od siebie, niekiedy w dość znacznym stopniu. Różnice te powodują, że zastrzeżenie prawa własności stosowane w zagranicznym obrocie handlowym bardzo często staje się źródłem całego wachlarza trudności kolizyjnoprawnych. Niniejsza wypowiedź poświęcona jest zasygnalizowaniu jedynie niektórych z nich.

2. Trudności kwalifikacyjne ujawniające się przy kolizyjnoprawnej ocenie zastrzeżenia prawa własności

Próba odszukania prawa, które mogłoby objąć swą właściwością omawianą konstrukcję prawną, w pełni ujawnia znaczenie kwalifikacji rozgraniczającej¹⁸, służącej przeprowadzeniu linii demarkacyjnej pomiędzy zakresami miarodajnych norm kolizyjnych i wyznaczonych nimi statutów. Kolizyjnoprawna ocena zastrzeżenia prawa własności jako instrumentu sprzężonego z obligacyjnymi obowiązkami stron umowy sprzedaży, oddziałującego przy tym na najbardziej klasyczny skutek¹⁹ prawnorzeczowy tej umowy w postaci przeniesienia prawa własności, wymaga dokonania zabiegu pozwalającego oddzielić od siebie te elementy analizowanego stosunku prawnego, które powinny być poddane, zgodnie ze swą naturą, prawu właściwemu do oceny podmiotowych praw rzeczowych, od tych komponentów zastrzeżenia, które podlegają systemowi prawnemu adekwatnemu z punktu widzenia praw i obowiązków obligacyjnych. Nie sposób też nie wspomnieć, że w drodze kwalifikacji rozgraniczającej podlegają wyodrębnieniu (i poddaniu oddzielnie wskazanemu prawu właściwemu) również kwestie cząstkowe w postaci formy umowy oraz zdolności stron²⁰. Należy

¹⁸ Na temat kwalifikacji por. m.in. M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2017, s. 76 i n.; Idem, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014, s. 303 i n., w tym uwagi odnoszące się do kwalifikacji rozgraniczającej na s. 318—323.

¹⁹ Należałoby podkreślić, że chodzi zarówno o prawnorzeczowy skutek umowy obligacyjnej w systemie prawnym hołdującym zasadzie podwójnego skutku umów zobowiązujących do dokonania rozporządzenia, jak i o odrębną umowę prawa rzeczowego wzorem niemieckiego BGB.

²⁰ D. Looschelders: *Internationales Privatrecht. Art. 3—46 EGBGB*. Berlin—Heidelberg 2004, s. 33.

także liczyć się z ingerencją prawa występującego w roli statutu majątkowych stosunków małżeńskich oraz statutu małżeńskiej umowy majątkowej, ustalonych na podstawie art. 51 p.p.m. lub art. 52 p.p.m. (wraz z ewentualną korektą wynikającą z art. 53 p.p.m.²¹) w tych przypadkach, gdy co najmniej jeden z kontrahentów jest osobą fizyczną pozostającą w związku małżeńskim. Dalsze komplikacje mogą wynikać z ogłoszenia upadłości jednej ze stron umowy sprzedaży lub poddania się przez nią innego rodzaju procedurze, pozwalającej uzyskać ochronę przed wierzycielami. Wówczas wynikające z siły ciężenia statutu upadłościowego modyfikacje w ocenie ustanowionego zabezpieczenia mogą dotyczyć w szczególności dopuszczalności i sposobu realizacji tego ostatniego. Nie jest też możliwe pominięcie prawa właściwego do oceny zabezpieczonej wiarytelności, które może m.in. oddziaływać zarówno na powstanie, jak i trwanie zabezpieczenia.

Kwalifikacja zastrzeżenia prawa własności nie jest więc zadaniem łatwym²². Szczególną uwagę poświęcić należy zabiegom zmierzającym do odgraniczenia statutu rzeczowego od statutu obligacyjnego²³. Konieczność taka wynika z tego, że — co już wspomniano powyżej — zarówno merytoryczne regulacje, jak i praktyka stosowania zastrzeżenia prawa własności w poszczególnych państwach charakteryzują się tym, że sfera praworzeczowa i obligacyjna oddziałują na siebie w znacznym stopniu, wzajemnie się zaszczepiają²⁴. Okoliczność, że zastrzeżenie prawa własności zazwyczaj towarzyszy umowie zobowiązaniowej²⁵ skutkuje komplikacjami w obrębie prawa prywatnego międzynarodowego, rodząc pytania

²¹ Na temat sposobu działania art. 53 p.p.m. i wprowadzonej przez tę normę korekty w zakresie zaciągania i wykonywania zobowiązań przez małżonka zob. m.in. A. Koziół, J. Zralek, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20C: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2015 oraz *Idem*, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2018.

²² Y. Loussouarn: *Les conflits de lois en matière de réserve de propriété*. In: *Études offertes à Roger Houin. Problèmes d'actualité posés par les entreprises*. Paris 1985, s. 275; *Eadem*: *Les conflits de lois en matière de réserve de propriété. Travaux du comité français de droit international privé. Séance du 18 mai 1983 sous présidence de Henri Batiffol*. In: *Droit International Privé, Années 1982—1983*. Paris 1986, s. 91; P. Meyer: *Les conflits de lois en matière de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980*. La semaine juridique, Edition générale. Paris 1986, s. 6.

²³ A. Bonomi: *Der Eigentumsvorbehalt in Österreich und Italien unter Berücksichtigung anderer europäischer Rechtssysteme. Eine rechtvergleichende und kollisionsrechtliche Untersuchung*. Berlin 1993, s. 30; K. Naumann: *Der Eigentumsvorbehalt...*, s. 169.

²⁴ V. Haase: *Entwicklung der Verkäufersicherungsrechte an beweglichen Sachen in Frankreich*. Frankfurt am Main 2001, s. 12.

²⁵ Pomijam tu przypadek, gdy do zastrzeżenia prawa własności dochodzi w umowie rozporządzającej, zawieranej w wykonaniu istniejącego zobowiązania do przeniesienia prawa własności.

o naturę prawną określonego uprawnienia lub obowiązku wynikającego z umowy bądź zastrzeżenia, a w konsekwencji o poddanie oceny tegoż uprawnienia lub obowiązku miarodajnemu statutowi. Jeszcze trudniej o rozstrzygnięcie w tych sytuacjach, gdy strony dokonały zastrzeżenia prawa własności wywierającego skutek jedynie *inter partes*²⁶.

Mimo wspomnianych trudności, nie należy lekceważyć doniosłości prawidłowo przeprowadzonego rozgraniczenia zakresów konkurujących z sobą statutów. Można przypomnieć, że w prawie prywatnym międzynarodowym czyni się wyraźne rozróżnienie pomiędzy sferą praw rzeczowych a sferą zobowiązań, ustanawiając odrębne normy kolizyjne, oparte na różnych kryteriach determinujących poszukiwanie prawa właściwego²⁷. Dość wspomnieć, że w obrębie stosunków zobowiązaniowych pierwszoplanową rolę odgrywa zasada swobody kontraktujących stron, wyrażająca się najdobitniej w możliwości dokonania wyboru prawa, które ma być właściwe do oceny mającego powstać lub już istniejącego stosunku prawnego. Odnośnie do statutu rzeczowego można jedynie wspomnieć, że we wszystkich systemach prawnych pierwszoplanową rolę odgrywa kryterium miejsca położenia rzeczy²⁸. Należy też zauważyć, że statuty zobowiązaniowy i rzeczowy mogą, w zależności od konkretnej sytuacji, oznaczać jeden i ten sam porządek prawny albo dwa różne systemy prawne²⁹.

3. Odgraniczenie statutu rzeczowego od statutu obligacyjnego przy ocenie poszczególnych aspektów zastrzeżenia prawa własności

Zakwalifikowanie poszczególnych elementów zastrzeżenia prawa własności do zakresu statutu rzeczowego bądź obligacyjnego wciąż budzi немало wątpliwości w literaturze przedmiotu. Dające się uchwycić

²⁶ Tego rodzaju skutki może wywierać zastrzeżenie prawa własności, np. zgodnie z prawem włoskim lub polskim, w przypadku gdy strony nie zachowały wymaganej dla skuteczności *erga omnes* formy (wł. *data certa*, forma pisemna z datą pewną).

²⁷ E. Drozd: *Nabywanie i utrata praw rzeczowych na rzeczy ruchomej w prawie prywatnym międzynarodowym (wpływ zmiany miejsca położenia rzeczy na właściwość prawa)*. Kraków 1977, s. 109.

²⁸ J. Górecki, w: *Komentarz do art. 41. W: Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan [2018], s. 375 i n.

²⁹ J. Kosik: *Zagadnienia prawa rzeczowego w prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r.* Warszawa—Wrocław 1967, s. 91.

przy porównaniu poszczególnych wypowiedzi różnice mają najczęściej swe źródło w tradycji prawniczej, w której zakorzenione są poglądy osoby dokonującej oceny³⁰. Wydaje się jednak uzasadnione przyjęcie jako zasady demarkacyjnej stwierdzenia, że statutem kontraktowym powinny być objęte te aspekty zastrzeżenia prawa własności, które oddziałują jedynie na relację prawną łączącą strony umowy, natomiast do zakresu statutu rzeczowego zaliczyć można te elementy ocenianego stosunku i te jego skutki, które ujawniają się w odniesieniu do osób trzecich³¹.

Do zakresu statutu kontraktowego należy więc ocena, czy — a jeśli tak, to w jakim zakresie — w przypadku zastrzeżenia prawa własności modyfikacji podlegają ogólne zasady odnoszące się do sprzedaży. Może to dotyczyć w szczególności reguł mających za przedmiot koszty utrzymania rzeczy, pobieranie z niej pożytków³² czy też prawa i obowiązki stron związane z reżimem odpowiedzialności za jakość świadczenia sprzedawcy (rękojmią, gwarancją itp.).

Prawo występujące w roli statutu kontraktowego wypowiada się na temat prawa sprzedawcy do odstąpienia od umowy w braku zapłaty przez kupującego ceny określonej w umowie. Ten sam system prawny decyduje o tym, czy w przypadku sprzedaży na raty przesłanką wystarczającą do odstąpienia od umowy jest opóźnienie w zapłacie jednej lub kilku rat, czy też konieczne jest, aby brak zapłaty w terminie dotyczył całej ceny. To prawo rozstrzyga też o tym, czy określenie przesłanek do odstąpienia od umowy pozostaje w sferze swobody kontraktowej stron. W unormowaniach statutu kontraktowego należy również poszukiwać odpowiedzi na pytanie, czy sprzedawca, przy spełnieniu przesłanek określonych odpowiednimi przepisami lub umową stron, a dotyczących niewykonania przez kupującego obowiązków wynikających z umowy sprzedaży, może żądać od kupującego wydania mu rzeczy przy utrzymaniu umowy sprzedaży w mocy (niem. *Rücknahmeklausel*). Jednakże przy ocenie prawno-rzeczowych skutków odstąpienia decydujące znaczenie przyznać należy prawu wskazanemu normą kolizyjną z art. 41 p.p.m.

Zakresem statutu obligacyjnego objęte są ponadto wszelkie zagadnienia związane z zapłatą ceny, stanowiącą przesłankę nabycia prawa

³⁰ Ibidem, s. 78, por. przytoczoną tam w przyp. 167 literaturę.

³¹ I. Juvet: *Des sûretés...*, s. 30; K. Naumann: *Der Eigentumsvorbehalt...*, s. 169.

³² O ile samo uprawnienie do pobierania pożytków podlega ocenie w świetle norm statutu rzeczowego, o tyle należałoby przyjąć, że w przypadku gdy statut ten przewiduje, że wskutek zastrzeżenia prawa własności powstaje między kupującym a sprzedawcą stosunek obligacyjny, który reguluje zasady używania rzeczy i pobierania z niej pożytków, wówczas stosunek ten (i wynikające z niego szczególne zasady odnoszące się do pożytków) podlega prawu występującemu w roli statutu kontraktowego. Zob. J. Górecki, w: *Komentarz do art. 41...*, s. 390.

własności. Tym samym prawo wybrane przez strony lub wskazane jedną z norm kolizyjnych rozporządzenia Rzym I decyduje m.in. o chwili i miejscu zapłaty, o sposobie zapłaty czy o dopuszczalności waloryzacji. Ten sam system prawny określa zasady odnoszące się do niewykonania zobowiązania pieniężnego w terminie. Jednak przy ustalaniu wysokości odsetek należnych z tytułu opóźnienia w zapłacie konieczne jest uwzględnienie stanowiska tego systemu prawnego, na mocy którego doszło do wykreowania określonego rodzaju pieniądza (prawo waluty)³³.

Wady oświadczeń woli, które mogłyby się pojawić przy zawieraniu umowy skutkującej zastrzeżeniem prawa własności rzeczy sprzedanej, zgodnie z ogólną zasadą, podlegają prawu właściwemu do oceny tej czynności prawnej, której dotyczą³⁴. Oznacza to, że w zależności od tego, jak kwalifikowany jest element zastrzeżenia, którego wada dotyczy, skutki określonej wady oświadczenia woli podlegają badaniu w świetle norm systemu prawnego, który występuje odpowiednio w roli statutu kontraktowego bądź rzeczowego. Wydaje się, że w ten sam sposób należy traktować ewentualne nieporozumienia stron co do treści złożonych przez nie oświadczeń, mające swe źródło w posłużeniu się określonym językiem (niem. *Sprachrisiko*)³⁵. Przy dokonywaniu interpretacji złożonych przez kontrahentów oświadczeń nie sposób nie odnieść się do prawa języka kontraktu, którym jest system prawny obowiązujący w państwie, którego językiem się posłużono³⁶.

Statut rzeczowy rozstrzyga natomiast w pierwszej kolejności o przesłankach, od których zależne jest zablokowanie przeniesienia prawa własności³⁷. Statut ten decyduje więc m.in. o tym, jakiego rodzaju czynność prawna (umowa czy też jednostronna czynność prawna sprzedawcy) może doprowadzić do zastrzeżenia prawa własności na rzecz sprzedawcy³⁸ oraz o tym, czy czynność ta może być dokonana niezależnie od sprzedaży

³³ G. Żmij: *Prawo waluty*. Kraków 2012, s. 127.

³⁴ M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan [2018]..., s. 169.

³⁵ K. Naumann: *Der Eigentumsvorbehalt...*, s. 169; M. Pazdan: *Język kontraktu — jego znaczenie i wyznaczenie*. „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 1988, T. 12, s. 35.

³⁶ M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan [2018]..., s. 228.

³⁷ F. Pérochon: *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*. Paris 1988, s. 2 i n.; J. Kosik: *Zagadnienia prawa rzeczowego...*, s. 91; M.J. Maaß: *Die Gesichte des Eigentumsvorbehaltes, insbesondere im 18. und 19. Jahrhundert*. Frankfurt am Main 2000, s. 38.

³⁸ S. Lißner, D. Zwernemann: *Eigentumsvorbehalt im internationalen...*, s. 209; J. Mestre, M.-E. Pancrazi: *Droit Commercial. Droit interne et aspects de droit international*. Paris 2009, s. 760.

(m.in. w zawartej uprzednio umowie ramowej określającej zasady współpracy handlowej stron lub po zawarciu umowy sprzedaży, np. przy wydaniu rzeczy)³⁹. Prawo właściwe, ustalone zgodnie z normą z art. 41 p.p.m., definiuje też najpóźniejszą chwilę, w której dokonanie zastrzeżenia wywrze pożądany skutek (chwila zawarcia umowy, chwila wydania rzeczy). Natomiast jeżeli dla ważności zastrzeżenia lub jego skuteczności wobec osób trzecich wymagane jest zachowanie odpowiedniej formy (np. znanej prawu polskiemu i włoskiemu daty pewnej, *data certa*), to konieczne wymagania formalne regulowane są prawem wskazanym normą kolizyjną z art. 25 p.p.m. Innymi słowy, o tym, czy do zastrzeżenia prawa własności niezbędne jest zachowanie określonej formy czynności prawnej, mocą której ma dojść do zastrzeżenia, oraz o skutkach niedochowania formy rozstrzyga prawo występujące w roli statutu rzeczowego⁴⁰. Z kolei do zakresu statutu formy należy doprecyzowanie, jakich aktów staranności strony muszą dochować, aby przesłanka zachowania określonej formy została spełniona⁴¹. Nie można przy tym tracić z pola widzenia sytuacji, w której dochodzi do zmiany statutu, a więc do zmiany okoliczności faktycznych decydujących o właściwości prawa określonych w łączniku normy kolizyjnej, jeszcze przed dojściem zastrzeżenia do skutku. Wówczas niezbędna może okazać się ocena dochowanej przez strony formy w świetle zasad odnoszących się do ekwiwalentności i substytucji formy, a w niektórych przypadkach — posłużenie się zabiegiem dostosowania.

Wśród przesłanek skuteczności zastrzeżenia prawa własności wobec osób trzecich (o tyle, o ile prawo właściwe, odgrywające rolę statutu rzeczowego, dopuszcza obok zastrzeżenia skutecznego *erga omnes* również postać zabezpieczenia wywołującego skutki jedynie *inter partes*), oprócz wspomnianej już formy szczególnej, w poszczególnych regulacjach materialnoprawnych spotyka się inne wymagania, służące najczęściej zapewnieniu jawności ustanowionego zabezpieczenia (niem. *Publizität*, ang. *publicity*, fr. *publicité*). Niekiedy wymagania te sprowadzają się do obowiązku kupującego do wyodrębnienia rzeczy, co do której (co do których — gdy przedmiotem sprzedaży jest większa liczba rzeczy oznaczonych co

³⁹ S. Lißner, D. Zwernemann: *Eigentumsvorbehalt im internationalen...*, s. 308; J.W. Rutgers: *International Reservation...*, s. 65; U. Spellenberg: *Eigentumsvorbehalt in Frankreich*. „Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht” 1994, H. 3, s. 129; R. Storp: *Eigentumsvorbehalt und Aussonderungsverfahren nach der Reform des französischen Insolvenzrecht*. „Recht des Internationalen Wirtschaftsrechts” 1996, H. 6, s. 464.

⁴⁰ R. Reisinger: *Der Eigentumsvorbehalt im österreichischen und englischen Recht unter Berücksichtigung des österreichischen und englischen Kollisionsrechtes und der internationalen Zuständigkeit*. Wien 2002, s. 84.

⁴¹ J. Pazdan: *Komentarz do art. 25. W: Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan [2018], s. 285.

do gatunku) zastrzeżono prawo własności, z masy majątkowej kupującego oraz jej (ich) specjalne oznaczenie. W niektórych systemach prawnych zapewnieniu jawności ciężącego na rzeczy obciążenia służy publiczny rejestr⁴². W takim przypadku o materialnoprawnych następstwach wpisu do rejestru (m.in. o skutecznym zastrzeżeniu prawa własności, o uzyskaniu skuteczności *erga omnes*) rozstrzyga prawo miejsca aktualnego położenia rzeczy (art. 41 p.p.m.)⁴³. Jednakże o sposobie dokonywania wpisów, wymaganych dokumentach oraz o organizacji rejestru decyduje prawo (procesowe) państwa, w którym rejestr jest prowadzony⁴⁴.

Prawo występujące w roli statutu rzeczowego odpowiada również na pytanie o rodzaj i sposób działania mechanizmu pozwalającego zablokować rozporządzenie rzeczą⁴⁵. Prawo to rozstrzyga więc o tym, czy sytuacja prawna stron umowy sprzedaży ukształtowana jest na przykład z wykorzystaniem konstrukcji warunku (w tym przypadku wskazany łącznikiem *rei sitae* system prawny decyduje również o tym, czy jest to warunek zawieszający, czy rozwiązujący), terminu czy prawa odstąpienia. Na podstawie norm tego samego systemu prawnego należy też badać, czy stronom umowy sprzedaży przysługuje swoboda pozwalająca na wybór jednego z dostępnych rozwiązań, czy też kontrahenci związani są względnie wiążącymi regulacjami. Jednakże występujące w roli instrumentu blokującego przeniesienie prawa własności konstrukcje prawne podlegają odrębnemu statutowi, miarodajnemu ze względu na ich naturę.

Właściwe prawo, wyznaczone normą kolizyjną z art. 41 p.p.m., pozwala ponadto ustalić, jakiego rodzaju przedmioty mogą być obciążane zastrzeżeniem, a w szczególności czy dopuszczalne jest zabezpieczenie w ten sposób wierzytelności o zapłatę ceny za przenoszone prawo. Również rozróżnienie pomiędzy rzeczami ruchomymi a nieruchomościami (co jest istotne w przypadku, gdy prawo właściwe dopuszcza zastrzeżenie prawa własności jedynie w odniesieniu do ruchomości) dokonywane być powinno na podstawie przepisów prawa miejsca aktualnego położenia rzeczy⁴⁶.

Normy statutu rzeczowego tradycyjnie rozstrzygają też o pierwszeństwie praw rzeczowych obciążających jedną rzecz⁴⁷. Zasadę tę należy odnieść odpowiednio do zastrzeżenia prawa własności. Nawet bowiem

⁴² E.M. Kieninger: *Mobiliarsicherheiten...*, s. 59.

⁴³ M. Podhorecka: *Skutki prawne zastrzeżenia prawa własności w obrocie międzynarodowym. Wybrane zagadnienia*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2006, z. 1, s. 145; S. Sandoz: *L'inscription du pacte de réserve de propriété...*, s. 543.

⁴⁴ J. Górecki, w: *Komentarz do art. 41...*, s. 389; I. Juvet: *Des sûretés...*, s. 16.

⁴⁵ Zob. m.in. H. Al Dabbagh: *La clause...*, s. 44; J. Ghestin: *Réflexions...*, s. 2 i n.

⁴⁶ E. Drozd: *Nabycie i utrata praw rzeczowych...*, s. 9; J. Górecki, w: *Komentarz do art. 41...*, s. 380—381.

⁴⁷ E. Drozd: *Nabycie i utrata praw rzeczowych...*, s. 100; J. Górecki, w: *Komentarz do art. 41...*, s. 384.

w systemach prawnych, w których zastrzeżenie nie przybiera postaci ograniczonego prawa rzeczowego, może powstać konflikt pomiędzy uprawnieniami: kupującego korzystającego z rzeczy przed nabyciem prawa własności oraz osoby, której przysługuje ograniczone prawo rzeczowe. Wówczas o tym, kto może w pierwszej kolejności wykonywać swoje prawo, decydują regulacje obowiązujące w miejscu aktualnego położenia obciążonej rzeczy (art. 41 p.p.m.).

Również w świetle prawa występującego w roli statutu rzeczowego rozstrzygać należy o zakresie uprawnień sprzedawcy jako właściciela sprzedanej rzeczy. W szczególności odnosi się to do określenia, czy sprzedawca może — a jeśli tak, to w jakich sytuacjach — występować z powództwem windykacyjnym wobec kupującego. Prawo wskazane normą kolizyjną z art. 41 p.p.m. wypowiada się ponadto w przedmiocie dopuszczalności przeniesienia analizowanego zabezpieczenia na osobę trzecią, a w przypadku pozytywnego stanowiska — definiuje przesłanki takiego przeniesienia, w szczególności rozstrzygając o tym, czy można przenieść zastrzeżone prawo własności bez jednoczesnego przelania wierzytelności, którą to ostatnie prawo zabezpiecza⁴⁸. Natomiast o wpływie przelewu wierzytelności bez przeniesienia zastrzeżonego prawa własności na dalsze trwanie zastrzeżenia rozstrzygać powinno prawo właściwe do oceny skutków przelewu.

Trudności nastęrcza zakwalifikowanie uprawnienia kupującego do władania rzeczą i jej używania. Nie brak wypowiedzi, zgodnie z którymi zagadnienie to należy zaliczyć do statutu obligacyjnego⁴⁹. Przemawiać by za tym miała okoliczność, że w wielu systemach prawnych przepisy je regulujące mają charakter dyspozytywny. Wydaje się jednak, że jest to pogląd błędny i należałoby opowiedzieć się za właściwością prawa wskazanego normą kolizyjną z art. 41 p.p.m. Nie ulega przecież wątpliwości, że uprawnienie do władania rzeczą i jej używania (jeżeli zgodnie z prawem właściwym przysługuje kupującemu) wynika ze szczególnej sytuacji prawnorzeczowej, która docelowo ma prowadzić do nabycia przez kupującego prawa własności. Uprawnienie kupującego może być kształtowane przez normy statutu rzeczowego na wzór prawa obligacyjnego (np. użyczenia, najmu) lub rzeczowego (użytkowanie). W obu tych przypadkach prawo ustalone zgodnie z art. 41 p.p.m. rozstrzyga o swobodzie stron w kształtowaniu treści sytuacji prawnej kupującego, w tym o dopuszczalności upoważnienia tego ostatniego do dalszej sprzedaży rzeczy lub jej przetworzenia.

⁴⁸ I. Juvet: *Des sûretés...*, s. 30; K. Naumann: *Der Eigentumsvorbehalt...*, s. 31.

⁴⁹ G. Khairallah: *Les sûretés mobilières en droit international privé*. Paris 1984, s. 181; E.M. Kieninger: *Mobiliarsicherheiten...*, s. 215; K. Naumann: *Der Eigentumsvorbehalt...*, s. 169.

Normy statutu rzeczowego decydują również o tym, komu — sprzedawcy czy kupującemu — przysługuje prawo do pobierania pożytków przed przejściem prawa własności na kupującego⁵⁰.

System prawny wskazany normą kolizyjną z art. 41 p.p.m. wypowiada się w przedmiocie ochrony sytuacji prawnej kupującego niebędącego jeszcze właścicielem. W szczególności regulacje tego systemu decydują, czy kupującemu — a jeśli tak, to przy spełnieniu jakich przesłanek — przysługuje roszczenie windykacyjne i negatoryjne, w tym również przeciwko sprzedawcy.

Do zakresu statutu rzeczowego wypada wreszcie zaliczyć przysługujące sprzedawcy roszczenia, wynikające z odstąpienia od umowy, których źródłem jest korzystanie z rzeczy przez kupującego i jej zużycie⁵¹. To samo prawo określa kryteria oceny, jakiej powinien być poddawany stopień zużycia czy zniszczenia rzeczy.

Kolejne wątpliwości pojawiają się przy ocenie przejścia ryzyka przypadkowej utraty rzeczy⁵². Choć w większości systemów prawnych przyjmuje się, że ryzyko przechodzi na nabywcę z chwilą, w której staje się on właścicielem rzeczy, to należy pamiętać, że jest to najczęściej reguła dyspozytywna. Jedynie w prawie francuskim zasada ta nie może zostać wyłączona mocą umowy stron. Z tego też względu często wskazuje się, że w przypadku sprzedaży międzynarodowej aspekt ten podlegać ma statutowi rzeczowemu. Jednak po dłuższej analizie pogląd ten nie wydaje się trafny. Trzeba bowiem mieć na uwadze, że przejście ryzyka przypadkowej utraty rzeczy nie wywiera wpływu na sytuację osób trzecich. Co więcej, nie we wszystkich systemach prawnych chwila ryzyka przypadkowej utraty rzeczy została powiązana z chwilą przejścia własności, a w większości porządków prawnych to powiązanie nie ma charakteru bezwzględnie wiążącego. Z tych też względów można powyższe zagadnienie pozostawić regulacji norm statutu kontraktowego.

Można zasygnalizować, że niekiedy w rozważaniach dotyczących zastrzeżenia prawa własności rezygnuje się z prób przypisania poszczególnych aspektów zastrzeżenia prawa własności odrębnym statutem, wskazując, że stosowanie dwóch różnych systemów prawnych (o ile normy wskazujące prawo właściwe do sfery obligacyjnej oraz art. 41 p.p.m. prowadzą do właściwości dwóch systemów prawnych) prowadzić może do rezultatów trudnych do pogodzenia, a w efekcie do uniemożliwienia sprzedawcy zaspokojenia się z przedmiotu zabezpieczenia. Konieczność stosowania norm pochodzących z różnych systemów prawnych do oceny

⁵⁰ J. Górecki, w: *Komentarz do art. 41...*, s. 390. Zob. też przyp. 32.

⁵¹ A. Bonomi: *Der Eigentumsvorbehalt in Österreich...*, s. 30.

⁵² *Ibidem*, s. 48.

instrumentu stanowiącego całość w sensie gospodarczym, choć łączącego w sobie elementy o niejednorodnym (rzeczowym i obligacyjnym) charakterze, może bowiem doprowadzić do wzajemnego wyłączenia się mechanizmów mających chronić sprzedawcę. Nieprzewidywalność rozstrzygnięć wynikających z trudnej do rozgraniczenia kolizji praw i związana z tym niepewność co do sytuacji prawnej wierzyciela skłaniają więc niektórych autorów do opowiedzenia się za dominacją jednego ze statutów, którego zakres zastosowania miałby rozciągać się na wszystkie zagadnienia związane z zastrzeżeniem prawa własności⁵³. Stanowisko takie wydaje się jednak trudne do akceptacji, a wspomniane wyżej przeciwności wynikające ze stosowania dwóch różnych systemów prawnych mogą zostać przewyżczone w drodze dostosowania⁵⁴.

Poza zakresem problemów kwalifikacyjnych pozostaje zagadnienie, które ma wprawdzie związek ze wzajemnym oddziaływaniem na siebie sfery obligacyjnej i rzeczowej, lecz dotyczy odmienności między systemami prawnymi opartymi na zasadzie podwójnego skutku w dziedzinie umów przysparzających a tymi, które przyjmują w tej mierze rozwiązanie przewidujące konieczność dokonania dwóch odrębnych czynności prawnych. Chodzi mianowicie o zapewnienie automatyzmu przejścia prawa własności w przypadku spełnienia warunku w sytuacji, gdy stanowisko systemów prawnych występujących w roli statutów rzeczowego i obligacyjnego jest odmienne w odniesieniu do mechanizmu przeniesienia własności w zakresie dopuszczenia czynności prawnych o podwójnym skutku. Problematyka ta wykracza już jednak poza ramy niniejszego opracowania.

4. Uwagi końcowe

Zastrzeżenie prawa własności należy do tych instytucji prawa prywatnego, które przysparzają wiele trudności w ich ocenie. Przyczyną tego jest dwoista natura tego rodzaju prawa zabezpieczającego — nie tylko ingeruje ono w mechanizm przeniesienia prawa własności, lecz rów-

⁵³ Ibidem, s. 30; I. Juvet: *Des sûretés...*, s. 30; K. Naumann: *Der Eigentumsvorbehalt...*, s. 31.

⁵⁴ Na temat dostosowania w polskim prawie prywatnym międzynarodowym zob. m.in.: M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe* [2017], s. 86; K. Sznajder-Peroń, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan..., s. 537 i n.; Eadem, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan [2018], s. 74 i n.

niez wywiera wpływ na sposób ukształtowania praw i obowiązków stron na płaszczyźnie obligacyjnej. Wspomniane trudności ze szczególną mocą ujawniają się przy poszukiwaniu prawa właściwego. Niezbędne jest odrębne badanie każdego uprawnienia i obowiązku związanego z ocenianą instytucją w celu ustalenia, czy należy zakwalifikować go do zakresu statutu rzeczowego, czy kontraktowego. W ten sposób, przy ocenie różnych aspektów tego samego zagadnienia, do głosu mogą dochodzić różne systemy prawne, co z kolei każe stawiać pytanie o sposoby przewyciężenia komplikacji wynikłych ze stosowania nieprzystających do siebie norm materialnoprawnych pochodzących z dwóch prawodawstw. To ostatnie zagadnienie pozostaje jednak poza zakresem niniejszego opracowania.

Bibliografia

- Aynès L., in: *Cours de droit civil*. T. 9: *Les sûretés. La publicité foncière*. Eds. P. Malaurie, L. Aynès. Paris 2000.
- Al Dabbagh H.: *La clause de réserve de propriété dans les ventes mobilières à credit. Étude de droit comparé français et irakien*. Aix—Marseille 2004.
- Bernstorff Ch.: *Der Eigentumsvorbehalt in den EG-Staaten*. „Recht der Internationalen Wirtschaft” 1993, H. 5.
- Bonomi A.: *Der Eigentumsvorbehalt in Österreich und Italien unter Berücksichtigung anderer europäischer Rechtssysteme. Eine rechtvergleichende und kollisionsrechtliche Untersuchung*. Berlin 1993.
- Chinki E.Ch., Kessedjian C.: *The legal relationship between the proposed UNIDROIT Convention and its equipment — specific Protocols*. „Revue de droit uniforme”, „Uniform Law Review” 1999, 2.
- Drozd E.: *Nabycie i utrata praw rzeczowych na rzeczy ruchomej w prawie prywatnym międzynarodowym (wpływ zmiany miejsca położenia rzeczy na właściwość prawa)*. Kraków 1977.
- Foëx B.: *La réserve de propriété dans l'avant — projet de Convention d'UNIDROIT: un point de vue suisse*. „Revue de droit uniforme”, „Uniform Law Review” 1999, 2.
- Goode R.: *A Credit Law for Europe?* „International and Comparative Law Quarterly” 1974, vol. 23.
- Goode R.: *The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset — Based Financing*. „Revue de droit uniforme”, „Uniform Law Review” 2002, 1.
- Goode R.: *The preliminary draft UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment: the next stage*. „Revue de droit uniforme”, „Uniform Law Review” 1999, 2.


- Goode R., Drobnig U.: *Security for Payment in Export and Import Transactions*. In: *Commercial Operations in Europe*. Eds. K. Simmonds, R. Goode. London 1978.
- Gopalan S.: *Securing Mobile Assets: The Cape Town Convention and Its Aircraft Protocol*. „North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation” 2003, vol. 29.
- Górecki J.: *Komentarz do art. 41. W: Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2018.
- Haase V.: *Entwicklung der Verkäufersicherungsrechte an beweglichen Sachen in Frankreich*. Frankfurt am Main 2001.
- Heß K.P.: *Der Eigentumsvorbehalt und die Sicherung von „all — sums — clauses” in englischen und schottischen Recht*. „Recht des Internationalen Wirtschaft” 1991, H. 9.
- Juvet I.: *Des sûretés mobilières conventionnelles en droit international privé*. Bern—Frankfurt am Main—New York—Paris 1990.
- Kessel Ch.: *Eigentumsvorbehalt und Rezession in Grossbritannien*. „Recht des Internationalen Wirtschaft” 1991, H. 10.
- Khairallah G.: *Les sûretés mobilières en droit international privé*. Paris 1984.
- Kieninger E.M.: *Mobiliarsicherheiten in Europäischen Binnenmarkt*. Baden-Baden 1996.
- Kieninger E.M., in: *Security Rights in Movable Property in European Private Law*. Ed. E.M. Kieninger. Cambridge 2004.
- Kosik J.: *Zagadnienia prawa rzeczowego w prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r.* Warszawa—Wrocław 1967.
- Kozioł A., Zrałek J., w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2018.
- Kozioł A., Zrałek J., w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20C: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2015.
- Kunicki A.: *Skutki prawne zastrzeżenia własności*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1967, z. 2.
- Lißner S., Zwernemann D.: *Eigentumsvorbehalt im internationalen Handel*. In: *Handbuch für Kaufrecht. Rechtsdurchsetzung und Zahlungssicherung im Außenhandel*. Hrsg. S.G. Häberle. München—Wien 2002.
- Looschelders D.: *Internationales Privatrecht. Art. 3—46 EGBGB*. Berlin—Heidelberg 2004.
- Loussouarn Y.: *Les conflits de lois en matière de réserve de propriété*. In: *Études offertes à Roger Houin. Problèmes d'actualité posés par les entreprises*. Paris 1985.
- Loussouarn Y.: *Les conflits de lois en matière de réserve de propriété. Travaux du comité français de droit international privé. Séance du 18 mai 1983 sous présidence de Henri Batiffol*. In: *Droit International Privé. Années 1982—1983*. Paris 1986.
- Maaß M.J.: *Die Geschichte des Eigentumsvorbehaltes, insbesondere im 18. und 19. Jahrhundert*. Frankfurt am Main 2000.

- Margellos T.M.: *La protection du vendeur à crédit des objets mobilières à travers la clause de réserve de propriété (Étude de droit comparé)*. Paris 1989.
- Marlow J., Weber-Rey D.: *Retention of title clauses in Germany*. „International Company and Commercial Law Review” 1994, no. 5.
- Mestre J., Pancraz i M.-E.: *Droit Commercial. Droit interne et aspects de droit international*. Paris 2009.
- Mik C., Wojtaszek-Mik E.: *Zwalczanie opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych w świetle dyrektywy 2000/35/WE i prawa polskiego*. „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2000, z. 3.
- Milo J.: *Retention of Title in European Business Transactions*. „Washburn Law Journal” 2003, no. 3.
- Naumann K.: *Der Eigentumsvorbehalt im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*. Frankfurt am Main—Bern—Bruxelles—New York—Oxford—Wien 2001.
- Panahy D.A., Mittal R.: *The prospective UNIDROIT Convention on international interests in mobile equipment as applied to space property*. „Revue de droit uniforme”, „Uniform Law Review” 1999, 2.
- Pazdan J.: *Komentarz do art. 25, w: Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2018.
- Pazdan M.: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2017.
- Pazdan M., w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014.
- Pérochon F.: *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*. Paris 1988.
- Podhorecka M.: *Skutki prawne zastrzeżenia prawa własności w obrocie międzynarodowym. Wybrane zagadnienia*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2006, z. 1.
- Reisinger R.: *Der Eigentumsvorbehalt im österreichischen und englischen Recht unter Berücksichtigung des österreichischen und englischen Kollisionsrechtes und der internationalen Zuständigkeit*. Wien 2002.
- Rosen H.: *Creating an international security structure for railway rolling stock: an idea ahead of its time?* „Revue de droit uniforme”, „Uniform Law Review” 1999, 2.
- Rutgers J.W.: *International Reservation of Title Clauses. A study of Dutch, French and German International Law in the Light of European Law*. The Hague 1999.
- Sandoz S.: *L'inscription du pacte de réserve de propriété: une solution „géniale”... diabolique*. „Revue de droit Suisse” / „Zeitschrift für Schweizerisches Recht” 1987, 1.
- Schulz M.: *Der Eigentumsvorbehalt in europäischen Rechtsordnungen. Rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, englischen und französischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung von Erweiterungen und Verlängerungen*. Frankfurt am Main—Bern—New York—Paris—Wien 1998.
- Spellenberg U.: *Eigentumsvorbehalt in Frankreich*. „Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht” 1994, H. 3.

- Storp R.: *Eigentumsvorbehalt und Aussonderungsverfahren nach der Reform des französischen Insolvenzrecht*. „Recht des Internationalen Wirtschaft” 1996, H. 6.
- Strauch J.: *Der Eigentumsvorbehalt bei Warenlieferungen in das Ausland. Die Regelungen in wichtigen Exportländern*. Offenbach am Main 1997.
- Sznajder-Peroń K., w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2018.
- Sznajder-Peroń K., w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014.
- Szpunar A.: *Zastrzeżenie własności rzeczy sprzedanej*. „Państwo i Prawo” 1993, z. 6.
- Ziegler von A., Debattista Ch., Plégat O.: *Transfer of Ownership in International Trade*. The Hague 2010.
- Żmij G.: *Prawo waluty*. Kraków 2012.



Jacek Zrałek^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0003-2813-8557>

Kierunki reformy arbitrażu inwestycyjnego w ramach prac Grupy Roboczej III UNCITRAL

Abstract: The goal of the study is to briefly present the work on the reform of investment arbitration under the auspices of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and to indicate the directions in which further discussion on this reform could potentially go. The Commission entrusted to Working Group III to work on the reform of international investment dispute resolution mechanisms. The ongoing debate in this area has met with very little interest in Polish literature. It is surprising since its outcome may have an impact on future investment policy also in Poland. The work is divided into five parts. The first part presents the scope of the work and the research methodology. The second one presents a very concise historical background for the establishment of investment arbitration, taking into account the key features underlying current crisis of this institution. The third part briefly outlines the course of work of UNCITRAL Working Group III. This section provides a background to show how negotiations are progressing, what major obstacles negotiators are facing and what the future direction of the Working Group's work might be. These issues are discussed in the fourth part of the study. Author's opinion on anticipated development of further discussion is presented in the closing remarks.

Keywords: investment arbitration reform, investment arbitration crisis, rule of law, UNCITRAL Working Group III, ICSID

^{a)} Dr hab., Uniwersytet Śląski w Katowicach.

Uwagi wprowadzające

Celem niniejszego opracowania jest zwięzłe przedstawienie prac nad reformą arbitrażu inwestycyjnego, które toczą się pod auspicjami Komisji Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL), oraz wskazanie, w jakich kierunkach może potencjalnie zmierzać dalsza dyskusja dotycząca tej reformy. Komisja w toku 50. sesji, jaka odbywała się w lipcu 2017 r., powierzyła Grupie Roboczej III (Working Group III) prace nad reformą międzynarodowych mechanizmów rozstrzygania sporów inwestycyjnych¹. Tocząca się w tym zakresie debata spotyka się z zaskakująco niewielkim zainteresowaniem w krajowej literaturze², choć jej wynik może rzutować na kształt przyszłej polityki in-

¹ Report A/72/17, § 240—265, s. 43—47.

² Prace Grupy Roboczej relacjonowane są na bieżąco na blogu Przegląd Prawa Międzynarodowego. Ostatni wpis dotyczący tej tematyki można znaleźć pod adresem <http://przegladpm.blogspot.com/2020/02/reforma-uncitral-arbitrazu.html>. Serię publikacji przedstawiających słabości arbitrażu inwestycyjnego przedstawił Ł. Kułaga; zob. Ł. Kułaga: *Międzynarodowy arbitraż inwestycyjny z perspektywy zasady rządów prawa*. W: *Arbitraż w prawie międzynarodowym*. Red. C. Mik. Warszawa, C.H. Beck, 2014, s. 202—220; Idem: *Ochrona praw człowieka w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*. „Forum Prawnicze” 2014, nr 1, s. 41—59; Idem: *Międzynarodowa ochrona środowiska a swoboda handlu*. W: *Swoboda handlu międzynarodowego w prawie międzynarodowym*. Red. C. Mik, M. Jeżewski. Warszawa 2014, s. 301—331; Idem: *W kierunku zmiany paradygmatu międzynarodowych porozumień inwestycyjnych*. „Forum Prawnicze” 2016, 5 (37), s. 31—48; Idem: *Prawo państwa do regulacji a międzynarodowe prawo inwestycyjne: w kierunku zmiany paradygmatu*. „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2019, T. 17, s. 11—32, z tym że prace te nie odnoszą się do prowadzonej debaty w ramach Grupy Roboczej UNCITRAL. Uwadze czytelnika polecić można także wiele innych pozycji krajowych poświęconych różnym zagadnieniom z zakresu arbitrażu inwestycyjnego. Z nowszych, obszerniejszych opracowań zob. M. Jeżewski: *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*. Warszawa 2019; M. Kałduński: *Ochrona uzasadnionych oczekiwań w międzynarodowym prawie inwestycyjnym*. Toruń 2019; M. Pyka: *Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*. Warszawa 2018; K. Czech: *Dowody i postępowanie dowodowe w międzynarodowym arbitrażu handlowym oraz inwestycyjnym. Zagadnienia wybrane*. Warszawa 2017. W pozostałym zakresie zob. m.in.: J. Rajski: *Zagadnienia poufności i transparentności w międzynarodowym arbitrażu kontraktowym (handlowym) i traktatowym (inwestycyjnym)*. W: „*Aurea praxis, aurea theoria*”. *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*. T. 2. Red. J. Gudowski, K. Weitz. Warszawa 2011; S. Sołtysiński: *Arbitraż inwestycyjny, kohabitacja z wymiarem sprawiedliwości, rosnące koszty i inne problemy sądownictwa polubownego*. W: „*Aurea praxis, aurea theoria*”. *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*. T. 2. Red. J. Gudowski, K. Weitz...; A. Szumański: *Poufność czy jawność arbitrażu handlowego oraz inwestycyjnego*. W: *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*. T. 1. Red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel. Warszawa 2012; G. Domański,

westycyjnej także w Polsce. W tym kontekście zadziwia również bierność Polski jako uczestnika dyskusji na forum Grupy Roboczej. Obrany w kraju kierunek polityczny, polegający na wypowiedaniu bądź rozwiązywaniu wiążących Polskę umów inwestycyjnych, nie odetnie bowiem Polski od potrzeby zaadaptowania się w przyszłości do globalnych rozwiązań inwestycyjnych. Niniejsza publikacja nie aspiruje do tego, aby w pełni zdiagnozować kondycję arbitrażu inwestycyjnego, powinna natomiast stanowić zachętę do podjęcia głębszej dyskusji nad kierunkami rozwoju ochrony międzynarodowych inwestycji oraz nad zaangażowaniem Polski w tym zakresie na forum międzynarodowym.

Zanim podjęte zostaną rozważania dotyczące reformy arbitrażu inwestycyjnego, warto zwrócić uwagę na określenie jej przedmiotu i zdefiniowanie tej kategorii pojęciowej. Nie ulega wątpliwości, że arbitraż inwestycyjny jest instrumentem ochrony inwestora zagranicznego przed działaniami państwa zlokalizowania inwestycji³. Spór rozstrzyga insty-

J. Zimoch-Tuchołka: *Atrybucja w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*. W: *Arbitraż i mediacja. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Tynelowi*. Red. M. Łaszczyk, M. Furtek, S. Pieckowski, J. Poczobut, M. Tomaszewski, A. Szumański. Warszawa 2012; M. Świątkowski: *Czy wyrok sądu stanowi „inwestycję” w rozumieniu traktatów o ochronie inwestycji?* W: *Arbitraż i mediacja. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Tynelowi*. Red. M. Łaszczyk, M. Furtek, S. Pieckowski, J. Poczobut, M. Tomaszewski, A. Szumański...; E.H. Morawska: *Zagadnienia praw człowieka w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*. W: *Arbitraż w prawie międzynarodowym*. Red. C. Mik. Warszawa 2014; M. Jeżewski: *How Wide is the Door to Turn Contracts into Treaty Obligations? Reflections on Prof. Rajski's Dissenting Opinion in Eureko*. In: *The Challenges and The Future of Commercial and Investment Arbitration. Liber Amicorum Professor Jerzy Rajski*. Ed. B. Gessel Kalinowska vel Kalisz. Warszawa 2015; K. Michałowska: *Some Manifestations of Public Interest in Investment Arbitration*. In: *The Challenges and The Future of Commercial and Investment Arbitration. Liber Amicorum Professor Jerzy Rajski*. Ed. B. Gessel Kalinowska vel Kalisz...; C. Mik: *Unia Europejska wobec międzynarodowego prawa inwestycyjnego*. W: *„Iura et Negotia”. Księga jubileuszowa z okazji 15-lecia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego*. Red. A. Tarwacka. Warszawa 2015; M. Muszyński: *Inwestycje zagraniczne w prawie międzynarodowym*. W: *„Iura et Negotia”. Księga jubileuszowa z okazji 15-lecia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego*. Red. A. Tarwacka...; K. Wierzbowski: *Konflikt pomiędzy rozstrzygnięciami sądów arbitrażowych w sprawach z umów BIT a prawem wspólnotowym w świetle wybranego orzecznictwa trybunałów arbitrażowych i Komisji Europejskiej*. W: *„Usus magister est Optimus”. Rozprawy prawnicze ofiarowane Profesorowi Andrzejowi Kubasowi*. Red. B. Jelonk-Jarco, R. Kos, J. Zawadzka. Warszawa 2016.

³ Ze względu na ograniczony zakres publikacji nie zajmuję się problematyką tego, co można uznać za inwestycję i w jakich przypadkach inwestycja ma charakter inwestycji zagranicznej. W uproszczeniu stwierdzić można, że w znacznej mierze o tym, czy konkretne działania danego podmiotu wyczerpują podmiotowe i przedmiotowe przesłanki inwestycji zagranicznej, decydują *in concreto* przepisy właściwe dla danego sporu.

tucja zewnętrzna w stosunku do państwa, a stronami są zawsze inwestor i państwo. W obecnych ramach prawnych strony sporu mają bezpośredni wpływ na wybór składu orzekającego. Poza wymienionymi cechami, trudno jest wskazać na inne, które będą wspólne wszystkim sporom inwestycyjnym. Podstawą prawną większości postępowań inwestycyjnych są umowy dwustronne między państwami (tzw. umowy BIT), których zawarto ponad 3 tys.⁴ W ostatnim czasie zwiększa się znaczenie wielostronnych umów o wymianie handlowej (NAFTA⁵/USMCA⁶, RCEP⁷ czy też umowy zawierane ostatnio między Unią Europejską a jej partnerami handlowymi). Nie można również pomijać umów zawieranych bezpośrednio między państwami a inwestorami, które także stanowią podstawę ewentualnych sporów inwestycyjnych, jednak ich skala jest zdecydowanie mniejsza niż skala umów zawieranych między państwami⁸. Ostatecznie więc w sprawach z zakresu arbitrażu inwestycyjnego istnieją różne podstawy materialnoprawne rozstrzygnięcia. Obraz komplikuje dodatkowo fakt, że postępowania toczą się na podstawie różnych procedur, co oznacza, że postępowania inwestycyjne nie mają także wspólnej wszystkim sporom podstawy proceduralnej⁹. Dominują jednak postępowania prowadzone na podstawie reguł ICSID¹⁰. Niektórzy autorzy twierdzą, że trudno jest w zakresie arbitrażu inwestycyjnego zidentyfikować istnienie jakichś multilateralnych powiązań tworzących ponadnarodowy

⁴ Report of the United Nations Commission on International Trade Law, 50th session, A/72/17 § 244, s. 43 [dalej: Report A/72/17], <https://undocs.org/en/A/72/17>.

⁵ North American Free Trade Agreement — północnoamerykańskie porozumienie handlowe z 1992 r., zob. więcej: <https://www.cbp.gov/trade/nafta>.

⁶ USMCA (United States-Mexico-Canada Agreement) jest porozumieniem, które ma zastąpić porozumienie NAFTA, zob. więcej: <https://ustr.gov/usmca>.

⁷ The Regional Comprehensive Economic Partnership — porozumienie handlowe państw z obszaru Azji i Pacyfiku, zob. więcej: <https://www.business-standard.com/about/what-is-rcep>.

⁸ J. Bonnitche: *Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the evidence*. International Institute for Sustainable Development (IISD) Report, September 2017, s. 1, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/assessing-impacts-investment-treaties.pdf>.

⁹ X. Carim: *International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation: A Perspective from South Africa*. In: *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*. Eds. K. Singh, B. Ilge. Amsterdam—New Delhi 2016, s. 54, <https://www.somo.nl/wp-content/uploads/2016/03/Rethinking-bilateral-investment-treaties.pdf>.

¹⁰ T. Schultz, C. Dupont (*Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law Or Over-Empowering Investors? A Quantitative Empirical Study*. „The European Journal of International Law” 2015, vol. 25, no. 4, s. 1150, <http://www.ejil.org/pdfs/25/4/2551.pdf>) wskazują rozłożenie procentowe badanych spraw, z przewagą spraw rozpatrywanych na podstawie umów BIT (jeśli chodzi o podstawy materialnoprawne) oraz spraw rozstrzyganych w ramach procedury ICSID (jeśli chodzi o podstawy procesowe).

system prawny¹¹. Jednocześnie można wskazać na wspólne całemu systemowi trendy i tendencje, dlatego też inni autorzy uważają, że doszło do stworzenia sieci umów inwestycyjnych, a oparte na nich orzeczenia arbitrażowe wykształciły jednorodne, zwyczajowe prawo inwestycyjne¹².

Przed podjęciem dalszych rozważań trzeba więc zaznaczyć, że jakiegokolwiek wnioski ogólne dotyczące arbitrażu inwestycyjnego obarczone są nieusuwalną skazą. Z jednej strony oceniana jest kondycja całego arbitrażu inwestycyjnego i wysuwane są postulaty uniwersalne, z drugiej strony zaś każda sprawa arbitrażowa jest indywidualna i opiera się na właściwej tylko jej podstawie prawnej¹³. Dodatkowym problemem jest ograniczony dostęp do danych dotyczących zarówno przebiegu spraw arbitrażowych, jak i informacji nieodnoszących się bezpośrednio do samego postępowania, ale stanowiących tło konkretnego sporu¹⁴. Nawet najszersze badania arbitrażu inwestycyjnego nie mają więc wiarygodności statystycznej i sami ich autorzy podkreślają, że uzyskany obraz jest fragmentaryczny i może jedynie wzmocnić lub osłabić intuicyjne przekonania badaczy¹⁵.

¹¹ S. Djajić: *Searching for purpose: Critical assessment of teleological interpretation of treaties in investment arbitration*. „International Review of Law”, Issue 3 — Special issue of International Investment Treaties, 2016, s. 8, <https://journals.qu.edu.qa/index.php/IRL/article/view/1217/658>.

¹² Tak sugeruje S. Schwebel: *The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law*. In: *Proceedings 98th Annual Meeting of the American Society of International Law* 2004, 27 (za: S. Djajić: *Searching...*, s. 8).

¹³ Zwraca na to uwagę S. Djajić: *Searching...*, s. 3. Nie można, oczywiście, zapominać, że wiele umów bilateralnych zawiera zbliżone do siebie rozwiązania i często opierają się one na umowach wzorcowych konkretnych państw, co w pewnym stopniu upodabnia stany prawne będące podstawą rozstrzygnięć.

¹⁴ Zwracają na to uwagę T. Schultz, C. Dupont: *Investment Arbitration...*, s. 1150. W konsekwencji różni autorzy, przedstawiając własne stanowiska, ograniczają się do prezentacji poszczególnych orzeczeń, które albo są popierane, albo krytykowane. Tak np. W. Sadowski (*Protection of the Rule of Law in the European Union Through Investment Treaty Arbitration: Is Judicial Monopolism the Right Response to Illiberal Tendencies in Europe?* „Common Market Law Review” 2018, 55, s. 1034), gdy na podstawie kazusu Saluka i kilku innych formułuje wniosek, że arbitraż inwestycyjny nie stwarza realnego zagrożenia dla samostanowienia państw. Na tej podstawie wysuwa tezę, że kryzys arbitrażu jest wynikiem politycznej nagonki wykreowanej językiem mainstreamowych mediów, które upraszczają obraz i generalizują pojedyncze negatywne przypadki.

Problem z dostępem do rzetelnej informacji dotyczy nie tylko przebiegu spraw arbitrażowych, czasem także ich szerszego kontekstu — jako przykład posłużyć mogą długo-trwałe starania różnych podmiotów o udzielenie przez rząd Australii informacji na temat kosztów poniesionych przez ten kraj w sporze z Philip Morris.

¹⁵ T. Schultz, C. Dupont: *Investment Arbitration...*, s. 1149. Nie oznacza to oczywiście, że takie badania nie są prowadzone. Do ich wyników trzeba jednak zawsze podchodzić z odpowiednim dystansem.

Biorąc pod uwagę powyższe ograniczenia badawcze, można jednak postawić tezę, że arbitraż inwestycyjny znajduje się obecnie w głębokim kryzysie. Badacze zajmujący umiarkowane stanowisko w stosunku do tej instytucji wskazują na problemy związane z długością postępowania, jego kosztami, homogenicznością społeczności arbitrażowej (co wpływać ma na dominację określonego światopoglądu oddziałującego na ocenę stanów faktycznych), niezależnością i bezstronnością arbitrów czy wreszcie niedostateczną kontrolą prawidłowości rozstrzygnięć arbitrażowych oraz rozbieżnością orzecznictwa¹⁶. Autorzy bardziej krytyczni wobec tej instytucji (wśród których usłyszeć można także głosy skrajne) uznają, że wyliczenie to, choć prawidłowe, nie jest wyczerpujące. Krytycy arbitrażu inwestycyjnego twierdzą, że obecny kryzys tej instytucji ma głębszą i strukturalną naturę (co w skrajnej ocenie prowadzi do wniosku, że instytucji tej nie da się zreformować). Wskazuje się wówczas na nienależytą ochronę procesową osób, które zostaną dotknięte skutkami rozstrzygnięcia arbitrażowego, dewastujące działanie arbitrażu inwestycyjnego z perspektywy praworządności państwa goszczącego, na mrozący wpływ arbitrażu na krajową aktywność ustawodawczą w zakresie ochrony interesu publicznego¹⁷ czy też szeroko ujmowaną asymetrię tego sposobu rozstrzygania sporów¹⁸. Dogłębną krytykę arbitrażu inwestycyjnego przeprowadził w 2007 r. Gus Van Harten¹⁹. Większość ówczesnych twierdzeń tego autora pozostaje aktualna także dzisiaj, w związku z brakiem systemowej reformy tej instytucji. Obecne wypowiedzi kwestionujące fundamenty arbitrażu inwestycyjnego stanowią w większości rozwinięcie tez wówczas postawionych.

Wywody zaprezentowane w niniejszym opracowaniu (poza przytoczonymi uwagami wprowadzającymi) zostały ujęte w czterech kolejnych częściach. W pierwszej zwięźle omówiono historię rozwoju arbitrażu inwestycyjnego. Przedstawienie tła historycznego jest konieczne, ponieważ pozwala wykazać źródła zjawisk, które leżą u podstaw kryzysu tej instytucji. W drugiej części zarysowano przebieg prac Grupy Roboczej III

¹⁶ Na problemy istniejące na tym tle wskazują M. Langford, D. Behn, L. Létourneau-Tremblay: *Empirical perspectives on investment arbitration: What do we know? Does it matter?* In: *ISDS Academic Forum Working Group 7 Paper*, https://www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/7_Empirical_perspectives_-_WG7.pdf.

¹⁷ G. Van Harten, J. Kelsey, D. Schneiderman: *Phase 2 of the UNCITRAL ISDS Review: Why 'Other Matters' Really Matter* (2019). All Papers 328, s. 3 i 4, https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1335&context=all_papers.

¹⁸ Szerzej na ten temat w tekście A. Arcuri, F. Violi: *Reforming ISDS: Changing (Almost) Everything, So That Everything Stays the Same?*, September 26, 2019, <https://ssrn.com/abstract=3459961>.

¹⁹ G. Van Harten: *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford University Press 2007.

UNCITRAL do chwili złożenia niniejszej publikacji do druku. Zaprezentowanie pełnego obrazu wymagałoby oczywiście znacznie obszerniejszej relacji, poświęconej wyłącznie temu zagadnieniu (w szczególności sięgnięcia do stenogramów prac Grupy Roboczej). Ta część opracowania stanowi jedynie tło przebiegu negocjacji, a także obrazuje kluczowe przeszkody i problemy, jakie stoją przed negocjatorami. Tak zarysowany obraz pozwala na wskazanie potencjalnych dalszych kierunków prac Grupy Roboczej. Ten wątek omawiany jest w trzeciej części. W zamykającym opracowanie podsumowaniu przedstawiono opinię autora, dotyczącą perspektyw dalszego rozwoju prac w ramach Grupy Roboczej.

1. Rys historyczny

Podstawowym celem umów inwestycyjnych jest ochrona inwestycji zagranicznych, przede wszystkim przed dyskryminacyjnymi działaniami podejmowanymi przez władze krajowe w stosunku do kapitału zagranicznego²⁰. Jeżeli przeanalizuje się źródła i przyczyny powstania arbitrażu inwestycyjnego, tak określony cel zawierania tych umów brzmi wiarygodnie. Umowy inwestycyjne są wytworem rozwoju prawa międzynarodowego w XX w. Konieczność stworzenia nowych instrumentów ochrony zagranicznych inwestycji prywatnych była wynikiem zakończenia ery kolonialnej i kształtowania się nowego ładu na świecie po drugiej wojnie światowej²¹. Po zakończeniu procesu dekolonizacji na mapie świata pojawiło się wiele nowych państw, których systemy polityczne najczęściej nie zaadaptowały rozwijającej się w tym czasie w państwach zachodnich demokracji liberalnej. Jednocześnie, mimo odzyskania niepodległości, były państwa kolonialne pozostały w silnych związkach gospodarczych z wcześniejszymi metropoliami. Infrastruktura gospodarcza w tych państwach stanowiła często własność przedsiębiorców, którzy

²⁰ Zob. np. J. Bonniticha: *Assessing...*, s. 5. Bardziej rozbudowany opis celów systemu ochrony inwestycji prezentują: S. Puig, G. Shaffer: *Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law*. „The American Journal of International Law” 2018, 112, s. 368 i n.

²¹ Szerszy rys historyczny dotyczący źródeł arbitrażu inwestycyjnego przedstawia L. Rönnelid: *Research Report: An Evaluation of the Proposed Multilateral Investment Court System, An independent report commissioned by the European United Left/Nordic Green Left (GUE/NGL) in the European Parliament* 2018, s. 10 i n., https://www.guengl.eu/content/uploads/2019/03/MIC_vRET_web_FINAL2.pdf; zob. także S. Puig, G. Shaffer: *Imperfect Alternatives...*, s. 363 i n.

wcześniej inwestowali w koloniach, a obecnie stali się przedsiębiorcami zagranicznymi. Wiele nowo powstałych państw borykało się z problemem rażącego deficytu kapitału, który stał się podstawą działań, zmierzających do wykorzystania lub przejęcia kapitału prywatnego operującego wówczas na ich terenie. Tendencje te podsycane były dodatkowo niechęcią do byłych kolonizatorów. Metropolie dążyły zatem do zawierania z byłymi koloniami umów o ochronie inwestycji, które miały zapewnić bezpieczeństwo inwestycjom istniejącym lub dokonywanym na terytoriach nowo powstałych państw²². Instrumentem tej ochrony stał się z czasem arbitraż inwestycyjny²³. Instrument ten miał zneutralizować naturalną asymetrię między nieograniczoną władzą państwa na własnym terenie a zależnymi od decyzji tej władzy podmiotami prywatnymi²⁴. Podstawową zaletą tej instytucji miało być odpolitycznienie sporów inwestycyjnych, problemy przedsiębiorców prywatnych bowiem przestały być przedmiotem rozmów na poziomie państwowym. Rozstrzygnięciem konfliktu między inwestorem i państwem zająć się miały niezwiązane z władzą państwową trybunały arbitrażowe. Władze w państwie inwestora teoretycznie przestały być poddawane lobbingowi inwestorów, mającemu na celu wywarcie presji dyplomatycznej na władze drugiego państwa, w którym naruszano prawa inwestora²⁵. Jednocześnie sporów tych nie rozstrzygały sądy krajowe, co do których bardzo często pojawiały się wątpliwości dotyczące ich bezstronności i niezależności. Tym

²² T. Wälde: *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. Kluwer Law International 1996, s. 208, cyt. za: T. Schultz, C. Dupont: *Investment Arbitration...*, s. 1152. Ze względu na znaczną przewagę negocjacyjną państwa rozwinięte często praktycznie jednostronnie narzucały brzmienie umów inwestycyjnych. Zob. przykłady umów zawieranych przez państwa rozwinięte z państwami Ameryki Południowej N. Monebhurrin: *Is investment arbitration an appropriate venue for environmental issues? A Latin American perspective*, *Revista De Direito Inernacional*. „Brazilian Journal of International Law” 2013, 10, s. 199.

²³ D. Behn, T. Laudal Berge, M. Langford (*Poor States or Poor Governance? Explaining Outcomes in Investment Treaty Arbitration*). „Northwestern Journal of International Law & Business” 2018, 38, s. 341) zwracają uwagę, że choć pierwsza umowa o ochronie inwestycji została zawarta w 1959 r., arbitraż inwestycyjny pojawił się w takich umowach prawie dekadę później.

²⁴ Zob. opinie przytoczane przez G. Van Harten: *Investment Treaty Arbitration. Procedural Fairness, and the Rule of Law* (tekst, który stanowi podstawę odwołań w niniejszym opracowaniu, zob. <http://ssrn.com/abstract=1658523>; tekst ostateczny dostępny w pracy *International Investment Law and Comparative Public Law*. Ed. S.W. Schill. Oxford 2010), s. 1.

²⁵ Zob. jednak badania powołane przez J. Bonnitcha: *Assessing...*, s. 7 i 8. Znamienne jest, że przywołane badania, oparte na analizie dokumentów ujawnionych przez WikiLeaks, nie uzasadniały stwierdzenia, że dyplomacja Stanów Zjednoczonych przestała angażować się w wątki inwestycji prywatnych w ramach międzynarodowych stosunków dyplomatycznych, mimo istnienia arbitrażu inwestycyjnego.

samym siłą arbitrażu inwestycyjnego wynikała w dużym stopniu ze słabości innych rozwiązań²⁶.

Do drugiej połowy lat dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia dominowały umowy zawierane pomiędzy państwami rozwiniętymi a państwami rozwijającymi się²⁷. Jednocześnie statystyki spraw arbitrażowych z tego okresu obrazują, że ochrona inwestorów przebiegała praktycznie jednokierunkowo: inwestorzy z krajów rozwiniętych pozywali kraje rozwijające się²⁸. Od tego czasu sytuacja uległa diametralnej zmianie. Umowy o ochronie inwestycji zaczęły być zawierane również pomiędzy państwami rozwiniętymi, a także pojawiły się umowy wielostronne, w których uczestniczyły zarówno państwa rozwinięte, jak i rozwijające się (prekursorem tego trendu była NAFTA, wiążąca Stany Zjednoczone, Kanadę i Meksyk). W arbitrażu inwestycyjnym skutkowało to pojawieniem się spraw, w których stronami stały się również państwa rozwinięte²⁹. Zjawisko to nie miało jednak wpływu na fakt, że nadal postępowania wszczynają głównie inwestorzy z państw rozwiniętych³⁰. Jednocześnie są to w większości podmioty duże; ścieżka ta nie jest wykorzystywana przez drobnych inwestorów³¹. Zjawisko to dowodzi, że arbitraż inwestycyjny jest niedostępny dla mniejszych podmiotów gospodarczych. Jeśli uwzględnimy, że przeciętna sprawa arbitrażowa wiąże się średnio z kosztami na poziomie 4 mln dolarów³², to brak sporów dotyczących spraw o mniejszej wartości staje się zrozumiały. Taka skala wydatków oznacza, że arbitraż inwestycyjny nie jest instrumentem adekwatnym dla inwestycji mniej-

²⁶ G. Van Harten: *Investment Treaty Arbitration...*, s. 2.

²⁷ T. Schultz, C. Dupont: *Investment Arbitration...*, s. 1155—1156.

²⁸ T. Schultz, C. Dupont (*Investment Arbitration...*, s. 1153) odwołują się w tym zakresie do M. Sornarajah: *Toward Normlessness: The Ravage and Retreat of Neo-Liberalism in International Investment Law*. „Yearbook of International Investment Law & Policy” 2010, 2, s. 618 i n.

²⁹ T. Schultz, C. Dupont: *Investment Arbitration...*, s. 1156.

³⁰ Ibidem.

³¹ Szerokie badania, dotyczące m.in. rozmiarów podmiotów pozywających w arbitrażu inwestycyjnym, przeprowadzili G. Van Harten, P. Malysheuski: *Who Has Benefited Financially from Investment Treaty Arbitration? An Evaluation of the Size and Wealth of Claimants*, January 11, 2016. „Osgoode Legal Studies Research Paper” 2016, no. 14, <https://ssrn.com/abstract=2713876> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2713876>.

³² J. Bonnitcha: *Assessing...*, s. 14. Zob. także G. Van Harten, M.C. Porterfield, K.P. Gallagher: *Investment Provisions in Trade and Investment Treaties: The Need for Reform, A Global Economic Governance Initiative Policy Brief*, s. 4, <https://www.bu.edu/pardeeschool/files/2014/12/Investor-State-Disputes-Policy-Brief.pdf>. Na gwałtowny wzrost kosztów arbitrażu inwestycyjnego zwraca uwagę J. Cosmos: *Legitimacy Crisis in Investor — State International Arbitration System: A Critique on the Suggested Solutions & the Proposal on the Way Forward*. „International Journal of Scientific and Research Publications” 2014, 4, s. 8.

szej wartości. Jest on wówczas nieopłacalny finansowo dla inwestora bez względu na finalny wynik sprawy.

Opisany trend, polegający na tym, że w postępowaniach występują obecnie nie tylko państwa rozwijające się, lecz również państwa rozwinięte, częściowo stanowi źródło obecnego kryzysu arbitrażu inwestycyjnego. Niektórzy autorzy twierdzą, że arbitraż inwestycyjny został stworzony jako instrument rozwoju *rule of law* w państwach rozwijających się³³. Niezależne trybunały miały stanowić zabezpieczenie przed nieskutecznym, powolnym bądź stronniczym działaniem sądów krajowych³⁴. Celem systemu arbitrażowego miało być przywrócenie supremacji *rule of law* tam, gdzie zasada ta zagrożona jest w ramach systemu sądownictwa krajowego³⁵. To uzasadnienie aksjologiczne mogło brzmieć przekonująco wówczas, gdy stronami umów o ochronie inwestycji były z jednej strony państwa rozwinięte, a z drugiej — państwa rozwijające się, które najczęściej cechował deficyt poszanowania praworządności³⁶. Teza o potrzebie udzielenia zewnętrznej ochrony inwestycjom zagranicznym przestała brzmieć wiarygodnie w zetknięciu z systemem prawnym państw, w których prawidłowo funkcjonują instytucje demokratyczne, a sądy są faktycznie niezawisłe i w pełni realizują zasadę równości stron postępowania. Trudno jest wówczas wykazywać, że sądy krajowe dyskryminują podmioty zagraniczne³⁷. Postępowania arbitrażowe, w których występują państwa przestrzegające zasady trójpodziału władzy, z ugruntowanymi instytucjami demokratycznymi są źródłem narastającego sprzeciwu społecznego przeciwko tej instytucji. Ominięcie instrumentów wewnętrznej kontroli działań państwa uzasadnione jest o tyle, o ile ta kontrola obciążona jest ryzykiem decyzji stroniczych. Jeżeli w odbiorze społecznym krajowy system sądowniczy działa prawidłowo, to arbitraż inwestycyjny coraz częściej bywa postrzegany jako instrument nieusprawiedliwione-

³³ Ch.N. Brower, L.A. Steven: *Who Then Should Judge? Developing the International Rule of Law under NAFTA* Chapter 11. „Chicago Journal of International Law” 2002, 2, s. 202; T. Schultz, C. Dupont: *Investment Arbitration...*, s. 1146.

³⁴ Zob. wypowiedź J. Paulssona: *Enclaves of Justice* (April 12, 2007). „University of Miami Legal Studies Research Paper” 2010, no. 29, <https://ssrn.com/abstract=1707504>.

³⁵ T. Schultz, C. Dupont: *Investment Arbitration...*, s. 1160—1161. Tak też można odczytać wypowiedź W. Sadowskiego: *Protection...*, s. 1035 i n. W tym ujęciu *rule of law* rozumiana jest jako działanie organów państwa z poszanowaniem zasad prawnych oraz realizowanie funkcji sądowniczych przez kompetentne i niezależne instytucje orzekające.

³⁶ Podkreślić jednak trzeba, że argument ten podważają krytycy arbitrażu inwestycyjnego, nie bez podstaw zarzucając obecnemu modelowi, że sam nie wprowadza mechanizmów instytucjonalnych zabezpieczających niezależność podmiotów orzekających. Zob. szerzej na ten temat G. Van Harten: *Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion*. „Trade, Law and Development” 2010, 2, s. 35 i n.

³⁷ Zob. badania przytoczone przez J. Bonniticha: *Assessing...*, s. 5.

go uprzywilejowania inwestora zagranicznego³⁸. Arbitraż inwestycyjny wchodzi wówczas w kolizję z zasadami państwa praworządowego, stając się *de facto* instytucją naruszającą zasady wolnego rynku przez przyznanie inwestorom zagranicznym ochrony procesowej niedostępnej ich konkurentom krajowym, działającym na tym samym rynku i w tym samym środowisku prawnym. Jak na ironię rozkwit arbitrażu inwestycyjnego nastąpił na początku XXI w., w czasie największych sukcesów demokracji liberalnej połączonej z ideą globalnej wolności gospodarczej³⁹. W konsekwencji sprzeciw w stosunku do obecnego modelu nie ogranicza się już wyłącznie do państw rozwijających się, lecz pojawia się także w społeczeństwach państw rozwiniętych⁴⁰.

Już obecnie wiele państw zareagowało na ten sprzeciw, zmieniając swoje podejście do rozwiązywania sporów inwestycyjnych. Można wskazać na trzy główne nurty obrazujące to zjawisko. Z jednej strony zidentyfikować można trend zmierzający do wykluczania w ogóle arbitrażu jako metody rozstrzygania sporów inwestycyjnych. W tym nurcie wyróżnić można kilka szczegółowych rozwiązań. Pierwszym rozwiązaniem jest rezygnacja z jakiegokolwiek zewnętrznej formuły ochrony inwestycji zagranicznych i powierzenie tej ochrony sądom krajowym. Rozwiązanie to bywa wynikiem bądź wypowiedania umów o ochronie inwestycji⁴¹, bądź

³⁸ Podobnie G. Van Harten, J. Kelsey, D. Schneiderman: *Phase 2 of the UNCITRAL ISDS Review...*, s. 7–8.

³⁹ Statystykę ilości spraw arbitrażowych oraz adresatów tych spraw przedstawiają T. Schultz, C. Dupont: *Investment Arbitration...*, s. 1151 i n.

⁴⁰ Przykładem tego sprzeciwu mogą być protesty społeczne, które przetoczyły się przez państwa Unii Europejskiej w okresie negocjowania umowy o ochronie inwestycji między UE i USA oraz UE i Kanadą, zob. np.: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/may/05/protest-never-changes-anything-derailing-ttip-trade-agreement>; <https://www.reuters.com/article/us-eu-usa-ttip/tens-of-thousands-protest-in-europe-against-atlantic-free-trade-deals-idUSKCN11N0H6>; <https://www.bilaterals.org/?eastern-europe-against-ttiprojan&lang=en>.

⁴¹ W kierunku rozwiązania umów bilateralnych pomiędzy państwami Unii Europejskiej zmierza porozumienie 23 państw z dnia 5 maja 2020 r., [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22020A0529(01)). Porozumienie jest efektem deklaracji z dnia 15 stycznia 2019 r., podjętej przez 22 państwa członkowskie Unii Europejskiej, o wypowiedaniu bilateralnych umów o ochronie inwestycji pomiędzy tymi państwami, <https://www.iisd.org/itn/2019/04/23/achmea-judgement-fallout-22-eu-member-states-agree-to-terminate-intra-eu-bits/>. Deklaracja ta jest z kolei pokłosiem orzeczenia TSUE w sprawie *Slovakische Republik v Achmea BV*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0284>. Warto nadmienić, że wg raportu UNCTAD, 2017 r. był pierwszym rokiem, w którym państwa wypowiedziały więcej umów o ochronie inwestycji niż zawarły nowych umów. Tak C. Titi: *Who's Afraid of Reform? Beware the Risk of Fragmentation*. „American Journal of International Law Unbound” 2018, 112, s. 232–236, doi:10.1017/aju.2018.71, s. 234, powołując World Investment Report z 2018 r., <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international->

zawierania nowych umów, w których nie przewidziano takiego sposobu ochrony inwestycji. Przykładami takich umów są porozumienie pomiędzy USA i Australią oraz porozumienie między Australią i Japonią⁴². Warto także wskazać na nowe ustawodawstwo Afryki Południowej (South Africa's Protection of Investment Act z 2015 r.⁴³). Akt ten gwarantuje równorzędne traktowanie inwestorów krajowych i zagranicznych oraz przewiduje, że spory między inwestorem zagranicznym a państwem będą rozstrzygane w drodze mediacji lub przez sądy krajowe. Akt nie narusza ochrony przyznanej zagranicznym inwestorom przez wiążące Afrykę Południową umowy o ochronie inwestycji, a jego działanie przewidziane jest na przyszłość.

Rozwiązaniem alternatywnym jest przeniesienie sporu inwestycyjnego do poziomu relacji między państwami. Tak też zmieniono w 2016 r. Finance and Investment Protocol, obowiązujący państwa tworzące Wspólnotę Rozwoju Afryki Południowej⁴⁴. Także wspomniany wcześniej South Africa's Protection of Investment Act przewiduje możliwość przeniesienia sporu na poziom międzyrządowy, ale uzależnia uruchomienie tej drogi m.in. od wykorzystania przez inwestora krajowej ścieżki dochodzenia roszczeń. W kontekście rezygnacji z arbitrażu inwestycyjnego wspomnieć wypada również o Brazylii, która nigdy nie zdecydowała się na zawieranie umów o ochronie inwestycji przewidujących tę procedurę rozstrzygania sporu między inwestorem a państwem⁴⁵. Podobnie Irlandia i Norwegia zachowały powściągliwość w kwestii podpisywania między państwowych umów o ochronie inwestycji⁴⁶.

law/article/whos-afraid-of-reform-beware-the-risk-of-fragmentation/5918DD3553CE666F2B817823C2063339.

⁴² T. Menon, G. Issac: *Developing Country Opposition to an Investment Court: Could State-State Dispute Settlement be an Alternative?* Kluwer Arbitration Blog, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/17/developing-country-opposition-investment-court-state-state-dispute-settlement-alternative/>.

⁴³ Act No. 22 of 2015, Protection of Investment Act, 2015, Republic of South Africa's Government Gazette, Vol. 606, 15 December 2015, No. 39514, http://www.thedtic.gov.za/wp-content/uploads/Investment_Act_22of2015.pdf.

⁴⁴ K. Mohamadieh: *The Future of Investor-State Dispute Settlement Deliberated at UNCITRAL: Unveiling a Dichotomy between Reforming and Consolidating the Current Regime*. „Investment Policy Brief” 2019, 16, s. 7, https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2019/03/IPB16_The-Future-of-ISDS-Deliberated-at-UNCITRAL_EN.pdf.

⁴⁵ X. Carim: *International Investment Agreements...*, s. 57. W opracowanej brazylijskiej modelowej umowie inwestycyjnej (która od 2015 r. stanowi podstawę negocjacyjną tego kraju przy negocjowaniu porozumień handlowych z innymi państwami) również nie wprowadzono mechanizmu arbitrażowego, lecz przewidziano rozpatrywanie sporów inwestycyjnych na poziomie relacji między państwowych. Zob. C. Titi: *Who's Afraid of Reform?...*, s. 235.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 234.

W drugim nurcie pojawiają się rozwiązania utrzymujące model rozstrzygnięcia sporów inwestycyjnych w ramach postępowania bezpośredniego między inwestorem i państwem, jednak w wersji zmodyfikowanej. Przykładem może być wprowadzanie w niektórych umowach lub umowach wzorcowych różnego rodzaju obowiązków w stosunku do inwestorów zagranicznych, które mogą się stać podstawą roszczeń wzajemnych państwa w stosunku do inwestora w arbitrażu bądź też zamknąć inwestorowi drogę do arbitrażu inwestycyjnego w przypadku naruszenia tych obowiązków⁴⁷. W nurcie reformatorskim arbitrażu inwestycyjnego należy umieścić także propozycję stworzenia permanentnego, wielostronnego sądu inwestycyjnego (MIC), promowaną przez Unię Europejską⁴⁸. W ocenie Unii Europejskiej sąd inwestycyjny ma stanowić antidotum na problemy, z którymi boryka się sądownictwo arbitrażowe *ad hoc*⁴⁹. Stały sąd inwestycyjny (Investment Court System ICS) przewidziany w umowie UE z Kanadą (CETA) i następnie powielany w kolejnych umowach handlowych zawieranych przez UE (np. z Wietnamem czy Singapurem) ma być instrumentem pośrednim w drodze do ustanowienia wielostronnego sądu inwestycyjnego⁵⁰.

Trzeci nurt zmian, który prowadzi do ograniczenia zasięgu arbitrażu inwestycyjnego, polega na wprowadzaniu w niektórych umowach o ochronie inwestycji swego rodzaju „filtrów”, wyłączających zagadnienia szczególnie wrażliwe dla państwa z zakresu spraw podlegających jurysdykcji trybunału arbitrażowego⁵¹.

⁴⁷ K. Mohamadieh (*The Future...*, s. 8) wskazuje indyjską umowę modelową oraz umowę dwustronną Nigeria—Maroko jako przykład regulacji przewidujących dodatkowe obowiązki inwestora. Więcej na temat wymogów stawianych przez wzorcową umowę indyjską zob. C. Titi: *Who's Afraid of Reform?...*, s. 235. Z kolei w umowach zawieranych przez Turcję z Burundi, Mozambikiem i Ukrainą przewidziano, że ochrona inwestycji jest uzależniona od wkładu inwestora w zrównoważony rozwój i rozwój ekonomiczny kraju inwestycji.

⁴⁸ Można powątpiewać w to, czy proponowany instrument stanowić będzie nadal reformę arbitrażu inwestycyjnego w tym sensie, że taka instytucja nie powinna już być nazywana arbitrażem, cechuje ją bowiem wybieralność arbitrów przez strony. Niemniej jednak trzeba podkreślić tożsamość tej propozycji z obecnym modelem w tym sensie, że pozostawia on odpolitycznioną strukturę zewnętrzną w stosunku do państwa, która będzie rozpatrywać spory inwestycyjne.

⁴⁹ Zob. stanowisko z dnia 16 września 2015 r. ówczesnego komisarza ds. handlu UE C. Malmström: *Proposing an Investment Court System*, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/malmstrom/blog/proposing-investment-court-system_en.

⁵⁰ L. Rönnelid: *Research Report...*, s. 7 i n.

⁵¹ K. Mohamadieh (*The Future...*, s. 8) wskazuje mechanizm „filtrujący” w umowie między Australią i Chinami, jak również propozycję wyłączenia spraw związanych z regulacjami antynikotynowymi, zgłoszone przez Australię najpierw na etapie Trans-Pacific partnership agreement i później w ramach Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership.

2. Dyskusja w ramach prac Grupy Roboczej III UNCITRAL

Narastająca i kompleksowa krytyka istniejącego modelu rozstrzygnięcia sporów inwestycyjnych leży u podstaw rozpoczęcia prac nad reformą obecnego systemu w ramach prac UNCITRAL. Grupa Robocza III w pierwszym etapie prac zidentyfikowała podstawowe zarzuty podnoszone w stosunku do arbitrażu inwestycyjnego w raporcie z dnia 18 września 2017 r.⁵² Problemy zostały podzielone na kilka grup. W pierwszej grupie problemów, w której ujęto aspekty procesowe oraz dotyczące wyniku postępowania, wymienia się: czas trwania postępowania oraz jego koszty, transparentność postępowania, standardy ochrony inwestycji (w kontekście ciągłości linii orzeczniczej i przewidywalności rezultatu) oraz ostateczność orzeczeń arbitrażowych (brak mechanizmu kontrolnego). W drugiej grupie znajdują się problemy dotyczące arbitrów (brak gwarancji niezawisłości i bezstronności, wąska grupa osób nominowanych jako arbitrzy, brak przejrzystości procesu nominacyjnego, problem „obrotowych drzwi”⁵³, etyczne problemy wpływu finansowania arbitrażu przez osoby trzecie). W trzeciej grupie wymieniono problemy związane z oceną społeczną arbitrażu inwestycyjnego (asymetria postępowania dostępnego tylko inwestorom zagranicznym, pominięcie wewnętrznego krajowego systemu rozstrzygnięcia sporów i szeroko ujęty brak legitymacji dla tego sposobu uprzywilejowania inwestorów zagranicznych w systemach demokratycznych)⁵⁴. W toku dalszych prac Grupy Roboczej ustalono, że w ramach reformy systemu rozstrzygnięcia sporów inwestycyjnych uwaga powinna zostać skupiona na następujących grupach zagadnień⁵⁵:

1. Brak ciągłości linii orzeczniczej, brak logicznej zgodności między różnymi orzeczeniami oraz ich poprawności. W tej grupie zagadnień należy skoncentrować się na następujących kwestiach:

⁵² Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS) Note by the Secretariat A/CN.9/WG.III/WP.142 [dalej: Note A/CN.9/WG.III/WP.142], <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.142>.

⁵³ Szerzej o problemie obrotowych drzwi M. Langford, D. Behn, R. Lie: *The Revolving Door in International Investment Arbitration*. „Journal of International Economic Law” 2017, 20, s. 301—331, <https://academic.oup.com/jiel/article/20/2/301/3859188>.

⁵⁴ Zob. także Note A/CN.9/WG.III/WP.142, s. 6—10.

⁵⁵ Na podstawie dokumentu Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS) Note by the Secretariat A/CN.9/WG.III/WP.166 z dnia 30 lipca 2019 r., s. 2—3 [dalej: Note A/CN.9/WG.III/WP.166], <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.166>. Dokument ten uzupełnia stanowisko Working Group III, wyrażone wcześniej w dokumencie Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS) Note by the Secretariat A/CN.9/WG.III/WP.149 z dnia 5 września 2018 r., <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.149>.

- a) nieusprawiedliwiona różnorodność procesu interpretacji postanowień traktatowych oraz zasad prawa międzynarodowego dokonywana przez trybunały orzekające⁵⁶;
 - b) brak ram prawnych dotyczących postępowań „zwielokrotnionych” (*multiple proceedings*); pod pojęciem postępowań „zwielokrotnionych” kryje się wiele różnych możliwych konfiguracji procesowych⁵⁷;
 - c) kompletny brak lub niedoskonałość mechanizmów korygowania niespójnych bądź wadliwych orzeczeń w ramach istniejących traktatów⁵⁸.
2. Problemy dotyczące arbitrów. W tej grupie zagadnień wymienia się:
- a) braki w zakresie bezstronności i niezależności arbitrów⁵⁹;
 - b) niedostatki w kwestii transparentności i efektywności mechanizmów ujawniania konfliktów interesów oraz w kwestii efektywności mechanizmów zmiany arbitra⁶⁰;
 - c) homogeniczność społeczności arbitrażowej⁶¹;
 - d) wątpliwości w kwestii prawidłowości ukonstytuowania się trybunałów orzekających⁶².
3. Koszty i długość postępowań. W tej grupie problemów ujęto trzy zagadnienia szczegółowe:
- a) koszty i długość postępowania oraz problem pozwów „lekkomyślnych” (*frivolous claims*)⁶³;
 - b) alokacja kosztów dokonywana przez trybunały orzekające⁶⁴;
 - c) zabezpieczenie kosztów postępowania⁶⁵.
4. Finansowanie postępowania przez osoby trzecie. W tym zakresie podjęta jest próba zdefiniowania i uregulowania kwestii finansowania postępowania przez podmioty inne niż jego strony⁶⁶.
5. Zagadnienia dodatkowe, takie jak:
- a) inne metody rozstrzygania sporów inwestycyjnych niż arbitraż;

⁵⁶ Zob. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-sixth session (Vienna, 29 October—2 November 2018) A/CN.9/964 z dnia 6 listopada 2018 r., § 39 i 40, s. 8 [dalej: Report A/CN.9/964], <https://undocs.org/A/CN.9/964>.

⁵⁷ Co do szczegółów Report A/CN.9/964, § 43, s. 8.

⁵⁸ Report A/CN.9/964, § 54—63, s. 10 i 11.

⁵⁹ Report A/CN.9/964, § 66—83, s. 11 i 13.

⁶⁰ Report A/CN.9/964, § 84—90, s. 13 i 14.

⁶¹ Report A/CN.9/964, § 91—98, s. 14 i 15.

⁶² Report A/CN.9/964, § 99—108, s. 15 i 16.

⁶³ Report A/CN.9/964, § 110—123, s. 16—18.

⁶⁴ Report A/CN.9/964, § 124—127, s. 18.

⁶⁵ Report A/CN.9/964, § 128—133, s. 19.

⁶⁶ Report A/CN.9/964, § 17—25, s. 5 i 6.

- b) wymóg wykorzystania krajowych środków dochodzenia roszczeń przed skierowaniem sprawy do arbitrażu;
- c) udział osób trzecich w postępowaniu;
- d) skarga wzajemna w toku postępowania arbitrażowego;
- e) problem „efektu mrozącego” w arbitrażu inwestycyjnym;
- f) obliczanie odszkodowania⁶⁷.

W toku prac Grupy Roboczej zwrócono uwagę na fakt, że arbitraż inwestycyjny generuje problemy nie tylko w aspekcie proceduralnym, lecz także materialnoprawnym. Uznano jednak, że mandat przyznany Grupie Roboczej przez UNCITRAL ogranicza się wyłącznie do szeroko ujętych zagadnień proceduralnych⁶⁸.

Na posiedzeniu w Wiedniu, które odbyło się w dniach od 14 października do 18 października 2019 r., uzgodniono harmonogram prac na kolejne spotkania grupy oraz wstępnie przedyskutowano trzy problemy:

- a) rozważano potrzebę stworzenia centrum doradczego w zakresie arbitrażu inwestycyjnego oraz potencjalny zakres zadań, jakie to centrum miałyby wykonywać⁶⁹;
- b) rozważano, w jaki sposób i jak sprecyzować wymogi stawiane arbitrom i wiążące ich zasady postępowania; równocześnie zastanawiano się, w jaki sposób egzekwować ewentualne ustalenia w tym zakresie⁷⁰;
- c) rozważano problem finansowania postępowań arbitrażowych przez osoby trzecie⁷¹.

Zwrócono jednocześnie uwagę na fakt, że wyniki reformy muszą być zgodne z celami zrównoważonego rozwoju (*Sustainable Development Goals* — SDG)⁷², oraz że nie mogą utrudniać realizacji celów Porozumienia paryskiego⁷³. Zalecono także, aby Sekretariat przeprowadził badania dotyczące metodologii obliczania odszkodowań w arbitrażu inwe-

⁶⁷ Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-seventh session (New York, 1—5 April 2019) z dnia 9 kwietnia 2019 r. A/CN.9/970, § 29—40, s. 6—8, <https://undocs.org/A/CN.9/970>.

⁶⁸ Note A/CN.9/WG.III/WP.166, § 7, s. 3 i 4 odwołuje się do mandatu wynikającego z Report A/72/17 § 264, s. 46. Wątek zawężenia prac do zagadnień proceduralnych jest szerzej rozważany w dalszej części niniejszego opracowania.

⁶⁹ Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-eighth session (Vienna, 14—18 October 2019) A/CN.9/1004 z dnia 23 października 2019 r., § 28—50, s. 8—11 [dalej: Report A/CN.9/1004], <https://undocs.org/en/A/CN.9/1004>.

⁷⁰ Report A/CN.9/1004, § 51—78, s. 11—15.

⁷¹ Report A/CN.9/1004, § 79—98, s. 15—18.

⁷² Więcej informacji na temat SDG zob. <https://sustainabledevelopment.un.org/?menu=1300>.

⁷³ Chodzi o porozumienie przyjęte podczas konferencji klimatycznej w Paryżu (COP21) w grudniu 2015 r. Zob. Report A/CN.9/1004, § 99, s. 18.

stycyjnym⁷⁴. W ramach prac dyskutowana jest również kwestia, w jaki sposób implementować wypracowane rozwiązania do istniejącej sieci porozumień inwestycyjnych⁷⁵.

W dniach od 20 stycznia do 24 stycznia 2020 r. w Wiedniu miała miejsce 38. sesja Grupy Roboczej. Spotkanie to zaowocowało dyskusją dotyczącą wprowadzenia mechanizmu odwoławczego od orzeczeń trybunałów arbitrażowych. Do rozpatrywania takich skarg miałby zostać powołany stały organ. Szczególnie dyskusyjna była kwestia, jaki powinien być zakres weryfikacji dokonywanej przez organ odwoławczy, oraz jakie miałyby być konsekwencje takiej „apelacji”⁷⁶. Przeprowadzono również wstępne rozważania dotyczące potencjalnych źródeł finansowania nowej instytucji odwoławczej⁷⁷. Zastanawiano się też nad mechanizmami wyznaczania arbitrów. W tym zakresie dyskusja miała charakter bardzo ogólny. Trudno bowiem oczekiwać precyzyjnych ustaleń, gdy nie wiadomo, czy reforma zmierzać ma w kierunku powoływania stałych sędziów/arbitrów, czy też dominować ma obecny mechanizm wyznaczania składów *ad hoc*⁷⁸.

Prace nad reformą miały być kontynuowane podczas 39. sesji Grupy Roboczej, która miała się odbyć w Nowym Jorku, w dniach od 30 marca do 3 kwietnia 2020 r. W jej ramach miały być prowadzone rozmowy dotyczące struktury wypracowywanego rozwiązania wielostronnego i jego relacji do istniejącej sieci umów o ochronie inwestycji⁷⁹. Z uwagi na sytuację epidemiologiczną sesja ta została jednak bezterminowo przełożona.

Należy również wspomnieć, że dnia 1 maja 2020 r. ICSID i UNCITRAL przedstawiły projekt Kodeksu postępowania arbitrów w sporach inwestycyjnych, który stanowić ma próbę odpowiedzi na zarzuty dotyczące szeroko ujętego systemu powoływania arbitrów w arbitrażu inwestycyjnym (np. problemy konfliktu interesów czy kwestia tzw. *double hatting*, czyli występowania tych samych osób w różnych rolach — jako

⁷⁴ Report A/CN.9/1004, § 102, s. 19.

⁷⁵ Report A/CN.9/1004, § 101, s. 18.

⁷⁶ Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its resumed thirty-eight session (Vienna, 20—24 January 2020) A/CN.9/1004/Add.1 z dnia 28 stycznia 2020 r., § 16 i n., s. 5 i n. [dalej: Report A/CN.9/1004/Add.1], <https://undocs.org/en/A/CN.9/1004/Add.1>.

⁷⁷ A/CN.9/1004/Add.1, § 82—94, s. 14—15.

⁷⁸ A/CN.9/1004/Add.1, § 95—133, s. 16—20. Problem ten pojawia się w rozważaniach F. Dias Simões: *UNCITRAL Working Group III: Would an Investment Court De-politicize ISDS?*, March 25, 2020, Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/25/uncitral-working-group-iii-would-an-investment-court-de-politicize-isds/?doing_wp_cron=1592664439.3457798957824707031250.

⁷⁹ Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS) Note by the Secretariat A/CN.9/WG.III/WP.194, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.194>.

arbitrzy, pełnomocnicy stron bądź niezależni eksperci, co może wzbudzać uzasadnione wątpliwości co do ich niezależności⁸⁰. Projekt ma stanowić punkt wyjścia do dalszych prac Grupy Roboczej.

3. Potencjalne kierunki reformy arbitrażu inwestycyjnego

Przytoczone sprawozdanie nie odzwierciedla złożoności prowadzonej dyskusji, a jej tło z pewnością wymagałoby przybliżeń. Nie jest to jednak możliwe w ramach niniejszego, ograniczonego z konieczności, opracowania. Trzeba jednocześnie podkreślić, że obecne kierunki dyskusji nie mogą stanowić kierunkowskazów pozwalających przewidywać, jaki będzie finał prac Grupy. Dyskusja jest bardzo dynamiczna, a w toku prowadzonych rozmów zawsze podkreśla się, że nie przesądzają one kształtu przyszłej reformy. Wynik prac Grupy Roboczej będzie w dużym stopniu uzależniony od tego, które z prezentowanych stanowisk uzyska z biegiem czasu przewagę. Można wskazać na trzy grupy ścierających się stanowisk⁸¹, z tym że pamiętać trzeba, że linia demarkacyjna pomiędzy nimi nie jest ostra. Zwolenników pierwszego stanowiska nazwać można frakcją konserwatywną. W grupie tej panuje przekonanie, że arbitraż inwestycyjny nie wymaga większych modyfikacji, a drobne korekty możliwe są do wprowadzenia bądź w drodze wykładni istniejących umów, bądź w rezultacie niewielkich korekt legislacyjnych.

⁸⁰ Zob. <https://uncitral.un.org/en/codeofconduct>. Krótkie omówienie propozycji przedstawiła Ch. Giorgetti: *ICSID and UNCITRAL Publish the Anticipated Draft of the Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement*, May 2, 2020, Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/02/icsid-and-uncitralpublish-the-anticipated-draft-of-the-code-of-conduct-for-adjudicators-in-investor-statedispute-settlement/?doing_wp_cron=1592684708.7732639312744140625000.

⁸¹ A. Roberts (*Incremental, Systematic, ad Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration*, „American Journal of International Law” 2018, 112, s. 410) oraz C. Titi (*Who's Afraid of Reform?...*, s. 232) wskazują na trzy kierunki proponowanych reform i na ich zwolenników, nazywając te kierunki odpowiednio: *Incremental reform*, *Systematic reform* oraz *Paradigmatic reform*, a ich zwolenników: *Incrementalists*, *Systemic reformers* oraz *Paradigm shifters*. We wcześniejszej wypowiedzi A. Roberts nazywała zwolenników tych kierunków odpowiednio: *Loyalists*, *Reformists* oraz *Revolutionaries*, wskazując jeszcze na czwartą grupę — tych, którzy na tym etapie pozostają niezdecydowani, którą z frakcji należy poprzeć. Zob. A. Roberts: *The Shifting Landscape of Investor-State Arbitration: Loyalists, Reformists, Revolutionaries and Undecideds*. „International Economic Law and Policy Blog”, 15 June 2017, <https://www.ejiltalk.org/the-shifting-landscape-of-investor-state-arbitration-loyalists-reformists-revolutionaries-and-undecideds/>.

Drugą grupę nazwać można reformatorską. W jej ramach proponuje się dalej idącą reformę obecnego modelu, która ma zostać zrealizowana w efekcie wprowadzenia strukturalnych modyfikacji istniejących ram postępowania. Najbardziej kompleksową propozycję w tym zakresie przedstawiła Unia Europejska, postulująca wprowadzenie międzynarodowego stałego sądu inwestycyjnego, na wzór Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Z kolei frakcja rewolucyjna bądź kwestionuje w ogóle użyteczność rozwiązywania sporów inwestycyjnych w ramach postępowania prowadzonego na poziomie międzynarodowym z udziałem państwa oraz inwestora, bądź też twierdzi, że system wymaga głębokiej, strukturalnej zmiany, nieograniczającej się jedynie do ram procesowych postępowania. Zwolennicy tego poglądu uważają, że obecny system dotknięty jest fundamentalnymi wadami, które niemożliwe są do usunięcia w ramach zabiegów korygujących. Konsekwencją przyjęcia takiej perspektywy jest wniosek, że spory inwestycyjne powinny być rozstrzygane albo na poziomie relacji między rządami (stanowisko takie prezentuje Brazylia), albo że należy wprowadzić odpowiednie rozwiązania, umożliwiające dochodzenie roszczeń inwestorskich wyłącznie przed sądami kraju przyjmującego.

Nie można wykluczyć, że osiągnięcie jakiegokolwiek realnego konsensusu w przypadku tak rozbieżnych poglądów okaże się niemożliwe, a zaproponowane zmiany jedynie w drobnym stopniu przyczynią się do neutralizowania zidentyfikowanych problemów. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w pierwszej fazie prac Grupy nakreślono kompleksowy i przekonujący obraz obecnego kryzysu⁸². Niestety, w pracach grupy ściera się wiele sprzecznych z sobą interesów i wizji, co oznacza, że realna jest obawa, iż nie uda się wypracować jednego modelu odpowiadającego wszystkim uczestnikom dyskusji. Prawdopodobnie właśnie ze względu na istniejące rozbieżności nie podjęto poważniejszych rozmów dotyczących założeń strukturalnych planowanego modelu. I tak, gdy w trakcie 38. sesji miał pojawić się wysoce kontrowersyjny problem wielostronnego stałego sądu inwestycyjnego, dyskusja została ostatecznie zaaranżowana w ten sposób, że przedmiotem rozmów stały się zagadnienia bardziej szczegółowe⁸³. Taki sposób organizowania prac pozwala uniknąć kon-

⁸² Podobnie G. Van Harten, J. Kelsey, D. Schneiderman: *Phase 2 of the UNCITRAL ISDS Review...*, s. 13.

⁸³ A. Nica (*UNCITRAL Working Group III: One Step Closer to a Multilateral Investment Court?*, March 24, 2020, Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/24/uncitral-working-group-iii-one-step-closer-to-a-multilateral-investment-court/?doing_wp_cron=1592656079.528554916381835937500) zwraca uwagę, że pierwotny harmonogram styczniowego posiedzenia Grupy Roboczej przewidywał, po raz pierwszy od rozpoczęcia prac Grupy, dyskusję na temat stałego sądu

frontacji stanowisk dotyczących pytań fundamentalnych i daje szansę na poszukiwanie kompromisów w ramach różnych zagadnień częściowych⁸⁴. Z jednej strony takie zatomizowane podejście daje większe szanse na pewien postęp w pracach Grupy⁸⁵. Z drugiej jednak strony zatomizowanie dyskusji i podzielenie jej na trudne do skoordynowania wątki uniemożliwia zmierzenie się ze strukturalnymi problemami dotyczącymi istniejącego systemu. Pojawia się wówczas pytanie o sens osiągania drobnych kompromisów w sytuacji, gdy nie określono celu, do którego się zmierza⁸⁶.

Mandat prac dla Grupy Roboczej III został określony przez UNCITRAL bardzo szeroko. Wydaje się jednak, że w toku prac doszło do jego zawężającej interpretacji. Jak już wspomniano, dominuje stanowisko, zgodnie z którym Grupa zajmuje się wyłącznie zagadnieniami proceduralnymi, jej mandat bowiem nie obejmuje zagadnień materialnoprawnych. Twierdzenie to budzi wątpliwości. Z przebiegu prac UNCITRAL trudno jest wyprowadzić wnioski o takim ograniczeniu mandatu narzuczonego Grupie Roboczej. Z jednej strony stwierdzono, że prace dotyczące rozwiązań materialnoprawnych nie są tak pilne, jak prace dotyczące zagadnień proceduralnych⁸⁷, oraz że Grupa powinna podjąć prace zmierzające do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy i ewentualnie jakie zmiany konieczne są w zakresie postępowania arbitrażowego w arbitrażu inwestycyjnym oraz w zakresie zasad etyki arbitrów⁸⁸. Z drugiej jednak strony brzmienie samego mandatu nie zawiera żadnych ograniczeń i dotyczy zidentyfikowania problemów, ustalenia, czy reforma w ich kontekście jest wymagana, oraz zaproponowania potencjalnych rozwiązań. Co więcej, podkreśla się, że mandat ma bardzo szeroki zakres⁸⁹. W pracach Grupy

arbitrażowego (MIC Multilateral Investment Court — wspomniany wcześniej projekt Unii Europejskiej). Zagadnienie to jest źródłem wielu rozbieżnych ocen. Temat nie został omówiony kompleksowo, lecz został podzielony na zagadnienia szczegółowe (wykonalność orzeczeń, finansowanie, wybór arbitrów), w których „rozmyła się” konieczność podejmowania decyzji w kwestiach bardziej kontrowersyjnych.

⁸⁴ Zob. komentarz A. Roberts, T.S. John: *UNCITRAL and ISDS Reforms: What Makes Something Fly?* (February 11, 2020), <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-what-makes-something-fly/>.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ A. Roberts, T.S. John: *UNCITRAL and ISDS Reform: Plausible Folk Theories*, February 13, 2020, <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-plausible-folk-theories/>. Autorki zwracają uwagę, że wątpliwość tę często podnoszą przedstawiciele świata nauki, organizacje społeczne czy niektóre państwa. Jednakże wiele państw, w szczególności tych, z których pochodzą duże korporacje eksportujące kapitał (potencjalni inwestorzy zagraniczni), zainteresowanych jest ograniczeniem pola dyskusji.

⁸⁷ Report A/72/17 § 257, s. 45 i 46.

⁸⁸ Report A/72/17 § 447, s. 85.

⁸⁹ Report A/72/17 § 264, s. 46 i 47: „The Commission entrusted Working Group III with a broad mandate to work on the possible reform of investor-State dispute settle-

Roboczej skupiono się jednak na zagadnieniach procesowych, choć rozumianych szeroko. Dominuje przekonanie, że za pomocą odpowiednio zmodyfikowanych instrumentów procesowych uda się rozwiązać także niektóre dylematy natury materialnoprawnej⁹⁰. Jednocześnie takie zawężenie mandatu Grupy zmniejsza niebezpieczeństwo podjęcia zagadnień najbardziej spornych, a tym samym ryzyko niepowodzenia całego projektu. To właśnie zagadnienia materialnoprawne są nośnikiem najgłębszych wątpliwości dotyczących tej drogi rozstrzygania sporów między inwestorem i państwem. Trudno np. wyobrazić sobie, w jaki sposób, bez ingerencji w materialnoprawne podstawy rozstrzygania sporów inwestycyjnych, zażegnać niebezpieczeństwo efektu *regulatory chill*, gdy państwo powstrzymuje się od wprowadzania konkretnych rozwiązań legislacyjnych, nie mogąc uprzednio przesądzić, jakie mogą być skutki ich ustanowienia z perspektywy roszczeń inwestycyjnych⁹¹. Tym bardziej trudno sobie wyobrazić, w jaki sposób w drodze wyłącznie proceduralnych modyfikacji obecnego modelu ma dojść do realizacji celów zrównoważonego rozwoju⁹². Obecnie trudno znaleźć jakieś wskazówki dotyczące tego zagadnienia, poza wspomnianą wcześniej ogólną deklaracją w ramach prac Grupy Roboczej. Nawet najbliższa całościowemu ujęciu problemu propozycja Unii Europejskiej, dotycząca prac nad stałym sądem inwestycyjnym, nie obej-

ment. In line with the UNCITRAL process, Working Group III would, in discharging that mandate, ensure that the deliberations, while benefiting from the widest possible breadth of available expertise from all stakeholders, would be Government-led, with high-level input from all Governments, consensus-based and fully transparent. The Working Group would proceed to: (a) first, identify and consider concerns regarding investor-State dispute settlement; (b) second, consider whether reform was desirable in the light of any identified concerns; and (c) third, if the Working Group were to conclude that reform was desirable, develop any relevant solutions to be recommended to the Commission. The Commission agreed that broad discretion should be left to the Working Group in discharging its mandate, and that any solutions devised would be designed taking into account the ongoing work of relevant international organizations and with a view to allowing each State the choice of whether and to what extent it wished to adopt the relevant solution(s)" [podkr. J.Z].

⁹⁰ G. Van Harten, J. Kelsey, D. Schneiderman: *Phase 2 of the UNCITRAL ISDS Review...*, s. 2; zob. także A. Arcuri, F. Violi: *Reforming ISDS...*, s. 8.

⁹¹ Zwracają na to uwagę: G. Van Harten, J. Kelsey, D. Schneiderman: *Phase 2 of the UNCITRAL ISDS Review...*, s. 10 i n. oraz A. Arcuri, F. Violi: *Reforming ISDS...*, s. 7.

⁹² Tak również: G. Van Harten, J. Kelsey, D. Schneiderman: *Phase 2 of the UNCITRAL ISDS Review...*, s. 14; także N.J. Diamond, K.A.N. Duggal: *ISDS Reform and Advancing All „Generations” of Human Rights*, June 17, 2020, Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/17/isds-reform-and-advancing-all-generations-of-human-rights/?doing_wp_cron=1592658056.1291019916534423828125 zwracają uwagę na brak odniesienia prac do celów zrównoważonego rozwoju, zaznaczając, że w jakimś stopniu w pracach można znaleźć nawiązanie do 16. celu SDG.

muje swoim zakresem wielu strukturalnych problemów odnoszących się chociażby do asymetrii całego systemu ukierunkowanego na potrzebę ochrony inwestora⁹³. Wprawdzie mandat Grupy Roboczej nie wyklucza zajęcia się zagadnieniem skargi wzajemnej w arbitrażu inwestycyjnym⁹⁴, jednak trudno sobie wyobrazić, że wątek ten może zostać rozstrzygnięty bez głębszej debaty, dotyczącej materialnoprawnych podstaw i zasad orzekania w arbitrażu inwestycyjnym.

Ostatecznie więc nie wydaje się możliwe rozwiązanie wszystkich zasygnalizowanych przez UNCITRAL trudności bez podjęcia dyskusji dotyczącej kwestii materialnoprawnych⁹⁵ oraz bez ustalenia kompleksowych ram przyszłych rozwiązań. Dopiero w granicach tak zakreślonych ram można prowadzić prace szczegółowe. Wymagałoby to jednak odwrócenia obecnych zasad działania i ze względów wzmiankowanych wcześniej zwiększyło ryzyko porażki całego projektu. W tym zakresie zatem raczej nie należy oczekiwać przełomu.

Jak wcześniej wspomniano, finalny efekt prac zależeć będzie w dużym stopniu od tego, czy, a jeśli tak, to która z wymienionych powyżej trzech grup stanowisk uzyska przewagę. Każda grupa charakteryzuje się indywidualnymi cechami, które stanowią o jej mocnych oraz słabych stronach. Silną stroną frakcji konserwatywnej jest jej skład, w którym znaleźć można wiele państw wysoko rozwiniętych (eksporterów kapitału) oraz wielu uznanych praktyków arbitrażu, jak również główne instytucje arbitrażowe⁹⁶. Wśród słabych stron tej grupy można wymienić dwie okoliczności. Po pierwsze, nie jest ona tak jednorodna, jak w przeszłości, i część państw wysoko rozwiniętych nie jest już zainteresowana utrzymaniem *status quo*. Na pierwszy plan wysuwają się tutaj Stany Zjednoczone, których stanowisko jest obecnie dosyć nieprzewidywalne, chyba najbliższe frakcji rewolucyjnej. Po drugie, nadmierny opór frakcji

⁹³ K. Mohamadieh: *The Future...*, s. 9.

⁹⁴ A. De Luca: *UNCITRAL Working Group III: Counterclaims in ISDS — Challenges and Prospects in Light of the UNCITRAL Reform Process*, March 28, 2020, Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/28/uncitral-working-group-iii-counterclaims-in-isds-challenges-and-prospects-in-light-of-the-uncitral-reform-process/?doing_wp_cron=1592665294.8821029663085937500000.

⁹⁵ K. Mohamadieh: *The Future...*, s. 10.

⁹⁶ A. Roberts: *Incremental...*, s. 418 i 419. Autorka zwraca uwagę, że instytucje arbitrażowe cechuje możliwość przejścia z frakcji konserwatywnej do reformatorskiej. Instytucje te zainteresowane są bowiem utrzymaniem swoich wpływów i, jeśli nie będzie to możliwe w ramach obecnego modelu, będą dążyć do tego, aby wpisać się w model zmieniony. Przykładem może być tutaj przywołany wcześniej projekt kodeksu postępowania arbitrów w sporach inwestycyjnych, przygotowany przez ICSID i UNCITRAL. Dokument przygotowany jest w duchu bardzo ograniczonych modyfikacji stanu obecnego, jednak pozwala na wprowadzenie odważniejszych korekt, jeżeli w tym kierunku zmierzać będą ustalenia Grupy Roboczej.

konserwatywnej w stosunku do propozycji głębszej reformy może doprowadzić do załamania się systemu i do uzyskania przewagi przez frakcję rewolucyjną (gdy państwa w większości zrezygnują z obecnie dominującej drogi rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem). Z tego też względu nie można wykluczyć z biegiem czasu przesuwania się zwolenników frakcji konserwatywnej w kierunku frakcji reformatorskiej⁹⁷.

Propozycja reformatorska znalazła się chyba w najtrudniejszym położeniu, będąc w ogniu krytyki zarówno opcji konserwatywnej (zarzucającej reformatorom demontaż systemu), jak i opcji rewolucyjnej (twierdzącej, że nowe mechanizmy często stanowią jedynie próby zakamuflowania istniejących problemów)⁹⁸. Dodatkowy problem stanowi fakt, że frakcja reformatorska musi budować koalicję popierającą konkretne rozwiązanie, co jest trudniejsze niż zaproponowanie opcji, do których poszczególne państwa mogą przystąpić lub nie⁹⁹. Głównym moderatorem dyskusji w ramach tej frakcji pozostaje Unia Europejska ze swoim projektem stałego sądu inwestycyjnego. Stanowisko tej frakcji może przeważać w sytuacji, w której pojawi się zagrożenie dla całego systemu arbitrażu inwestycyjnego, co prawdopodobnie skutkowałoby zgodą na głębszą reformę wyrażoną przez obecnych konserwatystów. Jednocześnie reformatorzy mogą skorzystać na wsparciu frakcji rewolucyjnej w sytuacji, w której zwolennicy zmian radykalnych dojdą do wniosku, że przeważa stanowisko konserwatywne.

Państwa, które odrzucają obecny system, znajdują się z jednej strony w dogodnej sytuacji (najczęściej bowiem mogą rozwiązywać lub wypowiedzieć wiążące je umowy i tą drogą uwalniać się z ram arbitrażu inwestycyjnego niezależnie od wyniku prac Grupy)¹⁰⁰, jednak z drugiej strony uwolnienie się z ram obecnego systemu może być dla takich państw kłopotliwe, ze względu na zawarte najczęściej w istniejących umowach tzw. *sunset clauses*¹⁰¹. Wielu zwolenników reform radykalnych uważa, że system nie musi być całkowicie odrzucony, jeśli zostanie kompleksowo zreformowany, a zmiany nie ograniczą się do wątków proceduralnych, lecz obejmą także zagadnienia materialnoprawne. Ta grupa może ostatecznie wesprzeć frakcję reformatorską, jeśli okaże się, że tak radykalne zmiany nie są na tym etapie możliwe¹⁰².

⁹⁷ Ibidem, s. 419.

⁹⁸ Ibidem, s. 420.

⁹⁹ Ibidem, s. 419.

¹⁰⁰ Ibidem, s. 421.

¹⁰¹ Są to klauzule pozwalające dojść do skutku postanowieniom umów inwestycyjnych przez określony czas po ich wypowiedzeniu (najczęściej jest to 10 lub 20 lat). Zob. np. G. Zarra: *The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is There Need for a Systemic Reform?* „Chinese Journal of International Law” 2018, 17, s. 181—182.

¹⁰² A. Roberts: *Incremental...*, s. 422.

Podsumowanie

Przy obecnym rozproszeniu stanowisk najbardziej prawdopodobny scenariusz jest taki, że prace zmierzać będą w kierunku wypracowania wachlarza różnych rozwiązań proceduralnych, które na zasadzie dobrowoli będą mogły zostać przyjęte przez poszczególne państwa. Takie elastyczne ramy powodują, że państwa będą zainteresowane w wypracowaniu owego wachlarza rozwiązań, wśród których będą mogły poszukiwać opcji najbardziej odpowiadającej ich potrzebom¹⁰³. Nie można jednak pominąć, że taka pogłębiona defragmentacja obecnego systemu może stanowić dla niego raczej dodatkowe zagrożenie niż być lekarstwem na istniejące problemy¹⁰⁴. Z jednej strony brak ujednoczonych rozwiązań systemowych można potraktować jako przejaw różnorodności, która pozwoli dopasować istniejące instrumenty do realiów lokalnych¹⁰⁵. Z drugiej jednak strony świat stoi obecnie przed wyzwaniami, które wymagają raczej jednolitego współdziałania państw i kształtowania jednolitej, kompromisowej polityki międzynarodowej niż dalszego jej rozpraszania. Osiągnięcie celów zrównoważonego rozwoju nie stanowi w tej chwili wyboru poszczególnych państw, lecz jest raczej wspólnym wyzwaniem dla ludzkości, o ile dąży ona do uchronienia cywilizacji przed egzystencjalnym kryzysem. Konieczność kształtowania polityki inwestycyjnej przez pryzmat poszanowania praw człowieka i ochrony klimatu nie jest jedynie wyzwaniem moralnym, lecz przejawem instynktu samozachowawczego. Jeśli na ochronę inwestycji nie spojrzysz kompleksowo, to tym samym utracisz sposobność przekształcenia arbitrażu inwestycyjnego z instrumentu chroniącego głównie interesy dużych inwestorów w instrument chroniący także społeczności lokalne oraz mający w centrum uwagi społeczne, środowiskowe i klimatyczne oddziaływania inwestycji. Światowa polityka inwestycyjna musi faktycznie, a nie tylko werbalnie wesprzeć realizację celów zrównoważonego rozwoju¹⁰⁶. Niestety, nie wydaje się realne, aby w toku prac reformatorskich nad arbitrażem inwe-

¹⁰³ A. Roberts, T.S. John (*UNCITRAL and ISDS Reforms: What Makes Something Fly?...*) twierdzą: „If states know that they will ultimately have a choice on which options to join, they may feel more comfortable spending their time developing options so they will have a good menu of reforms from which to choose later. Although this approach takes time, it is much more inclusive than having one or more delegation provide a fully developed prototype and it is likely to ensure greater buy in to the process overall”.

¹⁰⁴ C. Titi: *Who's Afraid of Reform?...*, s. 236.

¹⁰⁵ Ciekawą analizę dostępnych opcji, wraz z oceną ich silnych i mocnych stron, przedstawiają S. Puig, G. Shaffer: *Imperfect Alternatives...*, s. 383 i n.

¹⁰⁶ Zwracają uwagę na ten problem A. Arcuri, F. Violi: *Reforming ISDS...*, s. 14.

stycyjnym powyższy postulat mógł zostać zrealizowany. Z jednej strony kryzys arbitrażu inwestycyjnego może być wykorzystany przez państwa, które zmierzają obecnie w kierunku polityki izolacjonistycznej i nacjonalistycznej, i w ramach realizowanego skreślenia ideologicznego zainteresowane są mniej lub bardziej radykalną ingerencją w politykę inwestycyjną. Z drugiej strony istnieje silna grupa podmiotów zainteresowanych utrzymaniem *status quo*, które opierają swoją działalność profesjonalną na strukturach obecnego modelu. Podmioty te dążą do zneutralizowania tendencji reformatorskich, często pod hasłami łagodnej adaptacji obecnego modelu do nowych wyzwań. W takich realiach naiwne jest raczej przeświadczenie, że może dojść do przyjęcia rozwiązań uwzględniających rzeczywiste wyzwania, przed którymi stoi obecnie świat.

Bibliografia

- Arcuri A., Violi F.: *Reforming ISDS: Changing (Almost) Everything, So That Everything Stays the Same?*, September 26, 2019, <https://ssrn.com/abstract=3459961>.
- Behn D., Laudal Berge T., Langford M.: *Poor States or Poor Governance? Explaining Outcomes in Investment Treaty Arbitration*. „Northwestern Journal of International Law & Business” 2018, 38.
- Bonnitcha J.: *Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the evidence*. International Institute for Sustainable Development (IISD) Report, September 2017, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/assessing-impacts-investment-treaties.pdf>.
- Brower Ch.N., Steven L.A.: *Who Then Should Judge? Developing the International Rule of Law under NAFTA*. Chapter 11. „Chicago Journal of International Law” 2002, 2.
- Carim X.: *International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation: A Perspective from South Africa*. In: *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*. Eds. K. Singh, B. Ilge. Amsterdam—NewDelphi 2016, <https://www.somo.nl/wp-content/uploads/2016/03/Rethinking-bilateral-investment-treaties.pdf>.
- Cosmos J.: *Legitimacy Crisis in Investor — State International Arbitration System: A Critique on the Suggested Solutions & the Proposal on the Way Forward*. „International Journal of Scientific and Research Publications” 2014, 4.
- Czech K.: *Dowody i postępowanie dowodowe w międzynarodowym arbitrażu handlowym oraz inwestycyjnym. Zagadnienia wybrane*. Warszawa 2017.
- De Luca A.: *UNCITRAL Working Group III: Counterclaims in ISDS — Challenges and Prospects in Light of the UNCITRAL Reform Process*, March

- 28, 2020, Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/28/uncitral-working-group-iii-counterclaims-in-isds-challenges-and-prospects-in-light-of-the-uncitral-reform-process/?doing_wp_cron=1592665294.8821029663085937500000.
- Diamond N.J., Duggal K.A.N.: *ISDS Reform and Advancing All „Generations” of Human Rights*, June 17, 2020, Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/17/isds-reform-and-advancing-all-generations-of-human-rights/?doing_wp_cron=1592658056.1291019916534423828125.
- Dias Simões F.: *UNCITRAL Working Group III: Would an Investment Court De-politicize ISDS?*, March 25, 2020, Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/25/uncitral-working-group-iii-would-an-investment-court-de-politicize-isds/?doing_wp_cron=1592664439.3457798957824707031250.
- Djajić S.: *Searching for purpose: Critical assessment of teleological interpretation of treaties in investment arbitration*, *International Review of Law, Issue 3 — Special issue of International Investment Treaties*, 2016, <https://journals.qu.edu.qa/index.php/IRL/article/view/1217/658>.
- Giorgetti Ch.: *ICSID and UNCITRAL Publish the Anticipated Draft of the Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement*, May 2, 2020, Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/02/icsid-and-uncitral-publish-the-anticipated-draft-of-the-code-of-conduct-for-adjudicators-in-investor-state-dispute-settlement/?doing_wp_cron=1592684708.7732639312744140625000.
- Jeżewski M.: *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*. Warszawa 2019.
- Kałduński M.: *Ochrona uzasadnionych oczekiwań w międzynarodowym prawie inwestycyjnym*. Toruń 2019.
- Kułaga Ł.: *Międzynarodowa ochrona środowiska a swoboda handlu*. W: *Swoboda handlu międzynarodowego w prawie międzynarodowym*. Red. C. Mik, M. Jeżewski. Warszawa 2014.
- Kułaga Ł.: *Międzynarodowy arbitraż inwestycyjny z perspektywy zasady rządów prawa*. W: *Arbitraż w prawie międzynarodowym*. Red. C. Mik. Warszawa, C.H. Beck, 2014.
- Kułaga Ł.: *Ochrona praw człowieka w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*. „Forum Prawnicze” 2014, nr 1.
- Kułaga Ł.: *Prawo państwa do regulacji a międzynarodowe prawo inwestycyjne: w kierunku zmiany paradygmatu*. „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2019, T. 17.
- Kułaga Ł.: *W kierunku zmiany paradygmatu międzynarodowych porozumień inwestycyjnych*. „Forum Prawnicze” 2016, nr 5.
- Langford M., Behn D., Létourneau-Tremblay L.: *Empirical perspectives on investment arbitration: What do we know? Does it matter? ISDS Academic Forum Working Group 7 Paper*, https://www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/7_Empirical_perspectives_-_WG7.pdf.

- Langford M., Behn D., Lie R.: *The Revolving Door in International Investment Arbitration*. „Journal of International Economic Law” 2017, 20, <https://academic.oup.com/jiel/article/20/2/301/3859188>.
- Menon T., Issac G.: *Developing Country Opposition to an Investment Court: Could State-State Dispute Settlement be an Alternative?* Kluwer Arbitration Blog, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/17/developing-country-opposition-investment-court-state-state-dispute-settlement-alternative/>.
- Mohamadieh K.: *The Future of Investor-State Dispute Settlement Deliberated at UNCITRAL: Unveiling a Dichotomy between Reforming and Consolidating the Current Regime*, „Investment Policy Brief” 2019, 16, https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2019/03/IPB16_The-Future-of-ISDS-Deliberated-at-UNCITRAL_EN.pdf.
- Monebhurrin N.: *Is investment arbitration an appropriate venue for environmental issues? A Latin American perspective*, *Revista De Direito Inernacional*. „Brazilian Journal of International Law” 2013, 10.
- Nica A.: *UNCITRAL Working Group III: One Step Closer to a Multilateral Investment Court?*, March 24, 2020, Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/24/uncitral-working-group-iii-one-step-closer-to-a-multilateral-investment-court/?doing_wp_cron=1592656079.5285549163818359375000.
- Puig S., Shaffer G.: *Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law*. „The American Journal of International Law” 2018, 112.
- Pyka M.: *Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*. Warszawa 2018.
- Roberts A.: *Incremental, Systematic, ad Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration*. „American Journal of International Law” 2018, 112.
- Roberts A.: *The Shifting Landscape of Investor-State Arbitration: Loyalists, Reformists, Revolutionaries and Undecideds*. „International Economic Law and Policy Blog”, 15 June 2017, <https://www.ejiltalk.org/the-shifting-landscape-of-investor-state-arbitration-loyalists-reformists-revolutionaries-and-undecideds/>.
- Roberts A., John T.S.: *UNCITRAL and ISDS Reform: Plausible Folk Theories*, February 13, 2020, <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-plausible-folk-theories/>.
- Roberts A., John T.S.: *UNCITRAL and ISDS Reforms: What Makes Something Fly?*, February 11, 2020, <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-what-makes-something-fly/>.
- Rönnelid L.: *Research Report: An Evaluation of the Proposed Multilateral Investment Court System, An independent report commissioned by the European United Left/Nordic Green Left (GUE/NGL) in the European Parliament* 2018, https://www.guengl.eu/content/uploads/2019/03/MIC_vRET_web_FI_NAL2.pdf.

- Sadowski W.: *Protection of the Rule of Law in the European Union Through Investment Treaty Arbitration: Is Judicial Monopolism the Right Response to Illiberal Tendencies in Europe?* „Common Market Law Review” 2018, 55.
- Schultz T., Dupont C.: *Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law Or Over-Empowering Investors? A Quantitative Empirical Study*. „The European Journal of International Law” 2015, vol. 25, no. 4, <http://www.ejil.org/pdfs/25/4/2551.pdf>.
- Titi C.: *Who's Afraid of Reform? Beware the Risk of Fragmentation*. „American Journal of International Law Unbound” 2018, 112, <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/whos-afraid-of-reform-beware-the-risk-of-fragmentation/5918DD3553CE666F2B817823C2063339>.
- Van Harten G.: *Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion*. „Trade, Law and Development” 2010, 2.
- Van Harten G.: *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford University Press 2007.
- Van Harten G.: *Investment Treaty Arbitration. Procedural Fairness, and the Rule of Law*. In: *Investment Law and Comparative Public Law*. Ed. S.W. Schill. Oxford 2010.
- Van Harten G., Kelsey J., Schneiderman D.: *Phase 2 of the UNCITRAL ISDS Review: Why 'Other Matters' Really Matter* (2019). All Papers 328, https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1335&context=all_papers.
- Van Harten G., Malysheuski P.: *Who Has Benefited Financially from Investment Treaty Arbitration? An Evaluation of the Size and Wealth of Claimants*, January 11, 2016. „Osgoode Legal Studies Research Paper” 2016, no. 14, <https://ssrn.com/abstract=2713876> lub <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2713876>.
- Van Harten G., Porterfield M.C., Gallagher K.P.: *Investment Provisions in Trade and Investment Treaties: The Need for Reform, A Global Economic Governance Initiative Policy Brief*, <https://www.bu.edu/pardeeschool/files/2014/12/Investor-State-Disputes-Policy-Brief.pdf>.
- Zarra G.: *The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is There Need for a Systemic Reform?* „Chinese Journal of International Law” 2018, 17.

Dokumenty UNCITRAL

- Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Note by the Secretariat A/CN.9/WG.III/WP.142, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.142>.
- Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS) Note by the Secretariat A/CN.9/WG.III/WP.149, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.149>.
- Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS) Note by the Secretariat A/CN.9/WG.III/WP.166, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.166>.

Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS) Note by the Secretariat A/CN.9/WG.III/WP.194, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.194>.

Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-sixth session (Vienna, 29 October—2 November 2018) A/CN.9/964, <https://undocs.org/A/CN.9/964>.

Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-seventh session (New York, 1—5 April 2019) A/CN.9/970, <https://undocs.org/A/CN.9/970>.

Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-eighth session (Vienna, 14—18 October 2019) A/CN.9/1004, <https://undocs.org/en/A/CN.9/1004>.

Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its resumed thirty-eight session (Vienna, 20—24 January 2020) A/CN.9/1004/Add.1, <https://undocs.org/en/A/CN.9/1004/Add.1>.



Witold Kurowski^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0002-3151-3031>

Wpływ nowelizacji dyrektywy 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług na statut stosunku pracy

Abstract: The Directive (EU) 2018/957 of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018 introduced several changes to the Directive 96/71/EC on the posting of workers in the framework of the provision of services, affecting the posted worker's employment relationships directly. Article 3(1) of the Directive 96/71/EC requires that an employer has to guarantee his workers posted to the Member State, the terms and conditions of employment, in matters listed in it, resulting from the law where the work is carried out, regardless of the law applicable to employment relationships. First of all, the Directive (EU) 2018/957 introduced the new concept of “remuneration” paid to the posted workers. Secondly, it extended the list of matters in article 3(1) by adding point (h) — “the conditions of workers’ accommodation where provided by the employer to workers away from their regular place of work” and point (i) — “allowances or reimbursement of expenditure to cover travel, board and lodging expenses for workers away from home for professional reasons.” Finally, the Directive (EU) 2018/957 established the posting period, not clearly defined before, which should not last longer than 12 months (18 months when the service provider submits a motivated notification).

This paper analyses the main changes introduced by the Directive (EU) 2018/957 amending the Directive 96/71/EC in the employment relationship field.

^{a)} Dr hab., prof. UŚ, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

Keywords: the posted workers, freedom to provide services, law applicable to the individual employment contracts, Rome I Regulation, Directive 96/71/EC, Directive (EU) 2018/957

1. Uwagi ogólne

Wprowadzone dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/957 z dnia 28 czerwca 2018 r.¹ zmiany obowiązującej już od dwudziestu lat dyrektywy 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług² odnoszą się do dwóch kwestii. Po pierwsze, w jeszcze większym zakresie nakładają na państwa członkowskie oraz pracodawców delegujących swoich pracowników poza państwo, w którym zwykle świadczą pracę, obowiązki o charakterze formalno-administracyjnym³, mające na celu „zwalczanie oszustw związanych z delegowaniem pracowników”⁴. Mimo bowiem niedawnego wprowadzenia do obrotu prawnego unormowań w tym zakresie, wynikających z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/67/UE z dnia 15 maja 2014 r.⁵, która miała doprowadzić⁶ do

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/957 z dnia 28 czerwca 2018 r. zmieniająca dyrektywę 96/71/WE dotyczącą delegowania pracowników w ramach świadczenia usług. Dz.Urz. UE L nr 173 z dnia 9.07.2018, s. 16—24 [dalej: dyrektywa 2018/957].

² Dz.Urz. UE L nr 018 z dnia 21.01.1997, s. 1—6 [dalej: dyrektywa 96/71/WE].

³ W tym zakresie zob. w szczególności P. Wąż: *Zmiany w zakresie delegowania pracowników do innego państwa celem świadczenia usług od 30.7.2020 r.* „Monitor Prawa Pracy” 2020, nr 10, s. 11.

⁴ Cytat z motywu 26. dyrektywy 2018/957.

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/67/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/71/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, zmieniająca rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 w sprawie współpracy administracyjnej za pośrednictwem systemu wymiany informacji na rynku wewnętrznym („rozporządzenie w sprawie IMI”). Dz.Urz. UE L nr 159 z dnia 28.05.2014, s. 11—31 [dalej: dyrektywa 2014/67/UE].

⁶ Na temat dyrektywy 2014/67/UE zob. szerzej P. Wąż: *Projekt dyrektywy w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/71/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług.* „Monitor Prawa Pracy” 2013, nr 9, s. 453—459; M. Wołoszyn-Juszczuk: *Perspektywy delegowania pracowników polskich do krajów Unii Europejskiej.* W: *Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej.* Red. A.M. Świątkowski. Warszawa 2014, s. 363—370; P. Kwasiborski: *Planowana rewizja dyrektywy 96/71/WE w świetle dotychczasowych uwarunkowań prawnych instytucji delegowania pracowników w Unii Europejskiej.* „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 6, s. 13, 17.

„zapobiegania nadużywania oraz obchodzenia obowiązujących przepisów przez przedsiębiorstwa korzystające z zapisanej w TFUE swobody świadczenia usług, lub z przepisów dyrektywy 96/71/WE w sposób nieodpowiedni bądź nieuczciwy, oraz unikania tych zjawisk i ich zwalczania”⁷, uznano, że wskazane cele mogą zostać osiągnięte jedynie przez stworzenie kolejnych „zrównoważonych ram dotyczących swobody świadczenia usług i ochrony pracowników delegowanych, które są niedyskryminujące, przejrzyste i proporcjonalne”⁸. Nie wdając się w dyskusję, czy taki był rzeczywisty cel polityczny wprowadzanych zmian, czy też było nim zapewnienie ochrony wewnętrznych rynków pracy w państwach Unii Europejskiej sprzed poszerzenia w roku 2004⁹, warto skupić się w tym miejscu na wpływie dyrektywy 2018/957 na statut stosunku pracy. Dalsza ingerencja *legis loci laboris* w treść stosunku pracy pracowników delegowanych, kształtowaną co do zasady przez prawo dla niego właściwe, była bowiem drugim zamierzeniem autorów omawianej nowelizacji.

Zgodnie z założeniami, dyrektywa 96/71/WE miała zapewnić zrównoważenie sprzecznych interesów różnych podmiotów. Ochrona uzasadnionych praw pracowników, mających świadczyć pracę poza krajem, gdzie zwykle to czynili¹⁰, nie mogła bowiem przekreślić traktatowej swobody świadczenia usług, gwarantującej równe warunki działania przedsiębiorców z różnych państw członkowskich¹¹. Sposobem, jaki autorzy dyrektywy 96/71/WE przyjęli, by założenie to zrealizować, była prawna ingerencja w treść stosunku pracy łączącego usługodawcę wykonującego zamówienie w innym państwie członkowskim z jego pracownikiem, który w związku z tym został delegowany do świadczenia pracy poza miejsce (państwo) zwykłego wykonywania swoich obowiązków¹². Co do zasady,

⁷ Cytat z motywu 7. dyrektywy 2014/67/UE.

⁸ Cytat z motywu 24. dyrektywy 2018/957.

⁹ P. Kwasiborski: *Planowana rewizja...*, s. 21; L. Mitrus: *Charakter prawny delegowania pracowników w ramach swobody świadczenia usług w Unii Europejskiej*. „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, nr 6, s. 8, 10—11.

¹⁰ Jak wynika z motywu 4. dyrektywy 2018/957, stanowi ona odpowiedź na wyniki oceny efektów stosowania dyrektywy 96/71/WE w pierwotnej wersji w zakresie zapewnienia „właściwej równowagi między koniecznością wspierania swobody świadczenia usług i zapewnienia równych warunków działania z jednej strony a koniecznością ochrony praw pracowników delegowanych z drugiej”.

¹¹ M. Wołoszyn-Juszczuk: *Perspektywy delegowania...*, s. 357—359; M. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20B: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2015, s. 498, 500—501; S. de Carvalho: *The revision of the Posting of Workers Directive and the freedom to provide services in EU: towards a dead end?* „Juridical Tribune” 2018, vol. 8, s. 720.

¹² S. de Carvalho: *The revision of the Posting of Workers Directive...*, s. 722—725.

zgodnie z art. 8 ust. 2 rozporządzenia Rzym I¹³ (a wcześniej art. 6 ust. 2 konwencji rzymskiej¹⁴), umowa o pracę podlega prawu państwa, w którym pracownik zazwyczaj ją świadczy. Najczęściej jest nim więc prawo państwa, z którego pochodzi usługodawca zatrudniający osoby wykonujące na jego rzecz pracę¹⁵. Jednakże w odniesieniu do enumeratywnie określonych w art. 3 dyrektywy 96/71/WE kwestii znajduje zastosowanie — niezależnie od tego, jakie prawo jest właściwe dla danego stosunku pracy — prawo kraju, do którego pracownik został delegowany.

Dyrektywa 96/71/WE w kluczowym dla ochrony pozycji prawnej pracowników delegowanych aspekcie posługuje się mechanizmem kolizyjnym¹⁶. Ma on za zadanie korygowanie statutu stosunku pracy wyznaczonego na podstawie reguł kolizyjnych wynikających z art. 8 rozporządzenia Rzym I przez zastosowanie — w zakresie wskazanym przez art. 3 dyrektywy 96/71/WE — prawa państwa, w którym pracownik delegowany wykonuje swoje obowiązki, chyba że statut stosunku pracy (wyznaczony na podstawie art. 8 rozporządzenia Rzym I) przewiduje warunki zatrudnienia dla pracownika korzystniejsze (art. 3 ust. 7 dyrektywy)¹⁷. Na taki sposób ingerencji wskazuje także motyw 34. preambuły do rozporządzenia Rzym I¹⁸, uznając jednocześnie przepisy prawa państwa

¹³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I). Dz.Urz. UE L nr 177 z dnia 4.07.2008, s. 6—16 [dalej: rozporządzenie Rzym I].

¹⁴ Konwencja rzymska z dnia 19 czerwca 1980 r. o prawie właściwym dla zobowiązań umownych. Dz.U. 2008, nr 10, poz. 57 [dalej: konwencja rzymska].

¹⁵ U. Grušić: *The right to strike versus fundamental economic freedoms in the English courts, again: Hiding behind the „public law taboo” in private international law*. „Journal of Private International Law” 2013, no. 3, s. 419; P. Stone: *EU Private International Law*. Cheltenham—Northampton 2014, s. 356; R. Piir: *Safeguarding the posted worker. A private international law perspective*. „European Labour Law Journal” 2019, vol. 10, s. 103—104.

¹⁶ M. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20B: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan..., s. 499. Zob. szerzej N. Wahl w opinii Rzecznika Generalnego z dnia 18.09.2014 r. w sprawie C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, pkt. 50—51. Zob. także E. Pataut: *Commentaire du décret du 29 mai 2000 relatif au détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*. „Revue critique de droit international privé” 2000, n° 3, s. 520.

¹⁷ J. Skoczyński: *Prawo właściwe w międzynarodowych stosunkach pracy pracowników delegowanych w ramach świadczenia usług (problematyka kolizyjnoprawna)*. „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2004, nr 5, s. 37; C. Kilpatrick: *Laval's regulatory conundrum. Collective standard-setting and the Court's new approach to posted workers*. „European Law Review” 2009, no. 4, s. 848—849; U. Grušić: *The European Private International Law of Employment*. Cambridge 2015, s. 271.

¹⁸ O. Deinert: *Posting of Workers to Germany — Previous Evolutions and New Influences Throughout EU Legislation Proposals*. „International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations” 2000, no. 3, s. 229.

przyjmującego, regulujące warunki zatrudnienia, o których tu mowa, wprost za „wymuszające swoje zastosowanie”¹⁹.

2. Zmiany dyrektywy 96/71/WE wpływające na treść stosunku pracy pracowników delegowanych

Dyrektywa 2018/957 wprowadziła kilka istotnych modyfikacji dyrektywy 96/71/WE, mających kluczowe znaczenie przy określaniu treści stosunku pracy pracowników delegowanych. Po pierwsze, doprecyzowują one krąg podmiotów, w stosunku do których należy stosować regulacje dyrektywy (nakładając wyraźnie taki obowiązek na przedsiębiorstwa pracy tymczasowej oraz agencje pośrednictwa pracy)²⁰, po drugie zaś zwiększają i uszczegóławiają zakres zastosowania prawa państwa przyjmującego, kształtującego treść stosunku pracy pracowników delegowanych. Po trzecie wreszcie, dyrektywa 2018/957 rozwiewa, istniejące uprzednio, wątpliwości dotyczące okresu delegowania, w ramach którego zastosowanie miało jedynie w zakresie ograniczonym do kwestii wskazanych w art. 3 ust. 1 dyrektywy 96/71/WE prawo państwa przyjmującego, po upływie którego w pełnym zakresie reguluje ono treść stosunku pracy. Z dniem 30 lipca 2020 r. w szerszym zakresie zastosowanie znajduje zatem aktualna *lex loci laboris* w odniesieniu do pracowników, którzy zostali skierowani do pracy za granicę, wykonując obowiązki na rzecz pracodawcy świadczącego tam swoje usługi.

2.1. Zakres podmiotowy dyrektywy 96/71/WE

Podmiotowy zakres dyrektywy 96/71/WE określony został w jej art. 1, zgodnie z którym dyrektywę stosuje się do usługodawców z państwa członkowskiego Unii Europejskiej, delegujących pracowników do innego państwa członkowskiego w celu wykonania tam usługi²¹. Z kręgu pracowników, do których znajduje zastosowanie regulacja dyrektywy, wyłączono personel pływający zatrudniony w przedsiębiorstwach mary-

¹⁹ Zob. szerzej R. Piir: *Safeguarding the posted worker...*, s. 110—112.

²⁰ P. Wąż: *Zmiany w zakresie delegowania...*, s. 10—11.

²¹ Dyrektywa 96/71/WE znajduje także zastosowanie w odniesieniu do usługodawców Europejskiego Obszaru Gospodarczego i Szwajcarii.

narki handlowej (art. 1 ust. 2)²². Dyrektywa 2018/957 nie wprowadziła w opisanym powyżej zakresie zmian. Dalej bowiem obowiązuje wyłącznie podmiotowe odnoszące się do wskazanej grupy pracowników wykonujących swoje obowiązki na statkach marynarki handlowej. Jednocześnie nowela dyrektywy 96/71/WE włączyła wprost do kręgu podmiotów, do których regulacje ochronne znajdują zastosowanie, pracowników sektora transportu drogowego. Nastąpi to z dniem 2 lutego 2022 r.²³, wraz z rozpoczęciem stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/1057 z dnia 15 lipca 2020 r.²⁴ w ramach tzw. pakietu mobilności²⁵. Warto wskazać, że kwestia stosowania dyrektywy 96/71/WE do kierowców międzynarodowego transportu drogowego jest sporna i stała się przedmiotem wniosku niderlandzkiego *Hoge Raad* do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym²⁶.

Przesłanką stosowania opisanego wyżej mechanizmu kolizyjnego, polegającego na konieczności sięgnięcia w ramach stosunku pracy (podlegającego co do zasady prawu państwa wysyłającego) do przepisów prawa państwa przyjmującego, w sferach określonych art. 3 ust. 1 dyrektywy 96/71/WE jest: a) delegowanie pracowników na własny rachunek i pod swoim kierownictwem do innego państwa członkowskiego, w ramach umowy zawartej między usługodawcą a odbiorcą usług, o ile istnieje

²² A. Charbonneau: *Marché international du travail maritime. Un cadre juridique en formation*. Aix-en-Provence 2009, s. 343; P. Wąż: *Delegowanie pracowników do innego państwa celem świadczenia usług*. Warszawa 2011, s. 25; A. van Hoek, M. Houwerzijl: 'Posting' and 'Posted Workers': *The Need for Clear Definitions of Two Key Concepts of the Posting of Workers Directive*. In: *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2011—2012*. Vol. 14. Eds. C. Barnard, M. Gehring, I. Solanke. Cambridge, s. 433; L. Carballo Piñeiro: *International Maritime Labour Law*. Berlin—Heidelberg 2015, s. 154.

²³ Zgodnie z art. 3 ust. 3 dyrektywy 2018/957, ma to bowiem nastąpić od daty rozpoczęcia stosowania aktu ustawodawczego zmieniającego dyrektywę 2006/22/WE w odniesieniu do wymogów dotyczących egzekwowania prawa oraz ustanawiającego szczegółowe zasady w odniesieniu do dyrektywy 96/71/WE i dyrektywy 2014/67/UE dotyczące delegowania kierowców w sektorze transportu drogowego.

²⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/1057 z dnia 15 lipca 2020 r. ustanawiająca przepisy szczególne w odniesieniu do dyrektywy 96/71/WE i dyrektywy 2014/67/UE dotyczące delegowania kierowców w sektorze transportu drogowego oraz zmieniająca dyrektywę 2006/22/WE w odniesieniu do wymogów w zakresie egzekwowania przepisów oraz rozporządzenie (UE) nr 1024/2012. Dz.Urz. UE L nr 249 z dnia 31.07.2020, s. 49—65.

²⁵ P. Wąż: *Zmiany w zakresie delegowania...*, s. 12; G. Bania: *Zastosowanie prawa państwa przyjmującego do pracownika delegowanego*. „Monitor Prawa Pracy” 2019, nr 8, s. 24.

²⁶ Zob. wniosek w sprawie C-815/18, *Federatie Nederlandse Vakbeweging c/a Van den Bosch Transporten BV, Van den Bosch Transporte GmbH, Silo-Tank kft*.

stosunek pracy pomiędzy delegującym a tymże pracownikiem w okresie delegowania; b) delegowanie pracowników do zakładu albo przedsiębiorstwa należącego do grupy przedsiębiorców na terytorium innego państwa członkowskiego, o ile istnieje stosunek pracy pomiędzy delegującym a tymże pracownikiem w okresie delegowania, albo wreszcie c) wynajęcie pracownika przedsiębiorstwu, użytkownikowi prowadzącemu działalność gospodarczą lub działającemu na terytorium innego państwa członkowskiego przez przedsiębiorstwo pracy tymczasowej²⁷, lub agencję pośrednictwa pracy, o ile przez cały okres delegowania istnieje stosunek pracy pomiędzy przedsiębiorstwem pracy tymczasowej lub agencją pośrednictwa pracy a pracownikiem²⁸.

Co istotne, w przypadku gdy pracownicy przedsiębiorstwa pracy tymczasowej lub agencji pośrednictwa pracy zostali skierowani przez przedsiębiorstwo użytkownika do świadczenia pracy w innym państwie członkowskim, to są oni uznawani za delegowanych przez przedsiębiorstwo pracy tymczasowej lub agencję pośrednictwa pracy, z którymi pozostają w stosunku pracy²⁹. Na tych ostatnich spoczywają zatem obowiązki wynikające ze znowelizowanej dyrektywy 96/71/WE i to oni powinni dostosować się do zmienionych warunków pracy swoich pracowników. W tym też celu dyrektywa 2018/957 nakłada na przedsiębiorstwa użytkowników powinność powiadomienia przedsiębiorstwa pracy tymczasowej albo agencji pośrednictwa pracy, z odpowiednim wyprzedzeniem, o delegowaniu takich pracowników do świadczenia pracy za granicę. Wymienione doprecyzowanie dotychczasowej regulacji ma na celu wyraźne wskazanie podmiotu odpowiedzialnego za stosowanie mechanizmu wynikającego z dyrektywy 96/71/WE oraz usprawnienie obiegu informacji do tego niezbędnych.

²⁷ Na temat przedsiębiorstw pracy tymczasowej zob. szerzej D. Makowski: *Zatrudnianie pracowników poprzez agencję pracy tymczasowej w świetle prawa wspólnotowego*. „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2003, nr 7, s. 14—15.

²⁸ P. Davies: *Posted Workers: Single Market of Protection of National Labour Law System?* „Common Market Law Review” 1997, no. 3, s. 576; W. Sanetra: *Delegowanie pracowników do pracy w innym kraju w prawie europejskim*. „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1998, nr 9, s. 10—11; C. Barnard: *EC Employment Law*. Oxford 2006, s. 281; S. Majkowska-Szulc: *Sytuacja prawna pracownika delegowanego w ramach świadczenia usług*. W: *Przepty osób i świadczenie usług w Unii Europejskiej. Nowe zjawiska i tendencje*. Red. S. Biernat, S. Dudzik. Warszawa 2009, s. 251—252; P. Wąż: *Projekt dyrektywy...*, s. 453; G. Bania: *Zastosowanie prawa państwa przyjmującego...*, s. 21.

²⁹ S. de Carvalho: *The revision of the Posting of Workers Directive...*, s. 730—731; A.M. Świątkowski: *Zmienione warunki zatrudnienia i wynagrodzenia pracowników delegowanych*. „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 8, s. 14; P. Wąż: *Zmiany w zakresie delegowania...*, s. 10—11.

2.2. Zakres przedmiotowy dyrektywy 96/71/WE

Celem, jaki przyświecał autorom dyrektywy 96/71/WE, było wprowadzenie mechanizmu dążącego do wypośrodkowania interesów przeciwnych grup: usługodawców — uczestników otwartego rynku europejskiego (w związku z gwarantowaną art. 56 TFUE swobodą świadczenia usług), pracowników zatrudnionych przez tych usługodawców (pod szyldem eliminacji niekorzystnego zjawiska dumpingu socjalnego³⁰), jak również — przy okazji (a może przede wszystkim) — lokalnych pracodawców i ich pracowników. Konieczne stało się zatem wyraźne określenie sfer, w jakich powinno znaleźć zastosowanie — w odniesieniu do pracowników delegowanych — prawo państwa, w którym pracownicy ci wykonują swoją pracę na rzecz pracodawcy świadczącego usługi poza granicami kraju, w którym skoncentrowana jest jego podstawowa działalność. Innymi słowy, wyważenie sprzecznych interesów konkurujących na wspólnym, otwartym rynku usług podmiotów wymagało określenia zakresu zastosowania aktualnej *legis loci laboris* w odniesieniu do pracowników, których stosunki pracy poddane są prawu innego państwa (najczęściej pochodzenia usługodawcy delegującego pracowników do pracy za granicę), przy poszanowaniu zasady, że w przypadku gdy zgodnie ze statutem stosunku pracy (a więc zazwyczaj w myśl prawa państwa, w którym pracownik zwykle świadczy pracę) obowiązują korzystniejsze dla pracownika regulacje, to zgodnie z art. 3 ust. 7 dyrektywy 96/71/WE, znajdą one zastosowanie.

Zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 3 ust. 1 lit. a—g dyrektywy 96/71/WE, państwa członkowskie miały obowiązek zapewnić, bez względu na to, jakie prawo jest właściwe do stosunku pracy pracowników delegowanych, zastosowanie prawa państwa członkowskiego, w którym praca jest wykonywana, w zakresie obejmującym: a) maksymalne okresy pracy i minimalne okresy wypoczynku; b) minimalny wymiar płatnych urlopów rocznych; c) minimalne stawki płacy wraz ze stawką za nadgodziny (z wyjątkiem uzupełniających zakładowych systemów emerytalnych); d) warunki wynajmu pracowników, w szczególności przez przedsiębiorstwa zatrudnienia tymczasowego; e) zdrowie, bezpieczeństwo i higienę w miejscu pracy; f) środki ochronne stosowane w odniesieniu do warunków zatrudniania kobiet ciężarnych lub kobiet tuż po urodzeniu dziecka,

³⁰ E. Pataut: *Commentaire du décret...*, s. 520; P. Wąż: *Dyrektywa Nr 96/71/WE w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości*. „Monitor Prawniczy” 2008, nr 11, s. 574; H. Collins: *Social Dumping, Multi-level Governance and Private Law in Employment Relationships*. In: *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*. Eds. D. Leczykiewicz, S. Weatherill. Oxford—Portland 2013, s. 237.

a także co do dzieci i młodzieży; g) równe traktowanie kobiet i mężczyzn oraz inne postacie równouprawnienia (niedyskryminacji)³¹.

Dyrektywa 2018/957 wprowadziła w tym katalogu istotne zmiany. Po pierwsze, doprecyzowano budzące wątpliwości określenie „minimalne stawki płacy”³², zastępując je pojęciem „wynagrodzenie”; po drugie, zakres przedmiotowy dyrektywy został rozszerzony o dwa kolejne zagadnienia, dla których zastosowanie znajduje prawo państwa, w którym pracownik aktualnie świadczy pracę, tj.: h) warunki zakwaterowania pracowników, w przypadku gdy jest ono zapewniane przez pracodawcę pracownikom znajdującym się daleko od ich normalnego miejsca pracy, oraz i) stawki dodatków lub zwrot wydatków na pokrycie kosztów podróży, wyżywienia i zakwaterowania dla pracowników znajdujących się daleko od domu z powodów zawodowych³³. Dodatkowo, określenie „minimalny wymiar płatnych urlopów rocznych” zastąpiono wyrażeniem „minimalny wymiar płatnego corocznego urlopu wypoczynkowego” i dokonano innych mało istotnych korekt leksykalnych.

Na tle dotychczas obowiązującej dyrektywy 96/71/WE najwięcej wątpliwości wzbudzało precyzyjne określenie znaczenia pojęcia minimalnej stawki płacy, ustalonej na podstawie przepisów prawa państwa przyjmującego, do wypłaty której zobowiązany był pracodawca delegujący swoich

³¹ M.-A. Moreau: *Le detachment des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*. „Clunet” 1996, n° 4, s. 895–896; S. Knöfel: *EC Legislation on Conflict of Laws: Interactions and Incompatibilities between Conflicts Rules*. „The International and Comparative Law Quarterly” 1998, no. 2, s. 444; W. Sanetra: *Delegowanie pracowników...*, s. 13; J. Skoczyński: *Prawo właściwe w międzynarodowych stosunkach pracy pracowników delegowanych w ramach świadczenia usług (problematyka kolizyjnoprawna)*. „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2004, nr 5, s. 38; C. Barnard: *EC Employment Law...*, s. 282; M. Szpunar, M. Zachariasiewicz: *Swoboda przedsiębiorczości i swoboda świadczenia usług a działania związków zawodowych — glosa do wyroku ETS z 18.12.2007 r. w sprawie C-341/05 Laval un Partneri Ltd przeciwko Svenska Byggnadsarbetareförbundet i inni oraz do wyroku ETS z 11.12.2007 r. w sprawie C-438/05 TWF i FSU przeciwko Viking Line i Viking Line Eesti*. „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 7, s. 40–41; J. Karniol: *Delegowanie pracowników*. „Palestra” 2008, nr 5–6, s. 216; P. Wąż: *Dyrektywa Nr 96/71/WE...*, s. 574; S. Majkowska-Szulc: *Sytuacja prawna pracownika delegowanego...*, s. 252–253; P. Grzebyk: *Delegowanie pracowników w celu świadczenia usług w innym państwie — wybrane problemy stosowania dyrektywy 96/71*. W: *Prawo pracy. Refleksje i poszukiwania. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Wrątnego*. Red. G. Uścińska. Warszawa 2013, s. 408; M. Wołoszyn-Juszczuk: *Perspektywy delegowania pracowników...*, s. 360–361.

³² Zob. R. Piir: *Safeguarding the posted worker...*, s. 108–110.

³³ R.Ş. Pătru: *Discussions on new EU-wide regulations on the posting of workers. Special consideration for Directive (EU) 2018/957 amending Directive 96/71/EC on the posting of workers in the framework of the provision of services*. „Juridical Tribune” 2019, vol. 9, s. 158.

pracowników do pracy za granicę³⁴. Mnogość regulacji krajowych tej kwestii dotyczących w połączeniu z niebagatelną wagą wskazanej problematyki dla stron stosunku pracy powodowały trudności interpretacyjne, które musiały być niejednokrotnie rozstrzygane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej³⁵ czy też Trybunał Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu³⁶. Mimo podejmowanych wysiłków, odpowiedź na pytanie, które elementy przysługującego pracownikowi wynagrodzenia mogą być „zaliczone” na poczet minimalnej stawki płacy, a jakie składniki muszą być wypłacane niezależnie od pensji podstawowej, często nie była jednoznaczna³⁷.

W znowelizowanym art. 3 ust. 1 lit. c dyrektywy 96/71/WE określenie „minimalne stawki płacy” zostało zastąpione pojęciem „wynagrodzenie”³⁸. Na skutek tej zmiany doszło do redefiniowania obowiązku pracodawców delegujących swoich pracowników za granicę w tym za-

³⁴ N. Reich: *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union — the Laval and Viking Cases before the ECJ*. „German Law Journal” 2008, no. 2, s. 142; P. Wąż: *Charakterystyka transgranicznego stosunku pracy na tle dyrektywy Nr 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady*. „Monitor Prawniczy” 2008, nr 2, s. 81; W. Kurowski: *Glosa do wyroku Trybunatu Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 12 lutego 2015 r. w sprawie Sähköalojen ammattiliitto ry c/a Elektrobudowa Spółka Akcyjna (C-396/13)*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2019, T. 24, s. 201—202.

³⁵ Zob. wyr. TSUE z 14.04.2005 r., C-341/02, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republice Federalnej Niemiec*. Zb.Orz. 2005, s. I-02733. Przedmiotem sporu było zaliczanie przez pracodawcę na poczet minimalnego wynagrodzenia, określonego zgodnie z *legis loci laboris*, dodatków uzyskiwanych przez pracowników delegowanych na podstawie prawa właściwego dla umowy o pracę lub też wprost z tej umowy. Zgodnie ze wskazanym wyrokiem, na poczet minimalnego wynagrodzenia nie można było zaliczyć m.in.: świadczenia dodatkowego należnego za pracę w godzinach nadliczbowych, składek na uzupełniające zakładowe systemy emerytalne, kwot wypłaconych tytułem zwrotu wydatków faktycznie poniesionych w związku z delegowaniem. Wątpliwości wzbudzały jednak inne świadczenia, takie jak: dodatkowe wynagrodzenie roczne (tzw. trzynasta pensja), premia za „pracę brudną” czy też premia jakościowa, jak również premia za pracę w szczególnie trudnych warunkach lub niebezpieczną. Zob. też wyr. TSUE z 7.11.2013 r., C-522/12, *Tevfik Isbir v. DB Services GmbH*, niepubl.; wyr. TSUE z 19.06.2008 r., C-319/06, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Wielkiemu Księstwu Luksemburga*. Zb.Orz. 2008, s. I-4323 oraz w szczególności wyr. TSUE z 12.02.2015 r., C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, niepubl.

³⁶ Zob. wyr. Tryb. ESWH z 23.01.2012 r., E-2/11, *STX Norway Offshore AS v. Norwegia*, niepubl.

³⁷ Zob. S. Majkowska-Szulc: *Sytuacja prawna pracownika delegowanego...*, s. 255—256; A. Vaitkeviciute: *Minimum Wages in the Construction Sector in Finland, Sweden, Germany and Norway — A Guarantee for Workers Posted from the Baltic States?* „Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht” 2015, H. 4, s. 414—415; W. Kurowski: *Glosa do wyroku...*, s. 201—208; G. Bania: *Zastosowanie prawa państwa przyjmującego...*, s. 22.

³⁸ R.Ş. Pătru: *Discussions on new EU-wide regulations...*, s. 158—159.

kresie; nowelizacja w omawianym przypadku nie miała bowiem znaczenia jedynie kosmetycznego. Pracodawcy zostali zobowiązani nie tyle do zapewniania zatrudnionym przez nich płacy minimalnej, określonej w państwie przyjmującym właściwymi przepisami (czy to powszechnie obowiązującymi, czy też znajdującymi zastosowanie do określonej grupy pracowniczej), ile do dostosowania się do obowiązującej tam struktury wynagradzania pracowników³⁹. Pojęcie „wynagrodzenia” powinno być bowiem określane zgodnie z krajowym ustawodawstwem lub praktyką danego państwa członkowskiego, do którego pracownik jest delegowany, i oznacza wszystkie elementy składowe, które są uznane za obowiązkowe na podstawie jego prawa⁴⁰. Innymi słowy, delegowany do pracy w danym kraju powinien otrzymywać wynagrodzenie odpowiadające płacy pracownika zatrudnionego na miejscu, wykonującego taką samą pracę. Wprowadzona dyrektywą 2018/957 zmiana spowodowała zatem rozszerzenie katalogu elementów kształtujących wynagrodzenie pracownika delegowanego, powodując *de facto* zwiększenie świadczenia realnie jemu należnego. Jedynie jednym ze składników takiego „wynagrodzenia” jest przecież „minimalna stawka płacy”, uzupełniana przez różnego rodzaju dodatki (premie), związane np. z pracą: w godzinach nadliczbowych, w nocy (święta), w warunkach szczególnych (szkodliwych), czy też w związku z pracą na akord, a więc z pracą wykraczającą poza podstawowy zakres wynikający z umowy o pracę. Tym samym zmieniona dyrektywa wpisuje się w linię orzeczniczą Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁴¹, dążącą do zapewnienia pracownikom delegowanym pozycji ekonomicznej zbliżonej do tej, jaką mają na stałe zatrudnieni w danym państwie. Nie ma bowiem aksjologicznych racji przemawiających za odmiennym traktowaniem obu grup pracowniczych. Skoro pracownicy miejscowi otrzymują dodatkowe wynagrodzenie za ponadstandardową pracę, to nie sposób pozbawiać takiej premii pracowników delegowanych.

Nowelizacja dyrektywy 96/71/WE, poza kluczową zmianą co do sposobu określenia należnego pracownikowi wynagrodzenia za pracę, po-

³⁹ A.M. Świątkowski: *Zmienione warunki zatrudnienia...*, s. 16; P. Wąż: *Zmiany w zakresie delegowania...*, s. 8. Zob. także na tle wyr. TSUE z 12.02.2015 r., C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA* W. Kurowski: *Glosa do wyroku...*, s. 209.

⁴⁰ Tak wprost art. 3 ust. 1 dyrektywy 96/71/WE po nowelizacji.

⁴¹ Wyrok TSUE z 14.04.2005 r., C-341/02, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republice Federalnej Niemiec*. Zb.Orz. 2005, s. I-02733; wyr. TSUE z 19.06.2008 r., C-319/06, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Wielkiemu Księstwu Luksemburga*. Zb.Orz. 2008, s. I-4323; wyr. TSUE z 7.11.2013 r., C-522/12, *Tevfik Isbir v. DB Services GmbH*, niepubl. oraz w szczególności wyr. TSUE z 12.02.2015 r., C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, niepubl. Zob. także P. Wąż: *Glosa do wyroku TS z dnia 12 lutego 2015 r., C-396/13*. LEX/el. 2015, pkt 3; W. Kurowski: *Glosa do wyroku...*, s. 201—208.

legającą na zastąpieniu wyrażenia „minimalne stawki płacy” pojęciem „wynagrodzenie”, skutkującą koniecznością zapewnienia przez pracodawcę delegowanemu właściwej w państwie przyjmującym struktury wynagrodzenia za pracę, wprowadziła dalsze modyfikacje powodujące poszerzenie zakresu zastosowania aktualnej *legis loci laboris* do tej grupy zatrudnionych, wypierając w tym względzie regulacje statutu stosunku pracy. Określony w art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/71/WE katalog zagadnień poddanych — co do zasady — prawu państwa, w którym pracownicy wykonują swoje obowiązki, pozostał bowiem poszerzony o: h) warunki zakwaterowania, w przypadku gdy jest ono zapewniane przez pracodawcę pracownikom znajdującym się daleko od ich normalnego miejsca pracy, oraz i) stawki dodatków lub zwrot wydatków na pokrycie kosztów podróży, wyżywienia i zakwaterowania dla pracowników znajdujących się daleko od domu z powodów zawodowych⁴². Innymi słowy, w tym zakresie stosuje się prawo państwa, na terytorium którego pracownik wykonuje pracę w ramach oddelegowania, chyba że statut stosunku pracy przewiduje dla tych kwestii rozwiązania dla zatrudnionego korzystniejsze. Przyczyn rozszerzenia wskazanego katalogu z art. 3 ust. 1 dyrektywy 96/71/WE można doszukiwać się w motywach wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*⁴³, przy wydawaniu którego sąd ten stanął przed koniecznością oceny zasadności przyznania pracownikom delegowanym świadczeń przysługujących z tych tytułów na podstawie prawa państwa przyjmującego.

Z dniem 30 lipca 2020 r. pracodawca powinien zatem zapewnić delegowanym pracownikom zakwaterowanie, jeżeli taki obowiązek wynika z prawa państwa przyjmującego w odniesieniu do zatrudnionych w znacznej odległości od ich normalnego miejsca pracy⁴⁴. Co więcej, zgodnie z art. 3 ust. 7 dyrektywy 96/71/WE, pracownik będzie mógł domagać się tego świadczenia także wówczas, gdy powinność jego spełnienia została określona jedynie w statucie stosunku pracy. Poza tym dyrektywa 2018/957 nałożyła na pracodawców obowiązek wypłacenia pracownikom delegowanym dodatków lub zwrotu poniesionych przez nich wydatków na pokrycie kosztów podróży, wyżywienia i zakwaterowania, jeżeli w prawie państwa przyjmującego takie świadczenia przewidziano dla pracowników „znajdujących się daleko od domu z powodów zawodowych”. Co istotne, opisana powyżej powinność wypłaty dodatków lub zwrotu poniesionych wydatków dotyczy jedynie sytuacji, gdy pracownik delegowany do

⁴² R.Ş. Pătru: *Discussions on new EU-wide regulations...*, s. 158.

⁴³ Zob. W. Kurowski: *Glosa do wyroku...*, s. 204—206.

⁴⁴ R.Ş. Pătru: *Discussions on new EU-wide regulations...*, s. 158; P. Wąż: *Zmiany w zakresie delegowania...*, s. 7.

pracy w innym kraju jest czasowo kierowany przez swojego pracodawcę do pracy w innym miejscu niż to, w którym normalnie w ramach delegowania świadczy pracę, co wymaga wyjazdu poza to miejsce⁴⁵. Powinność wypłaty dodatków lub zwrotu wydatków na pokrycie kosztów podróży, wyżywienia i zakwaterowania, o której mowa w art. 3 ust. 1 lit. i dyrektywy 96/71/WE, dotyczy zatem jedynie podróży w ramach państwa przyjmującego lub poza jego granice, ale w ramach świadczenia pracy delegowanej⁴⁶. Natomiast w odniesieniu do kosztów podróży, wyżywienia i zakwaterowania w związku z samym delegowaniem pracodawca dokonuje zwrotu poniesionych przez pracownika wydatków zgodnie z prawem właściwym dla danego stosunku pracy (art. 3 ust. 7 zd. 3 dyrektywy 96/71/WE)⁴⁷. W takim przypadku dodatki z tytułu delegowania nie są uznawane za część wynagrodzenia należnego pracownikowi na podstawie prawa państwa przyjmującego (w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. C dyrektywy). Co więcej, gdy prawo właściwe dla stosunku pracy bądź sama umowa o pracę nie określają, które elementy dodatku z tytułu delegowania są wypłacane jako zwrot wydatków faktycznie poniesionych w związku z delegowaniem, a które są częścią wynagrodzenia, uznaje się, że cały dodatek stanowi zwrot wydatków⁴⁸ (i nie jest zaliczany na poczet wynagrodzenia).

2.3. Okres delegowania

Trzecia wpływająca na statut stosunku pracy zmiana dyrektywy 96/71/WE, wprowadzona dyrektywą 2018/957, dotyczy okresu delegowania. Dotychczas kwestia ta nie była w sposób wyraźny unormowana⁴⁹, co powodowało duże rozbieżności w stosowaniu omawianych przepisów szczególnych. To z kolei negatywnie wpływało na pozycję pracowników delegowanych, gdyż ich stosunek pracy jedynie w części normowany był przez prawo państwa przyjmującego. Tymczasem z założenia przejściowy

⁴⁵ Tak wprost art. 3 ust. 1 lit. i dyrektywy 96/71/WE.

⁴⁶ P. Wąż: *Zmiany w zakresie delegowania...*, s. 7.

⁴⁷ Zob. szerzej W. Kurowski: *Glosa do wyroku...*, s. 203—207. Tak też M. Szypniewski: *Współzależności pomiędzy delegowaniem pracowników a podróżą służbową*, „Monitor Prawa Pracy” 2019, nr 9, s. 10.

⁴⁸ A.M. Świątkowski: *Zmienione warunki zatrudnienia...*, s. 17—18.

⁴⁹ P. Mankowski: *Die Rom I—Verordnung — Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge*. „Internationales Handelrecht” 2008, Nr. 4, s. 145; M. Wołoszyn-Juszczak: *Perspektywy delegowania pracowników...*, s. 359—360; L. Mitrus: *Charakter prawny delegowania pracowników...*, s. 7; R. Piir: *Safeguarding the posted worker...*, s. 106—107.

stan wykonywania pracy w innym państwie niż to, w którym „zazwyczaj” była ona świadczona, mógł trwać latami. Co więcej, brak wyraźnej regulacji w tym zakresie zmuszał do dokonywania pogłębionej analizy i merytorycznego uzasadnienia każdego przypadku z osobna na podstawie różnorodnych kryteriów⁵⁰. Co prawda, w doktrynie zarysował się pogląd, że okres delegowania pracownika za granicę nie mógł przekraczać dwóch lat⁵¹, jednakże stanowisko to znajdowało swoje uzasadnienie jedynie w zbieżności tego czasu z maksymalnym okresem podlegania przepisom z zakresu zabezpieczenia społecznego osoby delegowanej prawa państwa pochodzenia⁵².

Zgodnie z wprowadzonym nowelą dyrektywy 96/71/WE art. 3 ust. 1a, w przypadku gdy rzeczywisty okres delegowania pracownika przekracza 12 miesięcy (w określonych przypadkach 18 miesięcy), państwo członkowskie, na terytorium którego pracownik wykonuje swoje obowiązki, ma zapewnić, bez względu na to, jakiemu prawu podlega jego stosunek pracy, poza warunkami zatrudnienia określonymi w enumeratywnym katalogu z art. 3 ust. 1 dyrektywy, stosowanie wszelkich innych mających zastosowanie regulacji odnoszących się do stosunku pracy, zgodnie z prawem tego państwa⁵³. Innymi słowy, po wskazanym okresie delegowania, w czasie którego jedynie w oznaczonych obszarach zastosowanie znajdowała *lex loci laboris*, prawo państwa przyjmującego stanie się w pełnym zakresie statutem stosunku pracy. Można zatem uznać, że z upływem wyraźnie wskazanego w art. 3 ust. 1a dyrektywy 96/71/WE okresu delegowania dochodzi do zmiany prawa właściwego dla stosunku pracy. Zważywszy bowiem na relacje pomiędzy rozporządzeniem Rzym I a dyrektywą, tak długo, jak pracownik jest delegowany do wykonywania obowiązków pracowniczych w rozumieniu dyrektywy, świadczenie pracy w innym państwie ma charakter „tymczasowego zatrudnienia”, o którym mowa w art. 8 ust. 2 zd. 2 rozporządzenia Rzym I. Nie dochodzi zatem do

⁵⁰ D. Martiny, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Internationales Privatrecht I*, Bd. 10. Hsrg. J. v. Hein. München 2015, s. 495—496.

⁵¹ P. Mankowski: *Employment Contracts Under Article 8(2) of the Rome I Regulation*. In: *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Eds. F. Ferrari, S. Leible. Munich 2009, s. 187; M. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20B: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan..., s. 503.

⁵² Zgodnie bowiem z art. 12 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L nr 200 z dnia 7.06.2004, s. 1—49), maksymalny okres podlegania przepisom z zakresu zabezpieczenia społecznego osoby delegowanej, wynikającym z prawa państwa pochodzenia, wynosi właśnie 24 miesiące.

⁵³ A.M. Świątkowski: *Zmienione warunki zatrudnienia...*, s. 13; S. de Carvalho: *The revision of the Posting of Workers Directive...*, s. 730; R. Piir: *Safeguarding the posted worker...*, s. 107; R.Ş. Pătru: *Discussions on new EU-wide regulations...*, s. 159.

zmiany statutu stosunku pracy danego pracownika, choć następuje — co do zasady — jego modyfikacja w sposób określony przepisami dyrektywy. Z kolei upływ okresu „tymczasowego zatrudnienia” w państwie przyjmującym prowadzi do zmiany prawa właściwego dla stosunku pracy.

Co istotne, prawo państwa przyjmującego, które staje się po maksymalnym okresie delegowania statutom stosunku pracy, nie znajduje zastosowania — w związku z wyraźnym wyłączeniem w art. 3 ust. 1a dyrektywy 96/71/WE — do procedur, formalności i warunków zawierania i rozwiązywania umów o pracę, w tym klauzul o zakazie konkurencji, jak również do uzupełniających pracowniczych programów emerytalnych⁵⁴. W tym zakresie stosuje się prawo dotychczas do tych kwestii właściwe.

Przepis art. 3 ust. 1a dyrektywy 96/71/WE wskazuje, że maksymalny okres delegowania wynosi 12 miesięcy. Jednakże w przypadku złożenia przez pracodawcę umotywowanego powiadomienia państwo przyjmujące przedłuża ten okres do 18 miesięcy⁵⁵. Brzmienie wskazanego przepisu nie daje państwu przyjmującemu kompetencji do odmowy wydłużenia okresu delegowania w odniesieniu do danego pracownika; nie przewidziano w związku z tym także procedury uzyskiwania decyzji w tym zakresie. Pracodawca zatem jedynie powiadamia właściwy organ o swojej woli, przedkładając stosowne „umotywowanie”. Takie działanie uznane zostało za wystarczające do przedłużenia okresu delegowania do 18 miesięcy⁵⁶.

Autorzy dyrektywy 2018/957 podkreślają, że regulacje dotyczące delegowania pracowników do pracy w innym państwie członkowskim niż to, w którym zazwyczaj świadczą oni pracę, służą ochronie słusznym interesów pracowniczych. Jednakże z treści preambuły dyrektywy można wysnuć wniosek, że jej przepisy mają także na celu regulację rynku pracy przyjmującego państwa członkowskiego⁵⁷, a zapewnienie pracownikom lepszej ochrony jest niezbędne dla zagwarantowania swobody świadczenia usług na sprawiedliwych zasadach zarówno w perspektywie krótko-, jak i długoterminowej. Wyraźne ograniczenie okresu delegowania pracowników do 12 (18) miesięcy ma zatem zapobiegać nadużywaniu praw⁵⁸ gwarantowanych w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁵⁹, w szczególności — jak już wspomniano — swobody świadczenia usług⁶⁰.

⁵⁴ A.M. Świątkowski: *Zmienione warunki zatrudnienia...*, s. 13; P. Wąż: *Zmiany w zakresie delegowania...*, s. 9.

⁵⁵ R.Ş. Pătru: *Discussions on new EU-wide regulations...*, s. 159.

⁵⁶ A.M. Świątkowski: *Zmienione warunki zatrudnienia...*, s. 13.

⁵⁷ Tak w motywie 9. preambuły dyrektywy 96/71/WE.

⁵⁸ Tak wprost w motywie 10. preambuły dyrektywy 96/71/WE.

⁵⁹ Dz.Urz. UE C nr 83 z 2010, s. 1.

⁶⁰ H. Verschueren: *Cross-Border Workers in the European Internal Market: Trojan Horses for Member States' Labor and Social Security Law?* „International Journal of

Dwudziestoletnia praktyka stosowania dyrektywy 96/71/WE pokazała drogi, jakimi pracodawcy delegujący swoich pracowników do pracy za granicą unikają obowiązków płynących z jej treści. Jedną z nich było zastępowanie dotychczas delegowanych innymi pracownikami tego samego pracodawcy. Wówczas formalnie okres delegowania poszczególnych zatrudnionych nie wydawał się długi, a zatem brak było przesłanek do uznania, że statut ich stosunków pracy ulegał zmianie na prawo państwa przyjmującego. W celu wyeliminowania prób obchodzenia przepisów⁶¹, wskazujących już wprost dość krótkie okresy delegowania pracowników, w znowelizowanej dyrektywie 96/71/WE wskazano, że w przypadku gdy pracodawca zastępuje pracownika delegowanego inną osobą, wykonującą to samo zadanie w tym samym miejscu, do okresu delegowania następcy należy doliczać czas świadczenia pracy w państwie przyjmującym wszystkich jego poprzedników⁶². Innymi słowy, w przypadku długoterminowych usług świadczonych przez przedsiębiorców w innym państwie członkowskim dla kolejnych delegowanych pracowników statut stosunku pracy ulega zmianie na prawo państwa przyjmującego już z chwilą rozpoczęcia wykonywania swoich obowiązków w tym kraju. Co istotne, wyrażenie „to samo zadanie w tym samym miejscu” należy interpretować, uwzględniając między innymi charakter usługi, którą pracodawca ma wykonać, jak również rodzaj pracy świadczonej przez pracownika delegowanego oraz „adres(y)” miejsca pracy. Błędna byłaby zatem praktyka doliczania okresów wcześniejszego delegowania danego pracownika wykonującego pracę przy świadczeniu innej usługi swojego pracodawcy w tym samym państwie, zarówno dla tego samego, jak i innego usługodawcy.

3. Zakończenie

Delegowanie pracowników do pracy w innym państwie niż to, w którym zwykle wykonują oni swoje obowiązki pracownicze, ogniskuje w sobie kilka problemów, na różnych płaszczyznach. Poza zagadnieniami *stricto* społecznymi, związanymi z nawet krótkotrwałą migracją⁶³, uwagę po-

Comparative Labour Law and Industrial Relations” 2008, no. 2, s. 171–172; M. Wołoszyn-Juszczak: *Perspektywy delegowania pracowników...*, s. 357–358.

⁶¹ Tak w motywie 11. preambuły dyrektywy 96/71/WE.

⁶² A.M. Świątkowski: *Zmienione warunki zatrudnienia...*, s. 13; P. Wąż: *Zmiany w zakresie delegowania...*, s. 10.

⁶³ M. Fornasier, M. Torga: *The posting of workers: the perspective of the sending state*. „Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht” 2013, Nr. 3, s. 358.

winny zwracać także kwestie prawne i ekonomiczne, będące następstwem czasowego świadczenia pracy za granicą⁶⁴. Negocjacje prowadzone w okresie przygotowywania dyrektywy 2018/957 pokazały, jak duże znaczenie mają regulacje dotyczące delegowania pracowników zarówno dla zabezpieczenia słusznych praw tych ostatnich, jak i ochrony lokalnych rynków pracy i usług przed napływem usługodawców z państw, w których poziom, w szczególności wynagrodzeń, jest niższy. Analiza przepisów znowelizowanej dyrektywy 96/71/WE w zakresie, w jakim wpływają one na statut stosunku pracy, pozwala na wniosek, że pogodzenie sprzecznych interesów poszczególnych zainteresowanych — państw chroniących swój rynek wewnętrzny, usługodawców chcących w nieskrępowany sposób korzystać z traktatowej swobody świadczenia usług oraz pracowników delegowanych do pracy za granicę — jest zadaniem niezmiernie trudnym. Jednocześnie hasło przeciwdziałania negatywnym konsekwencjom dumpingu socjalnego⁶⁵, przez zapewnienie stosowania do stosunków pracy pracowników delegowanych prawa gwarantującego im możliwie najwyższe świadczenia⁶⁶, wykorzystywane jest często w celu ograniczenia możliwości działania usługodawców poza krajem ich pochodzenia. Koszty działalności przedsiębiorców za granicą stają się bowiem, w przypadku tak daleko idących obostrzeń, zbyt wysokie. Tym samym mechanizm kolizyjny, wpisany w sposób działania reguł wynikających z dyrektywy 96/71/WE, realizuje także te inne cele.

⁶⁴ M.-A. Moreau: *Le détachement des travailleurs...*, s. 890—891; E. Pataut: *Régulation des rapports de travail en Europe et conflit de lois*. In: *Conflits de lois et régulation économique: l'expérience du marché intérieur*. Eds. M. Audit, H. Muir Watt, E. Pataut. Paris 2008, s. 145—146.

⁶⁵ C. Barnard: *EC Employment Law...*, s. 275; N. Reich: *Free Movement...*, s. 126; S. Robin-Olivier, E. Pataut: *Europe sociale ou Europe économique — A propos des affaires Viking et Laval*. „Revue de Droit du Travail” 2008, n° 2, s. 80; P. Waż: *Dyrektywa Nr 96/71/WE...*, s. 574; S. Lalanne: *Détachement de travailleurs, élargissements de l'Union européenne et mondialisation du commerce des services*. „Revue internationale du Travail” 2011, n° 3—4, s. 235—236; M. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20B: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan..., s. 498; P. Kwasiborski: *Planowana rewizja dyrektywy 96/71/WE...*, s. 12.

⁶⁶ Zob. E. Pataut: *Commentaire du décret du 29 mai 2000 relatif au détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*. „Revue critique de droit international privé” 2000, n° 3, s. 520; Ch. Joerges, F. Rödl: *Informal Politics Informal politics, formalised law and the „social deficit” of European integration: Reflections after the Judgement of the ECJ in Viking and Laval*. „European Law Journal” 2009, no. 1, s. 10; U. Grušić: *The European Private International Law...*, s. 257; M. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20B: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan..., s. 498—499.

Bibliografia

- Bania G.: *Zastosowanie prawa państwa przyjmującego do pracownika delegowanego*. „Monitor Prawa Pracy” 2019, nr 8.
- Barnard C.: *EC Employment Law*. Oxford 2006.
- Carballo Piñeiro L.: *International Maritime Labour Law*. Berlin—Heidelberg 2015.
- Carvalho de S.: *The revision of the Posting of Workers Directive and the freedom to provide services in EU: towards a dead end?* „Juridical Tribune” 2018, vol. 8.
- Charbonneau A.: *Marché international du travail maritime. Un cadre juridique en formation*. Aix-en-Provence 2009.
- Collins H.: *Social Dumping, Multi-level Governance and Private Law in Employment Relationships*. In: *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*. Eds. D. Leczykiewicz, S. Weatherill. Oxford—Portland 2013.
- Davies P.: *Posted Workers: Single Market of Protection of National Labour Law System?* „Common Market Law Review” 1997, no. 3.
- Deinert O.: *Posting of Workers to Germany — Previous Evolutions and New Influences Throughout EU Legislation Proposals*. „International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations” 2000, no. 3.
- Fornasier M., Torga M.: *The posting of workers: the perspective of the sending state*. „Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht” 2013, Nr. 3.
- Grušić U.: *The European Private International Law of Employment*. Cambridge 2015.
- Grušić U.: *The right to strike versus fundamental economic freedoms in the English courts, again: Hiding behind the „public law taboo” in private international law*. „Journal of Private International Law” 2013, no. 3.
- Grzebyk P.: *Delegowanie pracowników w celu świadczenia usług w innym państwie — wybrane problemy stosowania dyrektywy 96/71*. W: *Prawo pracy. Refleksje i poszukiwania. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Wrątnego*. Red. G. Uścińska. Warszawa 2013.
- Hoek van A., Houwerzijl M.: *‘Posting’ and ‘Posted Workers’: The Need for Clear Definitions of Two Key Concepts of the Posting of Workers Directive*. In: *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2011—2012*. Vol. 14. Eds. C. Barnard, M. Gehring, I. Solanke. Cambridge.
- Joerges Ch., Rödl F.: *Informal Politics Informal politics, formalised law and the „social deficit” of European integration: Reflections after the Judgement of the ECJ in Viking and Laval*. „European Law Journal” 2009, no. 1.
- Karniol J.: *Delegowanie pracowników*. „Palestra” 2008, nr 5—6.
- Kilpatrick C.: *Laval’s regulatory conundrum. Collective standard-setting and the Court’s new approach to posted workers*. „European Law Review” 2009, no. 4.

- Knöfel S.: *EC Legislation on Conflict of Laws: Interactions and Incompatibilities between Conflicts Rules*. „The International and Comparative Law Quarterly” 1998, no. 2.
- Kurowski W.: *Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 12 lutego 2015 r. w sprawie Sähköalojen ammattiliitto ry c/a Elektrobudowa Spółka Akcyjna (C-396/13)*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2019, T. 24.
- Kwasiborski P.: *Planowana rewizja dyrektywy 96/71/WE w świetle dotychczasowych uwarunkowań prawnych instytucji delegowania pracowników w Unii Europejskiej*. „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 6.
- Lalanne S.: *Détachement de travailleurs, élargissements de l’Union européenne et mondialisation du commerce des services*. „Revue internationale du Travail” 2011, n° 3—4.
- Majkowska-Szulc S.: *Sytuacja prawna pracownika delegowanego w ramach świadczenia usług*. W: *Przepływ osób i świadczenie usług w Unii Europejskiej. Nowe zjawiska i tendencje*. Red. S. Biernat, S. Dudzik. Warszawa 2009.
- Makowski D.: *Zatrudnianie pracowników poprzez agencję pracy tymczasowej w świetle prawa wspólnotowego*. „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2003, nr 7.
- Mankowski P.: *Die Rom I-Verordnung — Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge*. „Internationales Handelrecht” 2008, Nr. 4.
- Mankowski P.: *Employment Contracts Under Article 8(2) of the Rome I Regulation*. In: *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Eds. F. Ferrari, S. Leible. Munich 2009.
- Martiny D., in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Internationales Privatrecht I*. Bd. 10. Hrsg. J. v. Hein. München 2015.
- Mitrus L.: *Charakter prawny delegowania pracowników w ramach swobody świadczenia usług w Unii Europejskiej*. „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, nr 6.
- Moreau M.-A.: *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l’Union européenne*. „Clunet” 1996, n° 4.
- Pataut E.: *Commentaire du décret du 29 mai 2000 relatif au détachement de travailleurs effectué dans le cadre d’une prestation de services*. „Revue critique de droit international privé” 2000, n° 3.
- Pataut E.: *Régulation des rapports de travail en Europe et conflit de lois*. In: *Conflits de lois et régulation économique: l’expérience du marché intérieur*. Eds. M. Audit, H. Muir Watt, E. Pataut. Paris 2008.
- Pătru R.Ş.: *Discussions on new EU-wide regulations on the posting of workers. Special consideration for Directive (EU) 2018/957 amending Directive 96/71/EC on the posting of workers in the framework of the provision of services*. „Juridical Tribune” 2019, vol. 9.
- Piir R.: *Safeguarding the posted worker. A private international law perspective*. „European Labour Law Journal” 2019, vol. 10.

- Reich N.: *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union — the Laval and Viking Cases before the ECJ*. „German Law Journal” 2008, no. 2.
- Robin-Olivier S., Pataut E.: *Europe sociale ou Europe économique — A propos des affaires Viking et Laval*. „Revue de Droit du Travail” 2008, n° 2.
- Sanetra W.: *Delegowanie pracowników do pracy w innym kraju w prawie europejskim*. „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1998, nr 9.
- Skoczylński J.: *Prawo właściwe w międzynarodowych stosunkach pracy pracowników delegowanych w ramach świadczenia usług (problematyka kolizyjnoprawna)*. „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2004, nr 5.
- Stone P.: *EU Private International Law*. Cheltenham—Northampton 2014.
- Szpunar M., Zachariasiewicz M.: *Swoboda przedsiębiorczości i swoboda świadczenia usług a działania związków zawodowych — glosa do wyroku ETS z 18.12.2007 r. w sprawie C-341/05 Laval un Partneri Ltd przeciwko Svenska Byggnadsarbetareförbundet i inni oraz do wyroku ETS z 11.12.2007 r. w sprawie C-438/05 TWF i FSU przeciwko Viking Line i Viking Line Eesti*. „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 7.
- Szypniewski M.: *Współzależności pomiędzy delegowaniem pracowników a podróżą służbową*. „Monitor Prawa Pracy” 2019, nr 9.
- Świątkowski A.M.: *Zmienione warunki zatrudnienia i wynagrodzenia pracowników delegowanych*. „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 8.
- Vaitkeviciute A.: *Minimum Wages in the Construction Sector in Finland, Sweden, Germany and Norway — A Guarantee for Workers Posted from the Baltic States?* „Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht” 2015, H. 4.
- Verschueren H.: *Cross-Border Workers in the European Internal Market: Trojan Horses for Member States’ Labor and Social Security Law?* „International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations” 2008, no. 2.
- Wąż P.: *Charakterystyka transgranicznego stosunku pracy na tle dyrektywy Nr 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady*. „Monitor Prawniczy” 2008, nr 2.
- Wąż P.: *Delegowanie pracowników do innego państwa celem świadczenia usług*. Warszawa 2011.
- Wąż P.: *Dyrektywa Nr 96/71/WE w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości*. „Monitor Prawniczy” 2008, nr 11.
- Wąż P.: *Glosa do wyroku TS z dnia 12 lutego 2015 r., C-396/13*. LEX/el. 2015.
- Wąż P.: *Projekt dyrektywy w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/71/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług*. „Monitor Prawa Pracy” 2013, nr 9.
- Wąż P.: *Zmiany w zakresie delegowania pracowników do innego państwa celem świadczenia usług od 30.7.2020 r.* „Monitor Prawa Pracy” 2020, nr 10.
- Wołoszyn-Juszcyk M.: *Perspektywy delegowania pracowników polskich do krajów Unii Europejskiej*. W: *Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej*. Red. A.M. Świątkowski. Warszawa 2014.
- Zachariasiewicz M., w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20B: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2015.



Kinga Konieczna^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0003-1886-2963>

Pozycja prawna notariusza w sprawach spadkowych o charakterze transgranicznym

Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-658/17 WB¹

Abstract: The commentary presents an analysis of a thesis presented by the Court of Justice of the European Union in Judgment of 23rd of May 2018. The question referred to the Court in case C-658/17 WB concerned legal definition of a ‚court’ and legal classification of the national deed of certification of succession under the provisions of Regulation (EU) No 650/2012. The Judgment states that notary in Poland that draw up a deed of certificate of succession at the unanimous request of all the parties, does not constitute a ‚court’ within the meaning of that provision. Subsequently, a deed drawn up by such authority does not constitute a ‚decision’ within the meaning of that provision. The Judgment is particularly relevant since its impact extends to national certificates of succession issued by notaries in other countries, that are part of the Latin part notary system. In conclusion it is indicated, that the Judgment rendered by Tribunal, although highly rightful, relates to merely one of numerous issues concerning use of authentic documents in cross-border succession cases.

Keywords: Regulation (EU) 650/2012, succession, deed of succession certification, notary public

^{a)} Mgr, asystent w Zakładzie Prawa Prywatnego Międzynarodowego w Katedrze Prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

¹ Wyrok TSUE z dnia 23 maja 2019 r. w sprawie WB, C-658/17. ECLI:EU:C:2019:444.

1. Uwagi wstępne

Europejskie poświadczenie spadkowe wprowadzone zostało rozporządzeniem 650/2012 w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego² [dalej: Rozporządzenie]. W założeniu miało ono ułatwić legitymowanie następców spadkowych oraz wykazywanie przez nich uprawnień do zarządzania majątkiem spadkowym w sprawach o charakterze transgranicznym. Instrument ten jest uznawany we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej bez potrzeby przeprowadzania odrębnych postępowań spadkowych w każdym z nich. Zamierzonym efektem jego wprowadzenia było ujednoczenie rozstrzygnięć w sektorze transgranicznych spraw spadkowych na obszarze Unii Europejskiej, a tym samym zwiększenie przejrzystości i pewności obrotu prawnego. Miał on również odciążać sądy oraz uzupełnić luki w krajowych systemach prawnych. Rozwiązania zawarte w unijnej regulacji w sprawach dziedziczenia jeszcze przed wejściem w życie wymienionego Rozporządzenia bywały oceniane jako kontrowersyjne³. Zgłaszane wątpliwości dotyczyły przede wszystkim istnienia kompetencji Unii Europejskiej w zakresie harmonizacji tej dziedziny prawa. Postępująca migracja w Europie oraz powszechność nabywania przez obywateli Unii mienia w innych państwach członkowskich okazały się czynnikami, które przeważały na rzecz standaryzacji reguł prawa materialnego w transgranicznym prawie dziedziczenia⁴. Celem takiego działania było dostosowanie ich do potrzeb obrotu prawnego w erze postępującej globalizacji. Z biegiem czasu okazało się, że unijna regulacja nie jest jednak kompleksowa, a mankamenty tyczą się przede wszystkim względów proceduralnych.

² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego. Dz.Urz. UE L nr 201 z 2012 r., s. 107.

³ E.B. Crawford, J.M. Carruthers: *Speculation on the Operation of Succession Regulation 650/2012: Tales of Unexpected*. „22 European Review of Private Law” 2014, Issue 6, s. 847—878.

⁴ M. Załucki: *New revolutionary regulation on succession matters. Key issues and doubts*. „Revista de derecho civil” 2016, vol. 3, n° 1, s. 165—176.

2. Stan faktyczny w sprawie C-658/17

W orzeczeniu wydanym w dniu 23 maja 2019 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej podjął się udzielenia odpowiedzi na pytanie, jakie przedstawił Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim. Postępowanie sądowe w tej sprawie zainicjowało zażalenie w przedmiocie odmowy dokonania czynności notarialnej, złożone do sądu przez zastępcę notarialnego. Skarżąca domagała się wydania przez zastępcę notarialnego wypisu aktu poświadczenia dziedziczenia wraz z zaświadczeniem potwierdzającym, że akt ten stanowi orzeczenie w sprawie dotyczącej dziedziczenia w rozumieniu Rozporządzenia spadkowego. Na wypadek nieuwzględnienia tego wniosku wnosząca zażalenie zażądała wydania wypisu aktu poświadczenia dziedziczenia wraz z zaświadczeniem potwierdzającym, że stanowi on „dokument urzędowy dotyczący dziedziczenia”. Zastępca notarialny odmówił wydania któregokolwiek z zaświadczeń. Uzasadniając odmowę, przedstawił argument, że akt poświadczenia dziedziczenia spełnia wprawdzie kryteria niezbędne do uznania go za orzeczenie (określone w art. 3 ust. 1 pkt g i ust. 2 Rozporządzenia), jednak państwo polskie nie dopełniło obowiązku powiadomienia Komisji o objęciu polskich notariuszy zakresem pojęcia „sąd”, wynikającego z art. 79 Rozporządzenia 650/2012. Takie zaniechanie wykluczyło zaś dopuszczalność wydania zaświadczenia stwierdzającego, że akt poświadczenia dziedziczenia stanowi orzeczenie na gruncie przepisów Rozporządzenia. Natomiast okoliczność, że dokument notarialny spełnia określone w Rozporządzeniu formalne kryteria uznania go za orzeczenie w ocenie zastępcy wyeliminowała możliwość uznania go za dokument urzędowy. Sąd rozstrzygający sprawę zwrócił uwagę na niejasny charakter zawartego w art. 3 ust. 2 *in fine* Rozporządzenia obowiązku notyfikacji Komisji organów lub przedstawicieli zawodów prawniczych, które spełniają określone w tym ustępie kryteria uznania ich za „sąd”. Z treści przepisu nie wynika, czy charakter prawny tego obowiązku należy zakwalifikować jako konstytutywny, czy też wyłącznie informacyjny. Sąd zaakcentował ponadto brak precyzji prawodawcy unijnego przy definiowaniu w treści Rozporządzenia pojęć „orzeczenie” i „sąd”. Wskazał, że w prawie polskim — w myśl art. 95 j ustawy Prawo o notariacie⁵ — zarejestrowany akt poświadczenia dziedziczenia ma skutki prawomocnego postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, nie jest jednak jasne, czy pojęcie „orzeczenie” implikuje wydanie takiego aktu przez instytucję posiadającą

⁵ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. — Prawo o notariacie. T.j. Dz.U. 2019, poz. 540, 730, 1495, 1655, 2020.

kompetencje do orzekania w kwestiach spornych między stronami oraz czy uznanie danego aktu za orzeczenie wyklucza możliwość uznania go za dokument urzędowy. Jako że jednolita interpretacja wskazanych pojęć we wszystkich państwach członkowskich UE jest kluczowa dla zapewnienia spójności oraz poprawności stosowania wspólnej regulacji spadkowej, sąd skierował do Trybunału pytania prejudycjalne odnoszące się do opisanych wyżej zagadnień.

3. Rozstrzygnięcie Trybunału

W wyroku wydanym na kanwie niniejszej sprawy Trybunał orzekł, że związanie notariuszy w danym państwie członkowskim zasadami jurysdykcji określonymi w Rozporządzeniu powinno zależeć od tego, czy są oni objęci zakresem definicji „sąd” do celów niniejszego rozporządzenia, a nie od ujęcia ich przez państwo w wykazie, o którym mowa w art. 79 Rozporządzenia. Tym samym przewidziany w art. 3 Rozporządzenia obowiązek notyfikowania Komisji organów lub przedstawicieli zawodów prawniczych, które spełniają kryteria uznania ich za „sąd”, ma charakter wyłącznie informacyjny. Trybunał nie przychylił się więc do przedstawionego stanowiska zastępcy notarialnego. W rozstrzygnięciu przypomniał o nadrzędnym celu Rozporządzenia, którym powinno być zapewnienie należytego działania wymiaru sprawiedliwości w Unii Europejskiej. Wskazał, że dopuszczenie do uznaniowych decyzji państw członkowskich — w oderwaniu od wymogów sformułowanych w przepisach Rozporządzenia — o umieszczeniu organów lub przedstawicieli zawodów prawniczych w wykazie stanowiłoby dla jego realizacji poważne zagrożenie. W odniesieniu do charakteru prawnego kompetencji polskiego notariusza Trybunał podkreślił, że aby dany organ mógł zostać uznany za wykonujący funkcje sądowe, musi być umocowany do rozstrzygnięcia ewentualnego sporu. Sytuacja taka nie ma miejsca w przypadku, gdy kompetencje danego przedstawiciela zawodu prawniczego zależą tylko i wyłącznie od woli stron. Dlatego też pozycja prawna notariusza w Polsce nie pozwala, zdaniem Trybunału, na objęcie go zakresem pojęcia „sąd” oraz na uznanie wydawanego przez niego aktu poświadczenia dziedziczenia za orzeczenie w rozumieniu przepisów Rozporządzenia 650/2012.

4. Usytuowanie notariusza w sprawach spadkowych w polskim porządku prawnym

Rozstrzygnięcie w sprawie C-658/17 ma doniosłe znaczenie praktyczne. Wykładnia dokonana przez Trybunał położyła kres jednej z wielu istotnych wątpliwości związanych ze stosowaniem regulacji Rozporządzenia w obrocie prawnym i stanowi przełom w zapatrywaniach prawodawcy unijnego na rolę notariusza w systemie organów ochrony prawnej. Wcześniej tematyka ta była podejmowana w literaturze, zachodziły jednak rozbieżności w poglądach prezentowanych przez poszczególnych autorów, które przedstawię pokrótce z uwagi na zwięzłość niniejszego opracowania. Część przedstawicieli nauki uważała, że okoliczność, że akt poświadczenia dziedziczenia wydawany jest z urzędu, po uprzednim sporządzeniu protokołu dziedziczenia na żądanie stron, zbliża charakter prawny czynności notariusza do zadań wykonywanych przez sąd w sprawach niespornych⁶. Dla uzasadnienia takiej koncepcji przywoływany był przepis art. 95 j ustawy Prawo o notariacie, zrównujący zarejestrowany akt poświadczenia dziedziczenia z prawomocnym postanowieniem sądowym⁷. Wskazywano, że tryb sporządzenia aktów poświadczenia dziedziczenia daje gwarancje bezstronności i prawa wszystkich stron do bycia wysłuchanym⁸. Zdecydowany postulat uznania notariusza za sąd w rozumieniu Rozporządzenia zgłaszał także T. Kot. Autor ten przedstawił godną uwagi tezę, że dzięki takiemu zapatrywaniu notariat staje się organem prewencyjnej ochrony prawnej w sprawach cywilnych. Opowiedział się za tym, aby w sprawach cywilnych postępowanie przed notariuszem było traktowane jako postępowanie przed sądem pierwszej instancji, z możliwością odwołania się do sądu⁹. W nauce spotkać można również pogląd, że sporządzenie aktu poświadczenia dziedziczenia na-

⁶ M. Walasik: *Pozycja prawna notariusza w sprawach międzynarodowych z zakresu prawa spadkowego*. W: *Znad granicy ponad granicami. Księga jubileuszowa Profesora Dietera Martiny*. Red. M. Krzymuski, M. Margoński. Warszawa 2014, s. 352 i n. P. Czubik zwraca uwagę, że notariusz może być potencjalnie uznany za sąd w rozumieniu art. 3 ust. 2 Rozporządzenia, jednak przepisy Prawa o notariacie stoją temu na przeszkodzie. Autor ten zauważa potrzebę zmiany w tym zakresie. Zob. P. Czubik: *Konsekwencje europejskiego rozporządzenia spadkowego (nr 650/2012) dla praktyki notarialnej (zagadnienia dotyczące wyboru prawa właściwego dla dziedziczenia)*. „Rejent” 2013, nr 11, s. 29—30.

⁷ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. — Prawo o notariacie...

⁸ M. Walasik: *Pozycja prawna notariusza...*, s. 352 i n.

⁹ T. Kot: *Czy polski notariusz może być sądem na gruncie rozporządzenia spadkowego? Głos w dyskusji*. W: *Nowe europejskie prawo spadkowe*. Red. M. Pazdan, J. Górecki. Warszawa 2015, s. 92—93.

leży do czynności prawnych *sui generis*, których nie można zakwalifikować ani do kategorii aktów notarialnych, ani też do „zwykłych” poświadczeń¹⁰. Istota sporządzanego przez notariusza poświadczenia sprowadza się do złożenia przez niego oświadczenia wiedzy co do własnoręczności podpisu, pozostawania danej osoby przy życiu lub w określonym miejscu oraz innych stanów rzeczy, o których mowa w art. 96 Prawa o notariacie. Tymczasem wydanie aktu poświadczenia dziedziczenia nie ma na celu ustalenia wiedzy o faktach, lecz potwierdzenie stanu prawnego. Warto zauważyć, że w wyniku zmian wprowadzonych przez ustawodawcę w 2015 r. na poświadczeniu obecnie podpisuje się wyłącznie notariusz. Zdaniem M. Pazdana, rezygnacja z podpisywania dokumentu przez pozostałe osoby zainteresowane miała za zadanie zaakcentowanie judykacyjnej roli notariusza względem aktów potwierdzających prawa do spadku¹¹. W przedmiocie usytuowania notariusza wśród przedstawicieli innych zawodów prawniczych wypowiedział się także Trybunał Konstytucyjny. W wyroku z dnia 10 grudnia 2003 r. zajął on stanowisko, że notariusz w polskim systemie prawnym jest nie tylko osobą zaufania publicznego, lecz pełni jednocześnie funkcje pomocnicze w stosunku do wymiaru sprawiedliwości, dokonując czynności, przy których udział notariusza ma charakter obligatoryjny oraz nadaje sporządzonym dokumentom szczególny walor dowodowy — moc dokumentu urzędowego. Przedstawiciele tego zawodu korzystają ponadto z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym (na mocy art. 2 § 1 ustawy Prawo o notariacie), wykonują szereg czynności o charakterze urzędowym (m.in. działając jako płatnicy podatków i opłat skarbowych), a swoboda kształtowania przez nich wynagrodzenia za dokonane czynności jest w znacznym stopniu ograniczona. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego te aspekty niewątpliwie wskazują na szczególną pozycję notariuszy względem podmiotów świadczących typowe usługi prawnicze¹². Przeciwno uznaniu aktu poświadczenia dziedziczenia za akt notarialny przedstawiane były argumenty odnoszące się zarówno do systematyki Prawa o notariacie, jak i do braku w jego treści jakichkolwiek oświadczeń stron (taki element aktu notarialnego określony jest jako konstytutywny w art. 92 ustawy Prawo o notariacie). Zwracano również uwagę na odmienną niż w przypadku aktu notarialnego pro-

¹⁰ P. Księżak: *Charakter prawny aktu poświadczenia dziedziczenia*. W: *Notarialne poświadczenie dziedziczenia. Zagadnienia wybrane*. Red. A. Marciniak. Warszawa 2019, s. 4.

¹¹ M. Pazdan: *Notarialne poświadczenie dziedziczenia po zmianach z 2015 roku*. „Rejent” 2016, nr 4, s. 21. Autor wskazuje ponadto, że owa judykacyjna rola jest szczególnie widoczna przy wydawaniu przez notariuszy europejskich poświadczeń spadkowych.

¹² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2003 r., K 49/2001. OTK ZU 2003, nr 9A, poz. 101.

cedurę jego uchylecia¹³. W ocenie M. Setkowicz czynności wykonywane przez notariusza należą wprawdzie do zadań z zakresu ochrony prawnej, jednak nie można ich uznać za zadania z zakresu wymiaru sprawiedliwości, polegające na rozstrzygnięciu sporów, które zgodnie z art. 175 Konstytucji RP zastrzeżone są dla sądów¹⁴. Przeciwno uznaniu notariuszy za sąd (z uwagi na okoliczność, że wydawane przez nich dokumenty nie są orzeczeniami) opowiedział się także J. Pisuliński¹⁵.

5. Ocena stanowiska Trybunału

Niejednolite postrzeganie charakteru prawnego czynności dokonywanych przez notariuszy miało zauważalne przełożenie na praktykę. Wątpliwości dotyczyły nie tylko czynności z zakresu prawa spadkowego, lecz także prawa rzeczowego — niejasne było bowiem, czy sąd w celu usunięcia niezgodności między treścią księgi wieczystej a rzeczywistym stanem prawnym może dokonać wpisu do księgi wieczystej na podstawie wniosku zawartego w zagranicznym odpowiedniku aktu poświadczenia dziedziczenia, traktując taki dokument na równi z orzeczeniem sądu, o którym mowa w art. 31 ust. 2 ustawy o księgach wieczystych i hipotece¹⁶. Rozstrzygnięcie Trybunału w sprawie C-658/17 przyczyni się do jednolitego ujęcia statusu dokumentu notarialnego w podobnych sprawach. Trybunał rozstrzygnął, że za „sąd” na gruncie Rozporządzenia może być uznany wyłącznie organ, który zapewnia gwarancję bezstronności i prawa wszystkich stron do bycia wysłuchanymi, a jego orzeczenia mogą być przedmiotem zaskarżenia do organu sądowego lub ponownego rozpoznania przez organ sądowy oraz mają moc i skutek podobne do orzeczenia organu sądowego w takiej samej sprawie. Ponadto musi on mieć kompetencje do rozpatrzenia sprawy potencjalnie spornej pomiędzy stronami,

¹³ P. Księżak: *Charakter prawny aktu poświadczenia dziedziczenia...*, s. 1—15.

¹⁴ M. Setkowicz: *Notariusz jako organ ochrony prawnej w świetle prawa polskiego i prawa Unii Europejskiej*. „Przeгляд Prawa i Administracji” 2016, T. 107, s. 203.

¹⁵ J. Pisuliński: *Wprowadzenie*. W: *Europejskie prawo cywilne*. Warszawa 2013, s. 23.

¹⁶ Por. stan faktyczny postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 19 kwietnia 2017 r., III Ca 391/17, <https://www.saos.org.pl/judgments/298662>, w którym przedmiotem zaskarżenia stało się orzeczenie Sądu Rejonowego w Raciborzu, w którym sąd ten uznał poświadczenie spadkowe sporządzone przez notariusza w Niemczech za orzeczenie; ocenił jednak, że nie może być ono podstawą wpisu do księgi wieczystej z uwagi na brak informacji o tym, czy jest ono prawomocne.

a taka sytuacja nie ma miejsca, gdy — tak jak w przypadku polskich notariuszy — jego kompetencje zależą wyłącznie od woli stron. Słusznie podkreślono, że notariusze w Polsce wykonują wolny zawód — w ramach prowadzonej działalności dokonują czynności za wynagrodzeniem określonym na podstawie umowy z osobami stawającymi do czynności. W połączeniu z brakiem uprawnień decyzyjnych w sprawach spadkowych dodatkowo przemawia to przeciwko uznaniu ich za organy wykonujące funkcje sądowe. Stanowisko Trybunału jest spójne z wcześniejszymi poglądami na rolę notariuszy w systemie prawnym, zawartymi w orzeczeniach w sprawach C-551/15 (Pula Parking)¹⁷ i C-484/15 (Zulfikarpašić)¹⁸, co pozytywnie wzmacnia jego wydźwięk. Trudno jednak zakładać, że jednoznacznie położy ono kres istniejącym w doktrynie wątpliwościom co do statusu notariusza w polskim systemie prawnym — rozważania Trybunału dotyczą w głównej mierze autonomicznego znaczenia pojęcia „sąd” na gruncie postanowień Rozporządzenia 650/2012.

Argumentacja przedstawiona w glosowanym orzeczeniu zasługuje na aprobatę oraz rozwinięcie. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia w sprawie C-658/17 wyraźnie zaakcentowano znaczenie autonomicznej wykładni niektórych pojęć na gruncie prawa UE. Pojęcie sądu zostało poddane interpretacji przede wszystkim przez pryzmat potencjalnie spornego charakteru rozpoznawanych spraw¹⁹. Chociaż stanowisko Trybunału spotkało się z krytycznymi ocenami niektórych przedstawicieli nauki²⁰, warto zwrócić uwagę, że notariusz nie tylko nie rozpatruje spraw potencjalnie spornych, lecz także postępowanie przed tym organem nie ma charakteru kontradyktoryjnego. Brak w nim ponadto kontroli instancyjnej, która stanowi jedną z podstawowych cech postępowania przed sądem — zarejestrowanie aktu poświadczenia dziedziczenia jest swoistym nadaniem mu waloru prawomocności. Wprawdzie — zgodnie z art. 95 j ustawy Prawo o notariacie — zarejestrowany akt poświadczenia dziedziczenia ma skutki prawomocnego postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, jednak dokumenty wydawane przez notariuszy mają słabszą moc niż orzeczenia sądowe wydawane w sprawach spadkowych. Wniosek taki można wyprowadzić z art. 669¹ Kodeksu postępowania cywilnego [dalej: k.p.c.], zgodnie z którym sąd spadku uchyla zarejestrowany akt poświadczenia dziedziczenia, jeżeli w odniesieniu do tego samego spadku zostało wydane postanowienie o stwierdzeniu

¹⁷ Wyrok TSUE z dnia 9 marca 2017 r., C-551/15. ECLI:EU:C:2017:193.

¹⁸ Wyrok TSUE z dnia 9 marca 2017 r., C-484/15. ECLI:EU:C:2017:199.

¹⁹ B. Trocha: *Akt poświadczenia dziedziczenia w świetle prawa UE. Glosa do wyroku TS z dnia 23 maja 2019 r., C-658/17*. LEX.

²⁰ P. Księżak: *Charakter prawny aktu poświadczenia dziedziczenia...*, s. 1—15.

nabycia spadku²¹. W przypadku kolizji tych dwóch instytucji pierwszeństwo uzyskuje więc orzeczenie sądu. Wyrazem takiego unormowania jest także art. 1025 k.p.c., który stanowi, że przeciwko domniemaniu wynikającemu ze stwierdzenia nabycia spadku nie można powoływać się na domniemanie wynikające z aktu poświadczenia dziedziczenia — bez względu na to, czy prawa do spadku zostały najpierw stwierdzone przez sąd, czy przez notariusza. Potwierdzenie praw do spadku należy wyłącznie do kompetencji sądu również w sytuacji, gdy zarejestrowano dwa lub więcej aktów poświadczenia dziedziczenia (zgodnie z art. 669¹ k.p.c.)²². Mając na uwadze tak kategoryczne brzmienie przepisów normujących zasady pierwszeństwa pomiędzy tymi dokumentami, wydaje się, że Trybunał trafnie odmówił objęcia polskiego notariusza zakresem znaczeniowym pojęcia „sąd” na gruncie przepisów Rozporządzenia. W przypadku odmiennego rozstrzygnięcia pojęcie to zostałoby poddane wykładni rozszerzającej, której efektem mogłoby być zacieranie się granic pomiędzy władzą sądowniczą a przedstawicielami pozostałych profesji prawniczych. W orzeczeniu podkreślono także, że dokonywana przez państwa członkowskie notyfikacja organów, które spełniają kryteria uznania ich za sąd, choć ustanawia domniemanie, iż organy krajowe zgłoszone zgodnie z art. 79 Rozporządzenia nr 650/2012 stanowią „sądy” w rozumieniu art. 3 ust. 2 rzeczonego rozporządzenia, ma charakter wyłącznie informacyjny (ang. *is of merely indicative value*). Również ten element rozstrzygnięcia zasługuje na aprobatę. Przyjęcie innego poglądu powodowałoby, że status „sądu” nie byłby uzależniony od spełnienia kryteriów określonych w art. 3 ust. 2 Rozporządzenia, lecz dodatkowo zostałby uwarunkowany odpowiednią decyzją władz państwa członkowskiego, co w prosty sposób mogłoby otworzyć drogę do nadużyć oraz opóźniłoby przyznanie tym organom kompetencji do działania w sprawach spadkowych. Kwestia notyfikowania przez państwo polskie organów krajowych, które mieszczą się w zakresie pojęcia „sąd”, w rozumieniu Rozporządzenia stała się po wydaniu omawianego orzeczenia bezprzedmiotowa — w Polsce bowiem nie istnieją inne poza notariuszem i sądem organy, które są uprawnione do dokonywania czynności w sprawach spadkowych. Można zatem wyrazić nadzieję, że niniejsze orzeczenie przyczyni się do ujednoczenia w polskiej doktrynie poglądów w kwestiach proceduralnych. Na chwilę obecną sporne jest bowiem, czy w przypadku złożenia

²¹ P. Borkowski trafnie zwraca uwagę, że zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu, samo „wydanie” postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku stanowi podstawę do uchylenia zarejestrowanego aktu poświadczenia dziedziczenia. Przepis nie wprowadza bowiem wymogu prawomocności w odniesieniu do postanowienia sądowego. P. Borkowski: *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*. Warszawa 2011, s. 47 i n.

²² *Ibidem*, s. 48 i n.

wniosku o wydanie przez sąd postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku w przypadku, gdy w tej samej sprawie został już wydany akt poświadczenia dziedziczenia, wniosek taki może zostać odrzucony z uwagi na stan powagi rzeczy osądzonej²³, czy też wydanie aktu poświadczenia dziedziczenia nie wywołuje takiego stanu, a wniosek powinien podlegać oddaleniu z uwagi na brak interesu prawnego w uzyskaniu kolejnego dokumentu potwierdzającego prawa do spadku²⁴.

6. Wzajemne uznawanie dokumentów urzędowych w świetle regulacji Rozporządzenia

Oprócz określenia statusu prawnego dokumentów legitymujących spadkobierców wydawanych przez polskich notariuszy, Trybunał w orzeczeniu w sprawie C-658/17 jednoznacznie potwierdził zasadę wzajemnego uznawania dokumentów urzędowych. Wskazał, że krajowe instrumenty legitymowania spadkobierców przepływają między państwami członkowskimi w trybie Rozporządzenia, niezależnie od wprowadzenia przez prawodawcę unijnego europejskiego poświadczenia spadkowego²⁵. Kwestia ta nie była dotychczas jednoznacznie interpretowana w państwach członkowskich. Obowiązek wzajemnego uznawania dokumentów urzędowych, który nie jest zależny od legitymowania się europejskim poświadczeniem spadkowym (stanowiącym instrument fakultatywny), wynika wprost z art. 59 Rozporządzenia, zgodnie z którym dokumenty urzędowe pochodzące z innych państw członkowskich zasadniczo mają takie same skutki dowodowe w innych państwach członkowskich. Dopuszczalna jest modyfikacja nadająca dokumentom skutki „najbardziej porównywalne” z tymi, które wywołują one w państwie członkowskim pochodzenia. Jedynym wyjątkiem, który pozwalałby na odstępstwo od generalnej zasady swobodnego przepływu dokumentów urzędowych, jest oczywista sprzeczność z porządkiem publicznym (*ordre public*) danego państwa. Takie uregulowanie stanowi w dużej mierze legislacyjne *novum*, które w założeniu umożliwić ma szybkie i skuteczne załatwienie sprawy spadkowej mającej skutki transgraniczne w UE. Jej zastosowanie w praktyce może

²³ Ibidem, s. 260.

²⁴ A. Szereda: *Art. 951j, w: Czynności notarialne. Komentarz do art. 79—112 Prawa o notariacie*. Warszawa 2018, s. 356.

²⁵ M. Margoński: *Art. 62, w: Prawo i postępowanie spadkowe. Komentarz*. T. 4 b. Red. K. Osajda. Warszawa 2019. Legalis.

jednak wiązać się z problemami, wywołanymi przede wszystkim przez zbyt ogólny charakter regulacji oraz brak precyzyjnych wytycznych co do stwierdzania autentyczności i przyjmowania dokumentów urzędowych w trybie art. 3 i art. 59 Rozporządzenia²⁶. Do czasu wyjaśnienia niepewnych aspektów wiążących się z wzajemnym uznawaniem dokumentów urzędowych na obszarze UE w niektórych państwach członkowskich można spodziewać się odmowy przyznawania mocy dowodowej dokumentom wystawianym przez krajowe organy niebędące sądami²⁷. W ocenie niektórych przedstawicieli nauki wobec próby wprowadzenia bardziej szczegółowych wytycznych problematyczna może okazać się mnogość i różnorodność dopuszczalnych rozrządzeń *mortis causa* w porządkach prawnych Unii Europejskiej oraz odmienności w prawie cywilnym procesowym²⁸. W każdym z państw ten cel może być realizowany w nieco odmienny sposób. Aby móc rozstrzygnąć o autentyczności dokumentu, organ krajowy powinien mieć rozeznanie w sposobach dysponowania swoim majątkiem na wypadek śmierci w poszczególnych krajach UE²⁹.

²⁶ I tak, do czasu wydania przez TSUE w dniu 17 stycznia 2019 r. orzeczenia w sprawie C-102/18 (ECLI:EU:C:2019:34) nie było jednoznaczne, czy przy składaniu wniosków o wydanie Europejskiego poświadczenia spadkowego stosowanie formularzy, o których mowa w załącznikach do rozporządzenia wykonawczego 1329/2014, jest obligatoryjne, czy też fakultatywne.

²⁷ M. Margoński: *Art. 62, w: Prawo i postępowanie spadkowe. Komentarz...*

²⁸ K. Flaga-Gieruszczyńska: *Europejskie poświadczenie spadkowe — zagadnienia wybrane*. W: *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*. Red. A. Marciniak..., s. 17 i n. Na różnorodność rozwiązań prawnych przyjętych w poszczególnych państwach członkowskich w zakresie postępowań dotyczących europejskiego poświadczenia spadkowego zwraca również uwagę T. Kot: *Czy polski notariusz może być sądem...*, s. 86 i n., a szczegółowo prezentują je P. Ryłski, K. Weitz: *Postępowania dotyczące europejskiego poświadczenia spadkowego — rozporządzenie nr 650/2012 a prawo krajowe (szkic prawnoporównawczy)*. „Przeгляд Sądowy” 2018, nr 4, s. 42.

²⁹ Legislacyjne luki unijnego prawodawcy związane z dokumentami urzędowymi wydawanymi przez organy krajowe są zauważalne także w innych sprawach, dotyczących punktów styecznych pomiędzy statutem spadkowym a innymi statutami, rozstrzyganych przez Trybunał na przestrzeni ostatnich lat. Dowodzi tego m.in. *kazus Kubicka* (Wyrok TSUE z dnia 12 października 2017 r. w sprawie C-218/16. ECLI:EU:C:2017:755), w którym sąd występujący z pytaniem prejudycjalnym zwrócił uwagę na niekompletność regulacji UE względem różnorodnych porządków prawnych w państwach członkowskich. Przedmiotem wątpliwości stała się dopuszczalność nabycia udziału w nieruchomości położonej w Niemczech w drodze zapisu windykacyjnego zawartego w testamencie sporządzonym przez obywatelkę polską przed polskim notariuszem. Uznanie takiego dokumentu za ważną podstawę nabycia własności nieruchomości położonej w Niemczech powodowałoby problemy w odniesieniu do wpływu prawa dotyczącego rejestru nieruchomości na skuteczność rozrządzenia testamentowego. Prawo niemieckie nie przewiduje takiej podstawy nabycia prawa rzeczowego, a w Rozporządzeniu wskazane jest, że zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. k, „charakter praw rzeczowych” jest wyłączony z zakresu jego zastosowania. Tym samym niejasne stało się, czy państwo miejsca położenia nierucho-

Istotne jest, że korzystanie z europejskich instrumentów harmonizacyjnych w zakresie prawa spadkowego nie jest możliwe bez wprowadzania zmian w prawie krajowym, aby przystosować je do realizacji celu Rozporządzenia polegającego na ułatwieniu swobodnego przepływu osób oraz dokumentów w sprawach spadkowych mających skutki transgraniczne. Wprowadzenie europejskiego poświadczenia spadkowego wiązało się np. z koniecznością dokonania zmian w niemieckiej ustawie wskazującej dokumenty, które mogą być podstawą wpisu prawa własności do księgi wieczystej³⁰. Na marginesie należy zaznaczyć, że także w polskiej ustawie o księgach wieczystych i hipotece³¹ nie zostały dotychczas wprowadzone zmiany wskazujące europejskie poświadczenie spadkowe jako jedną z podstaw wpisu do księgi wieczystej.

7. Uwagi końcowe

Jak wskazano wcześniej, w kontekście sprawy C-658/17 dostrzec można zaledwie jeden z wielu problemów związanych z zastosowaniem zagranicznych dokumentów urzędowych do spraw spadkowych o charakterze transgranicznym. Wątpliwości budzi również sam charakter prawny poświadczenia³². W nauce proponuje się, aby nie kwalifikować go ani jako „orzeczenie”, ani jako „dokument urzędowy”, lecz przyjąć, że stanowi ono „tytuł *sui generis*”, odrębny zarówno od orzeczeń sądowych, jak i dokumentów urzędowych, który może być każdorazem zmieniony lub uchylony³³. *De lege ferenda* również to zagadnienie zasługuje na uczynienie go przedmiotem wykładni Trybunału.

Rozporządzenie 650/2012, nadając przede wszystkim notariuszom znaczące uprawnienia w zakresie stwierdzania autentyczności doku-

mości ma możliwość kwestionowania skutku rzeczowego zapisu windykacyjnego umieszczonego w dokumencie sporządzonym przez uprawniony organ państwowy (notariusza). W orzeczeniu w tej sprawie Trybunał wskazał, że prawu wybranemu przez spadkodawcę powinien podlegać ogół praw dotyczących dziedziczenia — w tym także sposób przechodzenia składników majątku na spadkobierców, a w określonych przypadkach — również na zapisobierców.

³⁰ Chodzi tutaj o § 35 niemieckiej ustawy Grundbuchordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Mai 1994, <https://www.gesetze-im-internet.de/gbo/BJNR001390897.html>.

³¹ T.j. Dz.U. 2019, poz. 2204.

³² M. Margoński, w: *Prawo i postępowanie spadkowe. Komentarz*. T. 4 b. Red. K. Osajda..., s. 100.

³³ *Ibidem*.

mentów oraz wydawania europejskich poświadczeń spadkowych, otwiera przed przedstawicielami tej profesji nowe możliwości i czyni istotny krok w kierunku europeizacji notariatu, przełamując tym samym do pewnego stopnia krajowy monopol w zakresie czynności notarialnych. Głosowane orzeczenie przecina dotychczasowe wątpliwości odnoszące się do statusu prawnego notariusza. Należy jednak zaznaczyć, że wykładnia dokonana przez Trybunał odnosi się wyłącznie do regulacji Rozporządzenia i z pewnością nie zakończy dostrzegalnych od lat doktrynalnych sporów w tym przedmiocie. Stanowisko zakreślone przez Trybunał w sprawie C-658/17 zasługuje na pozytywną ocenę. Jak wskazano powyżej, normy Rozporządzenia nie precyzują pewnych istotnych aspektów dotyczących jego stosowania przez organy krajowe, a przepisy wykonawcze zawarte w prawie polskim należy uznać za niewystarczające. Jeżeli luka pomiędzy teoretycznymi a praktycznymi aspektami implementacji nie zostanie zredukowana, poświadczenie zamiast stać się innowacyjnym rozwiązaniem prawnym, które pozwoli uniknąć kolizji prawa w Europie, stanie się zaledwie ideologicznym projektem³⁴. Prócz dalszych zmian legislacyjnych, mających na celu ułatwienie sukcesji po osobach, których działalność skoncentrowana była w więcej niż jednym państwie, pożądana jest dalsza aktywność Trybunału, który przez swoje orzecznictwo czuwa nad koherencją prawa UE. Współcześnie, w erze „europejskich nomadów”, w której obywatele nie tylko swobodnie przemieszczają się na terenie Unii Europejskiej, lecz także lokują kapitał w innych krajach, szczególnie ważne jest zaakceptowanie konsekwencji, które wynikają z takiego stanu rzeczy, i dostosowywanie praw krajowych do europejskich regulacji. Zaniechanie takich działań może mieć wpływ na niechętnie posługiwanie się nowymi instrumentami przez organy państw członkowskich, co w konsekwencji skutkować będzie żmudnymi i zawilými transgranicznymi postępowaniami spadkowymi. Do momentu dostosowania przepisów krajowych do nowej sytuacji prawnej ciężar należytej interpretacji Rozporządzenia w przeważającej mierze spoczywał będzie na Trybunale. Jako jedyny jest on władny rozstrzygać wątpliwości związane z interpretacją przepisów Rozporządzenia i należy wyrazić nadzieję, że zostaną one uczynione przedmiotem kolejnych rozstrzygnięć w przyszłości.

³⁴ Ibidem.

Bibliografia

Literatura

- Borkowski P.: *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*. Warszawa 2011.
- Carruthers J.M., Crawford E.B.: *Speculation on the Operation of Succession Regulation 650/2012: Tales of Unexpected*. „22 European Review of Private Law” 2014, Issue 6.
- Czubik P.: *Konsekwencje europejskiego rozporządzenia spadkowego (nr 650/2012) dla praktyki notarialnej (zagadnienia dotyczące wyboru prawa właściwego dla dziedziczenia)*. „Rejent” 2013, nr 11.
- Księżak P.: *Charakter prawny aktu poświadczenia dziedziczenia*. W: *Notarialne poświadczenie dziedziczenia. Zagadnienia wybrane*. Red. A. Marciniak. Warszawa 2019.
- Notarialne poświadczenie dziedziczenia*. Red. A. Marciniak. Warszawa 2019.
- Nowe europejskie prawo spadkowe*. Red. J. Górecki, M. Pazdan. Warszawa 2015.
- Pazdan M.: *Notarialne poświadczenie dziedziczenia po zmianach z 2015 roku*. „Rejent” 2016, nr 4.
- Pisuliński J.: *Europejskie prawo cywilne*. Warszawa 2013.
- Prawo i postępowanie spadkowe. Komentarz*. T. 4 b. Red. K. Osajda. Warszawa 2019.
- Rylski P., Weitz K.: *Postępowania dotyczące europejskiego poświadczenia spadkowego — rozporządzenie nr 650/2012 a prawo krajowe (szkic porównawczy)*. „Przegląd Sądowy” 2018, nr 4.
- Setkowicz M.: *Notariusz jako organ ochrony prawnej w świetle prawa polskiego i prawa Unii Europejskiej*. „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, T. 107.
- Szereda A.: *Czynności notarialne. Komentarz do art. 79—112 Prawa o notariacie*. Warszawa 2018.
- Trocha B.: *Akt poświadczenia dziedziczenia w świetle prawa UE. Glosa do wyroku TS z dnia 23 maja 2019 r., C-658/17*. LEX.
- Załucki M.: *New revolutionary regulation on succession matters. Key issues and doubts*. „Revista de derecho civil” 2016, vol. 3, n° 1.
- Znad granicy ponad granicami. Księga jubileuszowa Profesora Dietera Martiny*. Red. M. Krzymuski, M. Margoński. Warszawa 2014.

Orzecznictwo

- Postanowienie Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 19 kwietnia 2017 r., III Ca 391/17.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2003 r., K 49/2001. OTK ZU 2003, nr 9A, poz. 101.

Wyrok TSUE z dnia 9 marca 2017 r., C-484/15. ECLI:EU:C:2017:199.

Wyrok TSUE z dnia 9 marca 2017 r., C-551/15. ECLI:EU:C:2017:193.

Wyrok TSUE z dnia 12 października 2017 r. w sprawie C-218/16. ECLI:EU:C:2017:755.

Wyrok TSUE z dnia 17 stycznia 2019 r., C-102/18. ECLI:EU:C:2019:34.

Wyrok TSUE z dnia 23 maja 2019 r. w sprawie WB, C-658/17. ECLI:EU:C:2019:444.

Akty prawne

Grundbuchordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Mai 1994, <https://www.gesetze-im-internet.de/gbo/BJNR001390897.html>.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego. Dz.Urz. UE L nr 201 z 2012 r., s. 107.

Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. — Prawo o notariacie. T.j. Dz.U. 2019, poz. 540, 730, 1495, 1655, 2020.



Olga Bobrzyńska^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0002-5212-3112>

Miejsce zwykłego pobytu dziecka — uwagi na tle wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 czerwca 2018 r. (C-512/17) oraz z dnia 17 października 2018 r. (C-393/18 PPU)

Abstract: In cases C-512/17 and C-393/18 PPU, the national courts raised doubts as to the significance of the circumstances that should be taken into account in determining the habitual residence of a child. In particular the issue was whether the child's physical presence is a prerequisite in order to recognize that a child has his habitual residence in the country concerned. In its judgment of 17 October 2018, the Court of Justice found that a child must be physically present in a Member State in order to be regarded as habitually resident in that Member State. The parent's intention cannot be assigned a decisive role. The arguments in this respect are consistent with the interpretation of the concept of habitual residence laid out in the earlier judgment of 28 June 2018, in which the Court of Justice connected the habitual residence of the child with the place where the centre of that child's life is actually situated, and not with the place where the child would have lived in accordance with the plans of one of the parents. The Court's interpretation can be attributed to the so-called combined model of determining a habitual residence by looking for child's centre of interest, taking into account a number of circumstances, including the intention of parents with parental responsibility. Physical presence has rightly been recognized as a necessary condition for establishing jurisdiction under Regulation No 2201/2003 based on habitual residence.

Keywords: habitual residence of a child, grounds of jurisdiction, Regulation Brussels II bis

^{a)} Dr, Uniwersytet Jagielloński.

1. Uwagi wstępne

W unijnych normach kolizyjnych i jurysdykcyjnych dla spraw rodzinnych i opiekuńczych łącznik zwykłego pobytu stanowi podstawowy łącznik osobowy¹. Jego stosowanie w normach jurysdykcyjnych ujednoczonych w ramach współpracy międzynarodowej na potrzeby ustalenia jurysdykcji w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej ma długą tradycję. Początki wykorzystania kryterium miejsca zwykłego pobytu w dziedzinie szeroko rozumianego prawa prywatnego międzynarodowego łączą się z pracami Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego nad regulacją kolizyjną w sprawach opieki nad małoletnimi². Na forum Haskiej Konferencji zrezygnowano z wprowadzenia znanego i rozpowszechnionego w prawach krajowych pojęcia zamieszkania na rzecz kryterium miejsca zwykłego pobytu. W ten sposób chciano uniknąć problemów związanych ze zróżnicowaną treścią pojęcia zamieszkania na gruncie praw krajowych, w tym stosowaniem konstrukcji prawnych w postaci zamieszkania pochodnego dziecka od rodziców/opiekunów³. W pracach Haskiej Konferencji założono, że ustalenie miejsca zwykłego pobytu obejmuje ustalenie i ocenę okoliczności faktycznych

¹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000. Dz.Urz. UE L nr 338 z dnia 23.12.2003 r. Polskie wydanie specjalne, rozdz. 19, T. 6, s. 243, sprostowanie: Dz.Urz. UE L nr 70 z dnia 14.03.2009 r., s. 19—47. Rozporządzenie Bruksela II bis zastąpiło rozporządzenie Rady (WE) nr 1347/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej za dzieci obojga małżonków; rozporządzenie Rady (WE) nr 4/2009 z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń oraz współpracy w zakresie zobowiązań alimentacyjnych. Dz.Urz. UE L nr 7 z dnia 10.01.2009 r., s. 1—21; rozporządzenie Rady nr 1259/2010 z dnia 20 grudnia 2010 r. w sprawie wprowadzenia w życie wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodu i separacji prawnej. Dz.Urz. UE L nr 343 z dnia 29.12.2010 r., s. 10 i n.

² Więcej na temat genezy pojęcia „miejsce zwykłego pobytu” i jego wykorzystania w pracach Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego zob.: M.H. van Hoogstraten: *La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de la Haye*. „Académie de Droit International de la Haye, Recueil des cours” [dalej: RCADI] 1969, T. 122, (1967 III), s. 337—425 ; L.I. de Winter: *Nationality or domicile: the present state of affairs*. RCADI 1970, T. 128 (1969 III), s. 347—503; A. Bucher: *La famille en droit international privé*. RCADI 2000, T. 283, s. 9—186; O. Bobrzyńska: *Zwykły pobyt w konwencjach Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2019, z. 2, s. 417—466.

³ Zob. *Protokół nr 8*, in: *Actes de la Deuxième Conférence de la Haye*. La Haye 1894, s. 94.

świadczących o integracji rodzinnej i społecznej dziecka w danym miejscu. Miejsce zwykłego pobytu ma stanowić rzeczywisty ośrodek życiowy dziecka (*le centre effectif de la vie du mineur*)⁴. Łącznik zwykłego pobytu stanowił przy tym początkowo łącznik subsydiarny w stosunku do łącznika obywatelstwa⁵, jednakże z czasem role te się zmieniły. Wypierając stopniowo łącznik obywatelstwa⁶, łącznik zwykłego pobytu stał się podstawowym łącznikiem w Konwencji o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci z 1996 r.⁷ Miejsce zwykłego pobytu stanowi również kryterium wyznaczające zakres zastosowania Konwencji haskiej o cywilnych aspektach uprowadzenia dziecka z 1980 r.⁸, mającej na celu doprowadzenie do powrotu dziecka do państwa jego zwykłego pobytu oraz ochronę prawa do opieki i prawa do odwiedzin.

Obie kategorie spraw, dotyczące odpowiedzialności rodzicielskiej oraz powrotu bezprawnie uprowadzonego lub zatrzymanego dziecka, zostały objęte zakresem rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (rozporządzenie Bruksela II bis). Przepisy rozporządzenia, w tym wprowadzenie kryterium miejsca zwykłego pobytu, były w dużej mierze inspirowane bezpośrednio konwencjami haskimi⁹. Miejsce zwykłego pobytu dziecka stanowi w rozporządzeniu podstawę jurysdykcji ogólnej w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej¹⁰. Rozporządzenie uzu-

⁴ Zob. W. von Steiger: *Rapport explicatif*, in: *Actes et documents de la Neuvième session (1960)*. T. 4. *Protection des mineurs*. La Haye 1961, s. 14.

⁵ Tak w konwencji haskiej dotyczącej uregulowania opieki nad małoletnimi z dnia 12 czerwca 1902 r. Dz.U. 1929, nr 80, poz. 596.

⁶ Zob. rozwiązania konwencji o właściwości organów i prawie właściwym w zakresie ochrony małoletnich, sporządzonej w Hadze dnia 5 października 1961 r. Dz.U. 1995, nr 106, poz. 519.

⁷ Do konwencji przystąpiły 52 państwa, w tym wszystkie państwa członkowskie UE. Dz.U. z dnia 22 września 2010 r., nr 172, poz. 1158.

⁸ Konwencja ta odniosła duży sukces pod względem liczby państw, które do niej przystąpiły (obecnie państw tych jest 101). Dz.U. 1995, nr 108, poz. 528, sprostowanie: Dz.U. 1999, nr 93, poz. 1085.

⁹ Zob. wyjaśnienie dot. przepisów sekcji 2. w projekcie rozporządzenia Bruksela II bis, *Proposal for a Council Regulation concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility repealing Regulation (EC) No 1347/2000 and amending Regulation (EC) No 44/2001 in matters relating to maintenance* /COM/2002/0222 final. Dz.Urz. UE E nr 203 z dnia 27.08.2002 r., s. 155—178.

¹⁰ Przepis art. 8 rozporządzenia Bruksela II bis ustanawia jurysdykcję ogólną sądów państwa, w którym dziecko ma miejsce zwykłego pobytu w chwili wniesienia pozwu/wniosku.

pełnia ponadto mechanizmy konwencji haskiej z 1980 r.¹¹, w tym zawiera przepisy broniące przed automatyczną utratą jurysdykcji w związku ze zmianą miejsca zwykłego pobytu przez sądy państwa, w którym dziecko miało miejsce zwykłego pobytu przed jego bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem. Miejsce zwykłego pobytu wyznacza zakres zastosowania rozporządzenia w relacjach z konwencją haską z 1996 r. Rozporządzenie Bruksela II bis ma pierwszeństwo, gdy miejsce zwykłego pobytu znajduje się w państwie członkowskim¹² lub w państwie trzecim niebędącym stroną konwencji haskiej z 1996 r.

2. Rodzaj okoliczności branych pod uwagę przy ustalaniu miejsca zwykłego pobytu dziecka

W preambule rozporządzenia Bruksela II bis wskazano, że podstawy jurysdykcji zostały ustanowione zgodnie z kryterium bliskości, mającym służyć realizacji zasady dobra dziecka¹³. Odwołanie to ma charakter ogólny, dotyczy tak kryterium miejsca zwykłego pobytu jako podstawy jurysdykcji ogólnej, jak i wyjątków na rzecz innych podstaw jurysdykcji. Zasada dobra dziecka ma stanowić także motyw przewodni działań podejmowanych w sprawach rozpoznawanych na gruncie rozporządzenia¹⁴, co Trybunał Sprawiedliwości UE często podkreśla w swoim orzecnic-

¹¹ Artykuł 10 i 11 rozporządzenia Bruksela II bis.

¹² Z wyjątkiem Danii. Artykuł 2 pkt 3 oraz art. 61 a rozporządzenia Bruksela II bis.

¹³ W pkt. 12 preambuły rozporządzenia podkreślono, że podstawy jurysdykcji w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej ukształtowane są zgodnie z zasadą dobra dziecka, w szczególności według kryterium bliskości. Jurysdykcję sprawują co do zasady sądy państwa członkowskiego miejsca zwykłego pobytu dziecka, z odstępstwem dla niektórych przypadków zmiany miejsca pobytu dziecka lub porozumienia zawartego między podmiotami odpowiedzialności rodzicielskiej. W pkt. 13 preambuły powołano się na interes dziecka, w imię którego, w ramach wyznaczonych rozporządzeniem, może nastąpić przekazanie sprawy sądowi innego państwa członkowskiego, jeżeli ten jest lepiej umiejscowiony dla osądzenia sprawy.

¹⁴ Nakaz działania z uwzględnieniem najlepszego interesu dziecka wynika z Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C nr 326 z dnia 26.10.2012 r., s. 391—407), do której odwołano się w pkt. 33 preambuły rozporządzenia (ma zmierzać do zapewnienia przestrzegania podstawowych praw dziecka określonych w art. 24 Karty praw podstawowych UE, przewidującym m.in., że we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, zarówno podejmowanych przez władze publiczne, jak i instytucje prywatne, należy przede wszystkim uwzględnić najlepszy interes dziecka).

twie¹⁵. Rola interesu i praw dziecka stanowi jeden z aspektów dyskusji nad wykładnią pojęcia miejsca zwykłego pobytu, który został przywołany w sprawie C-393/18 PPU, o czym będzie jeszcze mowa poniżej.

Na wzór praktyki Haskiej Konferencji¹⁶ w rozporządzeniu Bruksela II bis nie sformułowano definicji pojęcia zwykłego pobytu, wskazując, że ma ono charakter faktyczny i zadaniem sędziego jest ustalenie miejsca zwykłego pobytu dziecka w konkretnym przypadku¹⁷. Wskazówki na temat znaczenia przypisywanego pojęciu na gruncie rozporządzenia wynikają z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, który wypowiadał się w tej kwestii wielokrotnie. Trzon pojęcia stanowi określenie miejsca zwykłego pobytu dziecka jako „centrum życiowego”. Powiązanie dziecka z danym państwem ma wykazywać pewną integrację ze środowiskiem społecznym i rodzinnym¹⁸. Określenia te wymagają jednak dalszego wyjaśnienia¹⁹.

¹⁵ Zob. pkt 43 wyr. Trybunału z dnia 27 października 2016 r. w sprawie C 428/15 i przywołane tam orzeczenia.

¹⁶ Zob. P. Lagarde: *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*. In: *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*. T. 2. *Protection of children*. The Hague 1998, s. 553.

¹⁷ Zob. wyjaśnienie do art. 10 w projekcie rozporządzenia Bruksela II bis. COM/2002/0222 final. Definicja nie została również wprowadzona w przyjętym w dniu 25 czerwca 2019 r. rozporządzeniu Rady (UE) 2019/1111 w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę. Dz.Urz. UE L nr 178 z dnia 2.07.2019 r., s. 1—115.

¹⁸ Zob. pkt 42 wyr. Trybunału z dnia 28 czerwca 2018 r. w sprawie HR przy udziale: KO, Prokuratury Rejonowej Poznań-Stare Miasto w Poznaniu, C-512/17, <http://curia.europa.eu>.

¹⁹ Łącznik zwykłego pobytu, z uwagi na jego szerokie wykorzystanie w normach kolizyjnych i jurysdykcyjnych ustanawianych na szczeblu krajowym i międzypaństwowym dla różnych zakresów spraw, jest przedmiotem wielu opracowań. W polskiej literaturze zob.: A. Mączyński: *Statut personalny osób fizycznych. Refleksje „de lege lata” i „de lege ferenda”*. W: „*Leges Sapere*”. *Studia i prace dedykowane Profesorowi Januszowi Sondłowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*. Red. W. Uruszczak et al. Kraków 2008, s. 305—323; P. Mostowik: *Władza rodzicielska i opieka nad dzieckiem w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2014, s. 234—241; M. Świerczyński, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014, s. 232—236; M. Pilich: *Zasada obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym*. Warszawa 2015, s. 250—264; Idem: *Łączniki personalne osób fizycznych w prawie prywatnym międzynarodowym (zagadnienia wybrane)*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2016, T. 19, s. 17—25. Za granicą tematyka związana z łącznikiem zwykłego pobytu jest szeroko opracowana m.in. przez przedstawicieli doktryny niemieckiej. Zob.: D. Baetge: *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*. Tübingen 1994; B. Rentsch: *Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2017.

Należy zwrócić uwagę, że przy ustalaniu miejsca zwykłego pobytu dziecka pojawiają się specyficzne problemy, które nie występują przy ustalaniu miejsca zwykłego pobytu osoby dorosłej. Decyzję w sprawie miejsca pobytu dziecka podejmują osoby sprawujące nad nim opiekę. Kategoria transgranicznych spraw dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej to sprawy delikatne, wynikające najczęściej ze sporu między rodzicami/opiekunami co do losów dziecka, w tym co do miejsca, w którym dziecko ma zamieszkać z jednym z rodziców. Potrzeba stwierdzenia miejsca zwykłego pobytu może zachodzić tuż po narodzinach dziecka.

Począwszy od wyroku w sprawie A z dnia 2 kwietnia 2009 r.²⁰ w orzeczeniach Trybunału pojawia się ogólne sformułowanie określające pojęcie zwykłego pobytu jako pojęcie autonomiczne na gruncie rozporządzenia, którego treść należy ustalić z uwzględnieniem kontekstu przepisu i celu rozporządzenia, w oderwaniu od wykładni nadawanej pojęciu w prawie krajowym oraz znaczenia nadawanego temu pojęciu w aktach unijnych z innych dziedzin prawa. Trybunał podkreśla „faktyczny charakter” pojęcia zwykłego pobytu oraz podaje okoliczności, które należy uwzględnić w celu ustalenia, że pobyt dziecka ma charakter zwykły. Należą do nich: fizyczna obecność dziecka, trwałość pobytu, zgodność z prawem pobytu, warunki oraz motywy pobytu dziecka na terytorium danego państwa członkowskiego, stosunki rodzinne i społeczne, miejsce uczęszczania do szkoły, znajomość języków, jak również obywatelstwo dziecka. W sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej nacisk jest położony na aspekt „jakościowy”. Siła powiązań ma świadczyć o integracji dziecka w środowisku społecznym i rodzinnym²¹, pozwalającej na określenie tego miejsca jako centrum życiowego dziecka. Należy zatem dokonać oglądu całokształtu sytuacji dziecka.

Trybunał podkreśla, że okoliczności te mogą posiadać różną wagę w zależności od stanu faktycznego, w tym np. wieku dziecka. Gdy dziecko jest niemowlęciem, dzieli zazwyczaj środowisko społeczne i rodzinne osób, które się nim faktycznie zajmują. Istotne są zatem również okoliczności dotyczące osób sprawujących opiekę, takie jak: długość, regularność, warunki i przyczyny pobytu opiekuna w danym państwie oraz

²⁰ Wyr. Trybunału z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie A, C-523/07, <http://curia.europa.eu>.

²¹ Zob. pkt 60 wyr. Trybunału z dnia 15 lutego 2017 r. w sprawie W, V przeciwko X, C-499/15, <http://curia.europa.eu>; pkt. 44—49 wyr. Trybunału z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie Barbara Mercredi przeciwko Richardowi Chaffe'owi, C-497/10 PPU, <http://curia.europa.eu>. Zob. A. Richez-Pons: *La notion de „résidence”*. In: *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*. Eds. H. Fulchiron, C. Nourissat. Dalloz 2005, s. 155—156.

pochodzenie geograficzne i rodzinne tej osoby²². Trybunał podkreślił ponadto konieczność jednolitej wykładni pojęcia na potrzeby ustalenia jurysdykcji w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej oraz o uprowadzenie i powrót dziecka²³.

Katalog okoliczności wskazanych przez Trybunał ma charakter otwarty. Ciężar doboru okoliczności i ich wyważenia na gruncie konkretnej sprawy spoczywa zatem na sądach.

Orzecznictwo sądów krajowych, opinie rzeczników generalnych i wyroki samego Trybunału pokazują, że swoboda pozostawiona przy ustalaniu miejsca zwykłego pobytu skutkuje różną oceną tych samych przypadków. Zróżnicowanie oceny może wynikać z przyznania jednej z okoliczności szczególnej wagi lub jej pominięcia. Do zagadnień, które budzą dyskusję, należą rola zamiaru i stanowiska rodziców lub opiekunów co do miejsca pobytu dziecka oraz możliwość ustalenia miejsca zwykłego pobytu w państwie, w którym dziecko nigdy nie było, np. w sytuacji, gdy narodziny dziecka nastąpiły w miejscu, które nie było miejscem, w którym zgodnie z planami rodziców lub jednego z nich poród miał nastąpić, lub w którym rodzice z dzieckiem planowali po porodzie zamieszkać.

3. Wykładnia pojęcia miejsce zwykłego pobytu w najnowszym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości (UE)

3.1. Wyrok z dnia 28 czerwca 2018 r. w sprawie C-512/17

Orzeczenie wydane w sprawie *HR przy udziale KO i Prokuratury Rejonowej Poznań-Stare Miasto w Poznaniu* (C-512/17) w odpowiedzi na pytanie Sądu Rejonowego w Poznaniu²⁴ potwierdza, że na gruncie rozporządzenia Bruksela II bis zamiar rodzica w kwestii miejsca zwykłego pobytu dziecka nie może stanowić sam w sobie czynnika determinującego. Trybunał powiązał miejsce zwykłego pobytu dziecka z miejscem, gdzie faktycznie znajduje się centrum życiowe dziecka, a nie z miejscem,

²² Zob. pkt. 52—56 wyr. w sprawie C-497/10 PPU.

²³ Punkt 41 wyr. Trybunału z dnia 8 czerwca 2017 r. w sprawie OL przeciwko PQ, C-111/17 PPU, <http://curia.europa.eu>.

²⁴ Wyrok Trybunału z dnia 28 czerwca 2018 r. w sprawie HR przy udziale: KO, Prokuratury Rejonowej Poznań-Stare Miasto w Poznaniu, C-512/17, <http://curia.europa.eu>.

w którym dziecko ma zamieszkiwać zgodnie z zamiarem rodzica faktycznie sprawującego pieczę. Sprawa dotyczyła dziecka Polki i Belga. Para poznała się w Belgii w 2013 r. W czerwcu 2014 r. para zamieszkała wspólnie w Brukseli i w tym mieście w kwietniu 2015 r. urodziło się dziecko. Matka pozostawała zatrudniona na okres nieokreślony jako urzędniczka unijnej służby dyplomatycznej. Od chwili narodzin dziecka matka wielokrotnie przebywała z dzieckiem w Polsce w okresie urlopu rodzicielskiego, wakacji i świąt. Niektóre pobyty trwały kilka miesięcy. Po ponad roku od narodzin dziecka para rozstała się i matka postanowiła przenieść się na stałe z powrotem do Polski, gdzie posiadała własne mieszkanie. Matka wniosła do poznańskiego sądu o ustalenie miejsca zamieszkania dziecka przy niej. Sąd Rejonowy w Poznaniu stwierdził jednak brak jurysdykcji i odrzucił wnioski. Sąd Okręgowy w Poznaniu uchylił to postanowienie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania, wskazując, że dziecko miało miejsce zwykłego pobytu w Polsce. W ocenie sądu odwoławczego przemawiały za tym okoliczności, że dziecko w Belgii nie uczęszczało do żłobka, było wychowywane w kulturze polskiej, środowisko dziecka tworzyła głównie matka i jej rodzina, dziecko nie było zintegrowane ze środowiskiem belgijskim, a jego kontakty w tym zakresie były ograniczone do kontaktów z ojcem. Pierwsze pytanie prejudycjalne, z którym Sąd Rejonowy zwrócił się do Trybunału, dotyczyło wyważenia z jednej strony powiązań kulturowych i rodzinnych z państwem pochodzenia rodzica sprawującego na co dzień pieczę nad dzieckiem (w tym posługiwanie się przez dziecko językiem tego państwa), a z drugiej powiązań z państwem, w którym dziecko przebywa w pozostałych okresach, rodzic sprawujący głównie opiekę nad dzieckiem wykonuje pracę i w którym mieszka drugi rodzic utrzymujący regularne kontakty z dzieckiem. W drugim pytaniu Sąd Rejonowy ujął wątpliwość, czy więzi z rodzicem, który sprawuje codzienną opiekę nad dzieckiem, należy nadać równe, czy też większe znaczenie niż powiązaniu z drugim rodzicem.

Trybunał stwierdził, że w tego rodzaju stanie faktycznym okoliczność, że dziecko zamieszkiwało początkowo z obojgiem rodziców, a następnie, po ich rozstaniu, rodzic sprawujący faktyczną pieczę nad dzieckiem nadal zamieszkuje tam z dzieckiem, kontynuuje pracę zawodową, drugi z rodziców zaś utrzymuje stałe, regularne kontakty z dzieckiem wskazuje, że dziecko ma cały czas w tym państwie miejsce zwykłego pobytu. Nie mogą tutaj przeważać okolicznościowe, nawet wydłużone pobyty w państwie pochodzenia dziecka, pochodzenie rodzica rzutujące na więzi kulturowe dziecka oraz ewentualny zamiar rodzica, aby w przyszłości osiedlić się z dzieckiem w państwie pochodzenia²⁵.

²⁵ Punkty 65 i 66 wyr. w sprawie C-512/17.

Wywody Trybunału pozwalają na sformułowanie ogólnego wniosku, że powiązania dotyczące ścisłego kręgu rodzinnego obejmującego dziecko i osoby, którym przysługuje władza rodzicielska, mają większą wagę niż względy kulturowe. Jeżeli te powiązania rodzinne prowadzą do jednego państwa, w którym skupia się codzienna egzystencja dziecka i opiekunów, to determinują one miejsce zwykłego pobytu dziecka. Powiązania te odpowiadają kryterium bliskości z państwem mającym sprawować jurysdykcję. Względy kulturowe, w tym język i kontakty z dalszą rodziną, nie mogą wówczas przejąć roli czynników decydujących²⁶.

Należy podkreślić, że w omawianej sprawie zamiar pozostał niezrealizowany. Przeprowadzka nie doszła do skutku. Wola jednego z rodziców zmiany miejsca pobytu dziecka może zostać uwzględniona, o ile zostanie urzeczywistniona, tak jak się to stało w sprawie C-497/10 PPU²⁷. Stanowisko Trybunału zalecające dokonanie oceny całokształtu okoliczności w celu ustalenia centrum życiowego dziecka wpisuje się w tzw. model mieszany ustalania miejsca zwykłego pobytu dziecka. Został on wyodrębniony w doktrynie, obok tzw. *parental intention model* i *independent/child centered model*, na gruncie Konwencji haskiej z 1980 r. w sprawach o bezprawne zatrzymanie lub uprowadzenie dziecka²⁸. W orzecznictwie państw konwencyjnych prezentowane było bardzo zróżnicowane podejście²⁹. W doktrynie przeciwstawiono dwa skrajne modele: *parental intention model*, w którym czynnik determinujący stanowi wola rodziców sprawujących władzę rodzicielską i jedno z rodziców nie może samowolnie doprowadzić do zmiany miejsca zwykłego pobytu dziecka, oraz *independent/child centered model*, w którym decydującą rolę mają związki pomiędzy dzieckiem a danym państwem, w którym może ono przebywać bez zgody opiekuna prawnego³⁰. Model pośredni zaś to model, w którym centrum interesów dziecka jest ustalane z uwzględnieniem wielu okoliczności, w tym zamiarów rodziców

²⁶ W doktrynie niemieckiej podkreślono, że Trybunał odwołał się do znanych na gruncie praw krajowych zabiegów konkretyzacji klauzul generalnych. U.P. Gruber: *Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen und Kleinkindern*. „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2019, H. 3, s. 220—221.

²⁷ Zob. wyr. Trybunału z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie Barbara Mercredi przeciwko Richardowi Chaffe'owi, C-497/10 PPU.

²⁸ Podział przedstawiła R. Schuz: *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*. Hart Publishing 2014, s. 186 i n.

²⁹ Orzeczenia są publikowane w bazie orzeczeń prowadzonej przez Stałe Biuro Haskiej Konferencji The International Child Abduction Database — INCADAT, www.incadat.com. Zob. ponadto P.R. Beaumont, P.E. MacEleavy: *The Hague Convention on International Child Abduction*. Oxford University Press 1999, s. 88—113.

³⁰ Zob. R. Schuz: *The Hague Child Abduction Convention...*, s. 186 i n.

sprawujących władzę rodzicielską³¹. Konsekwentne stanowisko Trybunału może oddziaływać na orzecznictwo sądów państw członkowskich i wykładnię pojęcia zwykłego pobytu, co jest pożądane, biorąc pod uwagę sprzężenie rozporządzenia i konwencji w sprawach o bezprawne wprowadzenie lub zatrzymanie dziecka.

W doktrynie niemieckiej trafnie zauważono, że orzeczenie w sprawie C-512/17 ma duże znaczenie praktyczne dla rozstrzygania spraw dotyczących rodzin imigrantów, które kultywują język i kulturę państwa pochodzenia, i których integracja społeczna i kulturowa w państwie zamieszkania może przebiegać powoli. Główne znaczenie ma lokalizacja powiązań rodzinnych dziecka i osób sprawujących opiekę. Odmienne założenie prowadziłyby zaś do „s cementowania nieudanej integracji”³².

3.2. Wyrok z dnia 17 października 2018 r. w sprawie C-393/18 PPU

Bardziej kontrowersyjnego zagadnienia dotyczy wyrok Trybunału z dnia 17 października 2018 r. w sprawie *UD przeciwko XB* (C-393/18 PPU)³³. To kolejna sprawa, w której pojawił się dylemat, czy możliwe jest ustalenie miejsca zwykłego pobytu dziecka w państwie, z którym łączy dziecko silne powiązania rodzinne, ale w którym dziecko nigdy nie było. Jest to jednak pierwsza sprawa, w której problem ten został poddany głębszej analizie, a Trybunał zajął jednoznaczne stanowisko.

Odpowiedź pozytywna oznaczałaby, że może istnieć grupa przypadków, w których fizyczna obecność nie zawsze stanowi element konieczny do stwierdzenia miejsca zwykłego pobytu. Taka możliwość jest brana pod uwagę w doktrynie w przypadkach ustalania pierwszego miejsca zwykłego pobytu dziecka³⁴. Sytuacje te są zróżnicowane. Poród może nastąpić w państwie innym niż państwo zamieszkania rodziców — np. podczas urlopu lub podróży służbowej matki, albo gdy matka znajduje się

³¹ Na zmianę kierunku wykładni z *parental intention model* w stronę modelu mieszanego w orzecznictwie sądów angielskich wskazują P. Beaumont, J. Holliday: *Recent developments on the meaning of „habitual residence” in alleged child abduction cases*, s. 4, <https://abdn.pure.elsevier.com/en/publications/recent-developments-on-the-meaning-of-habitual-residence-in-alleg>.

³² U.P. Gruber: *Der gewöhnliche Aufenthalt...*, s. 220.

³³ Wyr. Trybunału z dnia 17 października 2018 r. w sprawie UD przeciwko XB, C-393/18, www.curia.europa.eu.

³⁴ Zob. J. Kropholler: *Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, s. 283; U.P. Gruber: *Der gewöhnliche Aufenthalt...*, s. 220, przyp. 29 i powołana tam literatura.

w tym innym państwie wbrew swojej woli, w sytuacji przymusu³⁵. Problem powstaje, gdy potrzeba rozstrzygnięcia o losach dziecka zachodzi z nim znajdzie się ono w państwie docelowym, co może wynikać z konfliktu między rodzicami, lub dziecko z innych powodów nie może zostać przewieziona do państwa docelowego. Przyczynę do dyskusji stanowią sprawy rozpoznawane przed sądami angielskimi, dotyczące dzieci urodzonych w aranżowanych małżeństwach (zawieranych m.in. przez osoby pochodzące z Bangladeszu i Pakistanu) przez matki zatrzymane siłą podczas wizyt rodzinnych w tych państwach³⁶. Pytanie prejudycjalne dotyczące fizycznej obecności jako przesłanki ustalenia miejsca zwykłego pobytu było zatem kwestią czasu.

W wyroku z dnia 17 października 2018 r. Trybunał jednoznacznie uznał fizyczną obecność dziecka za warunek konieczny do stwierdzenia miejsca zwykłego pobytu dziecka w danym państwie. We wcześniejszych orzeczeniach okoliczność ta była ujmowana jako element podlegający uwzględnieniu, nie została natomiast określona wprost jako „przesłanka”. W wyroku w sprawie *A* (C-523/07) Trybunał wskazał wprawdzie, że „poza fizyczną obecnością dziecka na terytorium państwa członkowskiego, należy uwzględnić inne czynniki”, jednak wypowiedź ta miała na celu podkreślenie, że sama fizyczna obecność nie jest wystarczająca do ustalenia zwykłego pobytu, ważny jest bowiem również charakter pobytu. W wyroku wydanym w 2017 r. w sprawie *W, V przeciwko X* (C-499/15) stwierdzono, że ustalenie miejsca zwykłego pobytu dziecka w danym państwie członkowskim wymaga co najmniej fizycznej obecności dziecka w tym państwie³⁷. Sprawa ta dotyczyła jednak miejsca zwykłego pobytu starszego dziecka i nie towarzyszyły jej nadzwyczajne okoliczności. Spór kompetencyjny pomiędzy sądami litewskimi i holenderskimi dotyczył sytuacji, w której dziecko od piątego roku życia bezspornie zamieszkiwało z matką w Holandii, natomiast na Litwie (gdzie zamieszkiwał ojciec) dziecko nigdy nie było. Jedynym związkiem dziecka z Litwą było obywatelstwo litewskie, co nie wystarczało do uznania, że dziecko to ma w tym państwie miejsce zwykłego pobytu³⁸.

Odpowiedź na pytanie, czy fizyczna obecność stanowi warunek konieczny do uznania, że dziecko ma w danym państwie miejsce zwykłego pobytu, próbował uzyskać sąd grecki w sprawie *OL przeciwko PQ*

³⁵ Zob. zdanie odrębne Lorda Hughes do wyr. Supreme Court of the United Kingdom (Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa) z dnia 9 września 2013 r. *In the Matter of A (Children)* ([2013] UKSC 60, pkt 92); opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-393/18 PPU z dnia 20 września 2018 r.

³⁶ Zob. P. Beaumont, J. Holliday: *Recent developments on the meaning...*

³⁷ Punkt 61 wyr. z dnia 15 lutego 2017 r. w sprawie C-499/15, www.curia.europa.eu.

³⁸ Punkt 63 wyr. w sprawie C-499/15.

(C-111/17 PPU), w której Trybunał wydał wyrok dnia 8 czerwca 2017 r.³⁹ Dotyczyła ona ustalenia miejsca zwykłego pobytu dziecka urodzonego w Grecji — państwie pochodzenia matki. Do ósmego miesiąca ciąży matka mieszkała z mężem we Włoszech. Para ustaliła, że matka przenie się do Grecji, gdzie w czasie porodu będzie przebywała pod opieką rodziny, i po pewnym czasie powróci do Włoch. Ojciec dziecka przyjechał na czas porodu do Grecji, a następnie wrócił do Włoch. Matka miała zaś pozostać jeszcze kilka miesięcy w Grecji. Po upływie tego okresu matka sama podjęła decyzję, że nie wróci do Włoch. Ojciec wystąpił do sądu włoskiego o rozwód, powierzenie mu wyłącznej pieczy nad dzieckiem i nakazanie powrotu dziecka do Włoch oraz zasądzenie alimentów od matki. Sądy włoskie stwierdziły brak jurysdykcji w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej oraz o alimenty, gdyż dziecko zamieszkuje w innym państwie. Równocześnie ojciec wystąpił przed sąd grecki z wnioskiem o powrót dziecka. Sąd grecki zwrócił się więc do Trybunału z pytaniami o wykładnię pojęcia miejsca zwykłego pobytu, gdy ze względów losowych lub z powodu siły wyższej dziecko urodziło się w innym państwie niż to, w którym rodzice wspólnie sprawują władzę rodzicielską, oraz czy fizyczna obecność stanowi warunek wstępny i konieczny do ustalenia miejsca zwykłego pobytu. Trybunał uznał, że dla rozstrzygnięcia sprawy odpowiedź w tym zakresie nie jest konieczna. Dziecko nie urodziło się bowiem w Grecji „ze względów losowych lub z powodu siły wyższej”. Trybunał przeformułował pytanie, aby rozstrzygnięcie dotyczyło kwestii, czy początkowy zamiar rodziców co do miejsca zwykłego pobytu dziecka w danym państwie może mieć charakter rozstrzygający niezależnie od okoliczności, że dziecko w tym państwie nigdy wcześniej nie było. W ocenie Trybunału znaczenie zamiaru rodziców zależy od okoliczności sprawy. Biorąc pod uwagę, że dziecko urodziło się w Grecji i tam przebywało, zgodnie z wolą obojga rodziców, bez przerwy przez kilka miesięcy, nie można za czynnik rozstrzygający uznać zarówno wcześniejszych planów rodziców co do powrotu matki z dzieckiem do Włoch, gdzie oboje rodzice mieli wcześniej miejsce zwykłego pobytu, jak również braku zgody ojca na dalsze pozostawanie dziecka w Grecji⁴⁰.

W świetle wywodów na temat zamiarów rodziców można przypuszczać, że gdyby Trybunał zdecydował się na odpowiedź, to przyjąłby obecność na terytorium danego państwa jako warunek konieczny.

Rzecznik Generalny Nils Wahl w poprzedzającej wyrok opinii w ramach ogólnych rozważań nad wykładnią pojęcia zwykłego pobytu wyraził natomiast zasugerował, że nie można wykluczyć zaistnienia zupełnie

³⁹ <http://curia.europa.eu>.

⁴⁰ Punkty 50—51 wyr. Trybunału w sprawie OL przeciwko PQ, C 111/17 PPU.

wyjątkowych okoliczności, w których można odstąpić od kryterium fizycznej obecności przy ustalaniu miejsca zwykłego pobytu⁴¹.

Konkretne stanowisko, uzasadnione szerszymi wywodami w postaci zarówno opinii Rzecznika Generalnego Henrika Saugmandsgaarda, jak i wyroku Trybunału, przyniosła sprawa C-393/18, w której pytanie złożył angielski High Court of Justice. Wnioski opinii i wyroku są jednak odmienne. Angielski sąd powziął wątpliwość co do możliwości ustalenia w Zjednoczonym Królestwie miejsca zwykłego pobytu dziecka urodzonego w Bangladeszu i przebywającego tam od roku. Rodzice dziecka, obywatel brytyjski i obywatelka Bangladeszu, zawarli aranżowany ślub w Bangladeszu w 2013 r. W połowie 2016 r. małżonkowie przybyli do Zjednoczonego Królestwa z zamiarem, jak utrzymywała matka, zamieszkania tam. Pod koniec 2016 r. małżonkowie udali się do Bangladeszu. Wizyta miała mieć charakter tymczasowy. Według kobiety, mąż zatrzymał ją jednak wbrew jej woli w tym państwie. Dziecko urodziło się w lutym 2017 r. i od tego czasu pozostawało z matką cały czas w Bangladeszu. Matka wszczęła postępowania w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej przed angielskim sądem, domagając się zarządzenia powrotu jej i dziecka do Zjednoczonego Królestwa. High Court of Justice zwrócił się w związku z tym do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym, czy fizyczna obecność dziecka w danym państwie stanowi element konieczny do ustalenia miejsca zwykłego pobytu w rozumieniu art. 8 rozporządzenia Bruksela II bis, oraz czy dla odpowiedzi na to pytanie może mieć znaczenie, że nieobecność dziecka i matki wynika z przymusu stosowanego przez ojca. Sąd angielski odwołał się do praw człowieka przynależnych matce lub dziecku zgodnie z art. 3 i 5 Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności, przewidującymi zakaz tortur i poniżającego traktowania oraz prawo do wolności.

W rozważania na temat wykładni pojęcia zwykłego pobytu została zatem włączona kwestia ochrony praw człowieka, a pytanie dotyczyło możliwości pominięcia elementu fizycznej obecności w Zjednoczonym Królestwie w sytuacji, gdy nieobecność jest wynikiem działań osób trzecich naruszających prawa człowieka.

W opinii z dnia 20 września 2018 r. Rzecznik Generalny H. Saugmandsgaard stwierdził, że fizyczna obecność dziecka na terytorium państwa członkowskiego nie stanowi warunku wstępnego dla określenia miejsca zwykłego pobytu w tym państwie. W ocenie Rzecznika takiego podejścia wymaga kryterium bliskości oraz nadrzędny interes dziecka. Stanowisko zgodne z opinią rzecznika przedstawiły w toku postępowania rządu Wielkiej Brytanii i Republiki Czeskiej.

⁴¹ Punkt 81 opinii Rzecznika Generalnego N. Wahla w sprawie C 111/17 PPU OL przeciwko PQ.

Rzecznik poddał analizie różne scenariusze. Jako przykład przemawiający za odstąpieniem od wymogu fizycznej obecności wskazał sytuację, gdy dziecko pary zamieszkującej w Niemczech urodzi się przedwcześnie podczas urlopu we Francji. Dziecko powinno mieć przypisane miejsce zwykłego pobytu w Niemczech od chwili narodzin. W przeciwnym razie należałoby przyjąć, że dopóki nie zostanie przywiezione do Niemiec nie posiada miejsca zwykłego pobytu, bo trudno za takie uznać terytorium Francji, z którym rodzina nie jest w żaden sposób związana. Zasadne jest natomiast oczekiwanie, że w takim przypadku sądy niemieckie sprawują jurysdykcję⁴². Narodziny poza miejscem zamieszkania rodziny nie oznaczają, że sytuacja nie może ulec zmianie, gdy dziecko pozostanie w miejscu, w którym się urodziło, i nawiąże związki społeczne i kulturowe w miejscu pobytu kosztem związków z miejscem, z którym miało być zintegrowane⁴³.

Rzecznik akceptuje, że rezultatem pozostawienia marginesu swobody oceny jest ryzyko niejednorodnych rozstrzygnięć przez sądy krajowe w podobnych przypadkach. Jest to „cena” realizacji zasady bliskości, wyrażonej w integracji dziecka ze środowiskiem społecznym i rodzinnym⁴⁴. Okoliczność, że narodziny dziecka nastąpiły w danym państwie z powodu przymusu zastosowanego przez ojca dziecka, potencjalnie z naruszeniem praw podstawowych matki i dziecka, stanowi istotny element w ramach ustalania „warunków i powodów pobytu”. Jak wskazał Rzecznik, przymusowy i niepewny pobyt matki nie odznacza się stabilnością i regularnością związaną z pojęciem zwykłego pobytu. Przyjęcie jednak, że dziecko ma miejsce zwykłego pobytu w państwie, w którym zgodnie z wolą matki miało się urodzić, wymagałoby ustalenia, że matka miała rzeczywiście w tym państwie miejsce zwykłego pobytu. Ocenę tę Rzecznik pozostawił sądowi odsyłającemu⁴⁵.

Rzecznik Generalny zaakceptował zatem ustalenie miejsca zwykłego pobytu w państwie, w którym dziecko nigdy nie było, ale z którym łączy je bliskie związki nie tylko w sytuacji, gdy nieobecność wynika z celowych, bezprawnych działań innych osób, lecz również w sytuacjach losowych. Trybunał zajął odmienne stanowisko, które podziela również Komisja Europejska, przyjmując, że dziecko musi być fizycznie obecne w państwie członkowskim, aby uznać, że posiada tam miejsce zwykłego pobytu. Fizyczna obecność ma stanowić warunek wstępny, konieczny, który uzasadnia dopiero badanie trwałości obecności w danym

⁴² Zob. pkt. 71 i 78 opinii w sprawie C-393/18.

⁴³ Zob. pkt 71 opinii w sprawie C-393/18.

⁴⁴ Punkt 76 opinii w sprawie C-393/18.

⁴⁵ Punkt 97 opinii w sprawie C-393/18.

państwie⁴⁶. Oceny tej nie zmieniłyby ustalenia, że dziecko urodziło się w innym miejscu niż planowała matka wskutek przymusu zastosowanego przez ojca. Zamiary rodzica sprawującego pieczę nad dzieckiem i jego miejsce zwykłego pobytu stanowią element, który podlega ocenie, ale nie można nadać im szczególnego znaczenia⁴⁷. Taka wykładnia jest, zdaniem Trybunału, zgodna z kryterium bliskości, na które nacisk kładzie rozporządzenie Bruksela II bis; względy na dobro dziecka i ochrona najlepszego interesu dziecka nie wymagają „wykraczania poza ramy pojęcia zwykłego pobytu”⁴⁸.

Oba stanowiska podkreślają zatem rolę kryterium bliskości z określonym porządkiem prawnym w procesie ustalania miejsca zwykłego pobytu. Rzecznik Generalny uznaje jednak, że bliskość w sensie geograficznym może całkowicie ustąpić wobec siły powiązań ze środowiskiem społecznym i rodzinnym innego państwa. Trybunał natomiast uważa, że oba zasadnicze elementy pojęcia, tj. pobyt rozumiany jako fizyczna obecność oraz kwalifikacja pobytu jako „zwykłego”, muszą zostać poddane analizie pod względem kryterium bliskości. W przypadku pierwszego z określeń minimalny wymóg w postaci fizycznej obecności musi zostać spełniony. W ramach badania stabilności sytuacji analizie zostaną poddane dalsze okoliczności, w tym okres pobytu i powiązania rodzinne.

4. Podsumowanie

Trybunał Sprawiedliwości słusznie wskazał na granice wykładni pojęcia zwykłego pobytu. Pozostawienie pewnej swobody w ustalaniu miejsca zwykłego pobytu w okolicznościach konkretnej sprawy można uznać za atut tego kryterium. Ta swoboda nie może jednak prowadzić do wypaczenia istoty pojęcia zwykłego pobytu. Przypisanie dziecku miejsca zwykłego pobytu w przypadkach wskazywanych przez Rzecznika oznaczałoby w istocie przyjęcie dla dziecka konstrukcji miejsca zwykłego pobytu pochodnego od miejsca zwykłego pobytu rodziców. Tego rodzaju powiązania, które może prowadzić do państwa, z którym dziecko nie jest realnie związane, chciano właśnie uniknąć, przyjmując kryterium zwykłego pobytu w konwencjach haskich na początku XX w. Zwolennicy odstąpienia od wymogu fizycznej obecności odżegnują się od takiego po-

⁴⁶ Punkty 52—53 wyr. w sprawie C-393/18.

⁴⁷ Punkty 60—61 wyr. w sprawie C-393/18.

⁴⁸ Punkt 68 wyr. w sprawie C-393/18.

równania, wskazując, że przypisanie dziecku miejsca zwykłego pobytu jest wówczas wynikiem analizy okoliczności świadczących o integracji z tym miejscem rodziny dziecka⁴⁹ i, o ile rzeczywiście można przyjąć, że powiązanie z danym państwem nie byłoby fikcyjne, to jednak pominięcie okoliczności faktycznej dotyczącej jedynie dziecka, tj. tego, gdzie dziecko się fizycznie znajduje, oznacza jawne zanegowanie faktycznego charakteru pojęcia zwykłego pobytu i znaczenia nazwy „pobyt”. Podstawą łącznika stawałaby się przynależność do wspólnoty rodzinnej i społecznej. Do tej pory elastyczne podejście do ustalenia miejsca zwykłego pobytu było realizowane przez wykładnię określenia „zwykły”. W celu realizacji kryterium bliskości za zwykły może zostać uznany już bardzo krótki okres pobytu, jak np. przyjął Trybunał w sprawach dotyczących noworodków i małych dzieci. Taka sytuacja może również następować zaraz po przeprowadzce do innego państwa, gdy okoliczności sprawy wskazują na powstawanie powiązań z nowym miejscem pobytu przy jednoczesnym ustaniu powiązań z poprzednim miejscem pobytu. Charakter pobytu odzwierciedlają wówczas okoliczności dotyczące osób sprawujących opiekę nad dzieckiem potwierdzających przeprowadzkę i wolę pozostania w nowym miejscu przez dłuższy okres (podjęcie pracy przez rodzica, umieszczenie dziecka w placówce edukacyjnej).

Tego rodzaju zabiegi nadwyrażają oczywiście przyjęte „u zarania” w pracach Haskiej Konferencji założenie, że pojęcie zwykłego pobytu ma charakter czysto faktyczny (*notion de fait*). Rzecznik proponuje jednak objęcie nazwą „zwykły pobyt” przypadków obejmujących bliskie związki, a niekoniecznie sam pobyt. Lokalizacja powiązań ze wspólnotą rodzinną i społeczną miałyby zatem pozwolić na pominięcie w wykładni pojęcia zwykłego pobytu literalnego znaczenia nazwy „pobyt”.

Warto też zauważyć, że chociaż pominięcie elementu fizycznej obecności miałyby nastąpić tylko w sytuacjach nadzwyczajnych, ocena, czy dana sprawa do takiej kategorii się zalicza, została by pozostawiona praktyce. Oprócz opisanych powyżej przypadków porodu w innym państwie z powodów losowych, siły wyższej lub przemocy zastosowanej wobec matki, za tego rodzaju sprawy mogłyby zostać uznane inne sytuacje, w których pojawiałby się argument dotyczący przypadkowości lub przymusowości aktualnego pobytu, np. gdy dziecko urodziło się za granicą zgodnie z planami rodziców (np. w wybranej zagranicznej placówce medycznej lub w celu uzyskania przez dziecko obywatelstwa, zgodnie z zasadą *iuris soli*), a następnie z uwagi na stan zdrowia lub przeszkody imigracyjne nie może zostać przewiezione do państwa zamieszkania rodziców. W sytuacji przymusowej znajdują się uchodźcy i migranci ekono-

⁴⁹ Zob. zdanie odrębne sędziego Lorda Hughes, pkt 92 orzeczenia *In the Matter of A.*

miczni. Analogicznie do argumentacji przytoczonej w sprawie C-393/18 jako argument za przypisaniem w państwie pochodzenia rodziców miejsca zwykłego pobytu dziecka urodzonego w zamkniętym ośrodku mogłaby zostać powołana przymusowa nieobecność w państwie pochodzenia z powodu działań wojennych lub prześladowań⁵⁰.

Z perspektywy polskiej praktyki warto zauważyć, że stanowisko zakładające ustalenie w pierwszej kolejności miejsca pobytu, a następnie okoliczności, które mogą charakteryzować ten pobyt jako zwykły, znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów polskich. Sąd Okręgowy we Włocławku w postanowieniu z 2009 r. wskazał, że „przebywanie na terytorium określonego państwa wówczas można zakwalifikować jako »zwykły pobyt«, gdy dana osoba ma w nim swoje centrum życiowe”, odrzucając utożsamianie pojęć „miejsca zwykłego pobytu” i „miejsca zamieszkania” w rozumieniu art. 25 k.c. i n., w tym możliwość stosowania konstrukcji zamieszkania pochodnego⁵¹. Sąd ten podkreślił również zminimalizowanie elementu intencjonalnego i zobiektywizowaną ocenę całokształtu danej sytuacji życiowej⁵². Sądom polskim nie jest także obce elastyczne podejście do określenia pobytu jako zwykłego. Jak już wskazano, za pobyt

⁵⁰ Rozporządzenie w art. 13 ust. 2, podobnie jak konwencja haska z 1996 r. w art. 6 ust. 1, przewiduje w przypadku dzieci będących uchodźcami jurysdykcję opartą na pobycie dziecka. Celem tego przepisu jest wskazanie podstawy jurysdykcji dla dzieci, których więzy z miejscem poprzedniego miejsca zwykłego pobytu zostały zerwane, a pobyt w państwie, w którym dziecko się znajduje, z uwagi na niepewną sytuację dziecka, nie może zostać uznany za zwykły. Zob. P. Lagarde: *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention...*, s. 555.

⁵¹ W orzecznictwie sądów polskich odnotowano przypadki utożsamiania miejsca zwykłego pobytu z miejscem zamieszkania. Zob. uwagi na gruncie rozporządzenia nr 4/2009 A. Frąckowiak-Adamska, A. Guzewicz, Ł. Petelski: *Skuteczność stosowania przez sądy polskie unijnych rozporządzeń: nr 44/2001, nr 2201/2003, nr 864/2007, nr 593/2008 i nr 4/2009*. „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 10, s. 10. W opracowaniu tym, obejmującym podsumowanie przeglądu polskiego orzecznictwa m.in. pod względem prawidłowości stosowania unijnych rozporządzeń, wskazano, że w polskich sądach „wzrasta świadomość unijnego mechanizmu wykładni i przy określeniu pojęcia zwykłego pobytu sądy zaczynają odwoływać się do wykładni autonomicznej, której reguły prowadzą do rozumienia miejsca zwykłego pobytu jako centrum egzystencji”. Ibidem.

⁵² W sprawie rozstrzygniętej post. Sądu Okręgowego we Włocławku z dnia 28 sierpnia 2009 r., sygn. akt V CZ 37/09, matka wniosła przed sąd polski o pozbawienie ojca władzy rodzicielskiej nad dzieckiem urodzonym w 2006 r. w Wielkiej Brytanii i tam od urodzenia przebywającym z matką. Matka twierdziła, że jej pobyt w Wielkiej Brytanii ma charakter jedynie zarobkowy, jej miejsce zwykłego pobytu zaś pozostaje w Polsce. Miejsce to należy utożsamiać z kodeksowym pojęciem miejsca zamieszkania i w rezultacie przypisać dziecku miejsce zamieszkania matki (art. 25—26 k.c.). Zob. „Przegląd Orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Gdańsku” 2010, nr 1, s. 75—86, LEX nr 563037. Zob. również post. Sądu Rejonowego w Inowrocławiu z dnia 22 lutego 2019 r., sygn. akt III Nsm 768/18. LEX nr 2797411.

zwykły może zostać uznany pobyt bardzo krótki. Sąd Rejonowy w Zduńskiej Woli uznał swoją jurysdykcję w sprawie o pozbawienie władzy rodzicielskiej nad dwójką dzieci, która została wniesiona przez matkę przeciwko ojcu w tym samym miesiącu, w którym matka przeprowadziła się z dziećmi do Polski z Holandii, gdzie rodzina mieszkała przez kilka lat⁵³.

Postawienie granicy wykładni pojęcia zwykłego pobytu w postaci wymogu fizycznej obecności nie wyklucza sprawowania jurysdykcji w sprawie dotyczącej odpowiedzialności rodzicielskiej przez państwo, w którym zlokalizowane są powiązania rodzinne dziecka. Niemożność stwierdzenia miejsca zwykłego pobytu w tym państwie nie oznacza, że dziecko ma miejsce zwykłego pobytu w państwie, w którym się fizycznie znajduje. Jak podkreślił Trybunał, fizyczna obecność stanowi warunek wstępny. W dalszym ciągu ocenie będzie podlegać charakter pobytu, jego trwałość⁵⁴ i konieczne będzie ustalenie powiązań świadczących o integracji dziecka z daną społecznością. W tego rodzaju sprawach, obejmujących przypadki nieplanowanego lub przymusowego porodu w innym państwie, prawdopodobne jest stwierdzenie, że dziecko w ogóle nie posiada miejsca zwykłego pobytu. Jurysdykcja może zostać wówczas oparta na łączniku pobytu⁵⁵. Pomiędzy państwami członkowskimi może wówczas dojść do przekazania jurysdykcji sądom państwa „lepiej umiejscowionego”⁵⁶. Gdy dziecko przebywa w państwie trzecim, w braku jurysdykcji sądu innego państwa członkowskiego, podstawa jurysdykcji państwa „docelowego” może wynikać z prawa krajowego, na co wskazuje art. 14 rozporządzenia Bruksela II bis, np. na podstawie obywatelstwa. Przywołane mechanizmy pozwalają na realizację prawa do sądu i sprawowanie jurysdykcji przez sąd rzeczywiście bliższy sprawie. Ochrona interesów i praw dziecka może zatem nastąpić w inny sposób niż przez „sztuczną” wykładnię pojęcia zwykłego pobytu.

⁵³ Zob. post. Sądu Okręgowego w Sieradzu z dnia 25 lutego 2020 r., sygn. akt I Ca 598/19. LEX nr 2907127. Sąd Okręgowy nie uwzględnił zarzutu braku jurysdykcji krajowej, wskazując, że „Matka z dziećmi wróciła do kraju w maju 2018 r. z zamiarem stałego pobytu”. Oceny tej nie zmienił fakt, że po pół roku matka z dziećmi przeprowadziła się z powrotem do Holandii, gdyż „jej powtórny wyjazd do Holandii nastąpił pod koniec grudnia 2018 r. z przyczyn, których w dacie przyjazdu nie przewidziała”.

⁵⁴ Punkt 53 wyr. w sprawie C-393/18.

⁵⁵ Artykuł 13 rozporządzenia Bruksela II bis. Subsydiarny łącznik pobytu przewiduje również konwencja haska z 1996 r.

⁵⁶ Artykuł 15 rozporządzenia Bruksela II bis. W stosunkach między stronami konwencji haskiej z 1996 r. przekazanie może nastąpić na podstawie przepisów konwencyjnych.

Bibliografia

- Actes de la Deuxième Conférence de la Haye*. La Haye 1894.
- Baetge D.: *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*. Tübingen 1994.
- Beaumont P.R., Holliday J.: *Recent developments on the meaning of „habitual residence” in alleged child abduction cases*, <https://abdnpure.elsevier.com/en/publications/recent-developments-on-the-meaning-of-habitual-residence-in-alleg>.
- Beaumont P.R., MacEleavy P.E.: *The Hague Convention on International Child Abduction*. Oxford University Press 1999.
- Bobrzyńska O.: *Zwykły pobyt w konwencjach Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2019, z. 2, s. 417—466.
- Bucher A.: *La famille en droit international privé*. „Académie de Droit International de la Haye, Recueil des cours” 2000, T. 283, s. 9—186.
- Frąckowiak-Adamska A., Guzewicz A., Petelski Ł.: *Skuteczność stosowania przez sądy polskie unijnych rozporządzeń: nr 44/2001, nr 2201/2003, nr 864/2007, nr 593/2008 i nr 4/2009*. „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 10, s. 4—12.
- Gruber U.P.: *Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen und Kleinkindern*. „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2019, H. 3, s. 217—221.
- Hoogstraten M.H. van: *La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de la Haye*. „Académie de Droit International de la Haye, Recueil des cours” 1969, T. 122 (1967 III), s. 337—425.
- Kropholler J.: *Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- Lagarde P.: *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*. In: *Proceedings of the Eighteenth Session* (1996). T. 2. *Protection of children*, s. 533—605.
- Maczyński A.: *Statut personalny osób fizycznych. Refleksje „de lege lata” i „de lege ferenda”*. W: „Leges Sapere”. *Studia i prace dedykowane Profesorowi Januszowi Sondlowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*. Red. W. Uruszczak et al. Kraków 2008, s. 305—323.
- Mostowik P.: *Władza rodzicielska i opieka nad dzieckiem w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2014.
- Pilich M.: *Łączniki personalne osób fizycznych w prawie prywatnym międzynarodowym (zagadnienia wybrane)*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2016, T. 19.
- Pilich M.: *Zasada obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym*. Warszawa 2015.

- Richez-Pons A.: *La notion de „résidence”*. In: *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*. Eds. H. Fulchiron, C. Nourissat. Dalloz 2005, s. 149—156.
- Schuz R.: *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*. Hart Publishing 2014.
- Steiger W. von: *Rapport explicatif*. In: *Actes et documents de la Neuvième session (1960)*. T. 4. *Protection des mineurs*. La Haye 1961.
- Świerczyński M., w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014.
- Winter L.I. de: *Nationality or domicile: the present state of affairs*. „Académie de Droit International de la Haye, Recueil des cours” 1970, T. 128 (1969 III), s. 347—503.



法の適用に関する通則法 Act on General Rules for Application of Laws

(平成十八年六月二十一日法律第七十八号)
(Act No. 78 of June 21, 2006)

法例 (明治三十一年法律第十号) の全部を改正する。
The Act on General Rules for Application of Laws (Act No. 10 of 1898)
is fully revised.

第一章 総則 (第一条)

Chapter I. General Provisions (Article 1)

第二章 法律に関する通則 (第二条・第三条)

Chapter II. General Rules for Laws (Article 2 and Article 3)

第三章 準拠法に関する通則

Chapter III. General Rules for Governing Law

第一節 人 (第四条—第六条)

Section 1. Person (Article 4 to Article 6)

第二節 法律行為 (第七条—第十二条)

Section 2. Juridical Acts (Article 7 to Article 12)

第三節 物権等 (第十三条)

Section 3. Real Rights (Rights in rem)

第四節 債権 (第十四条—第二十三条)

Section 4. Claims (Article 14 to Article 23)

第五節 親族 (第二十四条—第三十五条)

Section 5. Relatives (Article 24 to Article 35)

第六節 相続 (第三十六条・第三十七条)

Section 6. Inheritance (Article 36 and Article 37)

第七節 補則（第三十八条—第四十三条）

Section 7. Auxiliary Provisions (Article 38 to Article 43)

附 則

Supplementary Provisions

第一章 総則

Chapter I. General Provisions

(趣旨)

(Purpose)

第一条 この法律は、法の適用に関する通則について定めるものとする。

Article 1. This Act shall provide for the general rules for the application of laws.

第二章 法律に関する通則

Chapter II. General Rules for Laws

(法律の施行期日)

(Effective Date of Law)

第二条 法律は、公布の日から起算して二十日を経過した日から施行する。ただし、法律でこれと異なる施行期日を定めたときは、その定めによる。

Article 2. A law shall come into effect after the expiration of twenty days following the date of its promulgation; provided, however, that if a different effective date is provided by law, such provision shall prevail.

(法律と同一の効力を有する慣習)

(Customs Having the Same Effect as Laws)

第三条 公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するものに限り、法律と同一の効力を有する。

Article 3. Customs which are not against public policy shall have the same effect as laws, to the extent that they are authorized by the provisions of laws and regulations, or they relate to matters not provided for in laws and regulations.

第三章 準拠法に関する通則

Chapter III. General Rules for Governing Law

第一節 人

Section 1. Person

(人の行為能力)

(Person's Capacity to Act)

第四条 人の行為能力は、その本国法によって定める。

Article 4 (1). The legal capacity of a person to act shall be governed by his/her national law.

2 法律行為をした者がその本国法によれば行為能力の制限を受けた者となるときであっても行為地法によれば行為能力者となるべきときは、当該法律行為の当時そのすべての当事者が法を同じくする地に在った場合に限り、当該法律行為をした者は、前項の規定にかかわらず、行為能力者とみなす。

(2) Notwithstanding the preceding paragraph, when a person who has performed a juridical act is subject to the limitation of his/her capacity to act under his/her national law but has full capacity to act under the law of the place where the act is done (*lex loci actus*), that person shall be deemed to have full capacity to act, only in cases where all the parties were present in a place governed by the same law at the time of the juridical act.

3 前項の規定は、親族法又は相続法の規定によるべき法律行為及び行為地と法を異にする地に在る不動産に関する法律行為については、適用しない。

(3) The preceding paragraph shall not apply to a juridical act to be governed by the provisions of family law or inheritance law, or a juridical act relating to real property situated in a place governed by a different law from the law of the place where the act was done.

(後見開始の審判等)

(Ruling for Commencement of Guardianship, etc.)

第五条 裁判所は、成年被後見人、被保佐人又は被補助人となるべき者が日本に住所若しくは居所を有するとき又は日本の国籍を有するときは、日本法により、後見開始、保佐開始又は補助開始の審判（以下「後見開始の審判等」と総称する。）をすることができる。

Article 5. The court may make a ruling for commencement of guardianship, curatorship or assistance (hereinafter collectively referred to as a “Ruling for Commencement of Guardianship, etc.”) under Japanese law where a person who is to become an adult ward, person under curatorship or person under assistance has domicile or residence in Japan or has Japanese nationality.

(失踪の宣告)

(Adjudication of Disappearance)

第六条 裁判所は、不在者が生存していたと認められる最後の時点において、不在者が日本に住所を有していたとき又は日本の国籍を有していたときは、日本法により、失踪の宣告をすることができる。

Article 6 (1). The court may make an adjudication of his/her disappearance under Japanese law where an absentee had domicile in Japan or had Japanese nationality, at the latest point of time when he/she was found to be alive.

2 前項に規定する場合に該当しないときであっても、裁判所は、不在者の財産が日本に在るときはその財産についてのみ、不在者に関する法律関係が日本法によるべきときその他法律関係の性質、当事者の住所又は国籍その他の事情に照らして日本に関係があるときはその法律関係についてのみ、日本法により、失踪の宣告をすることができる。

(2) Even in the case where the preceding paragraph does not apply, if an absentee's property is situated in Japan, or if an absentee's legal relationship should be governed by Japanese law or is connected with Japan in light of the nature of the legal relationship, the domicile or nationality of the party and any other circumstances concerned, the court may, by applying Japanese law, make an adjudication of the absentee's disappearance only with regard to said property or said legal relationship, respectively.

第二節 法律行為

Section 2. Juridical Acts

(当事者による準拠法の選択)

(Choice of Governing Law by the Parties)

第七条 法律行為の成立及び効力は、当事者が当該法律行為の当時に選択した地の法による。

Article 7. The formation and effect of a juridical act shall be governed by the law of the place chosen by the parties at the time of the act.

(当事者による準拠法の選択がない場合)

(In the Absence of Choice of Governing Law by the Parties)

第八条 前条の規定による選択がないときは、法律行為の成立及び効力は、当該法律行為の当時に於いて当該法律行為に最も密接な関係がある地の法による。

Article 8 (1). In the absence of a choice of law under the preceding Article, the formation and effect of a juridical act shall be governed by the law of the place with which the act is most closely connected at the time of the act.

2 前項の場合において、法律行為において特徴的な給付を当事者の一方のみが行うものであるときは、その給付を行う当事者の常居所地法（その当事者が当該法律行為に関係する事業所を有する場合にあっては当該事業所の所在地の法、その当事者が当

該法律行為に係る二以上の事業所で法を異にする地に所在するものを有する場合にあってはその主たる事業所の所在地の法)を当該法律行為に最も密接な関係がある地の法と推定する。

(2) In the case referred to in the preceding paragraph, if only one of the parties is to provide a characteristic performance involved in a juridical act, the law of the habitual residence of the party providing said performance (in cases where said party has a place of business connected with the juridical act, the law of the place of business; in cases where said party has two or more such places of business which are connected with the juridical act and which are governed by different laws, the law of the principal place of business) shall be presumed to be the law of the place with which the act is most closely connected.

3 第一項の場合において、不動産を目的物とする法律行為については、前項の規定にかかわらず、その不動産の所在地法を当該法律行為に最も密接な関係がある地の法と推定する。

(3) In the case referred to in paragraph (1), if the subject matter of the juridical act is real property, notwithstanding the preceding paragraph, the law of the place where the real property is situated (*lex rei sitae*) shall be presumed to be the law of the place with which the act is most closely connected.

(当事者による準拠法の変更)

(Change of Governing Law by the Parties)

第九条 当事者は、法律行為の成立及び効力について適用すべき法を変更することができる。ただし、第三者の権利を害することとなるときは、その変更をその第三者に対抗することができない。

Article 9. The parties may change the law otherwise applicable to the formation and effect of a juridical act; provided, however, that if such change prejudices the rights of a third party, it may not be asserted against the third party.

(法律行為の方式)

(Formalities for Juridical Act)

第十条 法律行為の方式は、当該法律行為の成立について適用すべき法(当該法律行為の後に前条の規定による変更がされた場合にあっては、その変更前の法)による。

Article 10 (1). The formalities for a juridical act shall be governed by a law applicable to the formation of the act (the initially applicable law prior to the change shall govern if the law was changed under the preceding Article after the juridical act).

2 前項の規定にかかわらず、行為地法に適合する方式は、有効とする。

(2) Notwithstanding the preceding paragraph, the formalities that comply with the law of the place where said act was done shall be valid.

3 法を異にする地に在る者に対してされた意思表示については、前項の規定の適用に当たっては、その通知を発送した地を行為地とみなす。

(3) For the purpose of the application of the preceding paragraph, with regard to a manifestation of intention to a person in a place governed by a different law, the place from where the notice of such manifestation was dispatched shall be deemed to be the place where said act was done.

4 法を異にする地に在る者の中で締結された契約の方式については、前二項の規定は、適用しない。この場合においては、第一項の規定にかかわらず、申込みの通知を発送した地の法又は承諾の通知を発送した地の法のいずれかに適合する契約の方式は、有効とする。

(4) The preceding two paragraphs shall not apply to the formalities for a contract concluded between persons in places governed by different laws. In this case, notwithstanding paragraph (1), the formalities for a contract that comply with either the law of the place from where the notice of offer was dispatched or the law of the place from where the notice of acceptance was dispatched shall be valid.

5 前三項の規定は、動産又は不動産に関する物権及びその他の登記をすべき権利を設定し又は処分する法律行為の方式については、適用しない。

(5) The preceding three paragraphs shall not apply to the formalities for a juridical act to establish or dispose of a real right (a right in rem) with regard to movable or immovable, or any other right requiring registration.

(消費者契約の特例)

(Special Provisions for Consumer Contracts)

第十一条 消費者（個人（事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く。）をいう。以下この条において同じ。）と事業者（法人その他の社团又は財団及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人をいう。以下この条において同じ。）との間で締結される契約（労働契約を除く。以下この条において「消費者契約」という。）の成立及び効力について第七条又は第九条の規定による選択又は変更により適用すべき法が消費者の常居所地法以外の法である場合であっても、消費者がその常居所地法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を事業者に対し表示したときは、当該消費者契約の成立及び効力に関しその強行規定の定める事項については、その強行規定をも適用する。

Article 11 (1). Even when the law applicable to the formation and effect of a contract (excluding a labor contract: hereinafter referred to as a “Consumer Contract” in this Article) between a consumer (meaning an individual, excluding an individual who becomes a party to a contract as a business or for a business; hereinafter the same shall apply in this Article) and a business operator (meaning a juridical person and any other association or foundation and an individual who becomes a party to a contract as a business or for a business; hereinafter the same shall

apply in this Article) as a result of a choice or a change of law under Article 7 or Article 9 is a law other than the law of the consumer's habitual residence, if the consumer has manifested his/her intention to the business operator that a specific mandatory provision from within the law of the consumer's habitual residence should be applied, such mandatory provision shall also apply to the matters stipulated by the mandatory provision with regard to the formation and effect of the Consumer Contract.

2 消費者契約の成立及び効力について第七条の規定による選択がないときは、第八条の規定にかかわらず、当該消費者契約の成立及び効力は、消費者の常居所地法による。

(2) Notwithstanding Article 8, in the absence of a choice of law under Article 7 with regard to the formation and effect of a Consumer Contract, the formation and effect of the Consumer Contract shall be governed by the law of the consumer's habitual residence.

3 消費者契約の成立について第七条の規定により消費者の常居所地法以外の法が選択された場合であっても、当該消費者契約の方式について消費者がその常居所地法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を事業者に対し表示したときは、前条第一項、第二項及び第四項の規定にかかわらず、当該消費者契約の方式に関しその強行規定の定める事項については、専らその強行規定を適用する。

(3) Even where a law other than the law of a consumer's habitual residence is chosen under Article 7 with regard to the formation of a Consumer Contract, if the consumer has manifested his/her intention to the business operator that a specific mandatory provision from within the law of the consumer's habitual residence should be applied to the formalities for the Consumer Contract, such mandatory provision shall exclusively apply to the matters stipulated by the mandatory provision with regard to the formalities for the Consumer Contract, notwithstanding paragraphs (1), (2) and (4) of the preceding Article.

4 消費者契約の成立について第七条の規定により消費者の常居所地法が選択された場合において、当該消費者契約の方式について消費者が専らその常居所地法によるべき旨の意思を事業者に対し表示したときは、前条第二項及び第四項の規定にかかわらず、当該消費者契約の方式は、専ら消費者の常居所地法による。

(4) Where the law of a consumer's habitual residence is chosen under Article 7 with regard to the formation of a Consumer Contract, if the consumer has manifested his/her intention to the business operator that the formalities for the Consumer Contract should be governed exclusively by the law of the consumer's habitual residence, the formalities for the Consumer Contract shall be governed exclusively by the law of the consumer's habitual residence, notwithstanding paragraphs (2) and (4) of the preceding Article.

5 消費者契約の成立について第七条の規定による選択がないときは、前条第一項、第二項及び第四項の規定にかかわらず、当該消費者契約の方式は、消費者の常居所地法による。

(5) In the absence of a choice of law under Article 7 with regard to the formation of a Consumer Contract, notwithstanding paragraphs (1), (2) and (4) of the preceding Article, the formalities for the Consumer Contract shall be governed by the law of the consumer's habitual residence.

6 前各項の規定は、次のいずれかに該当する場合には、適用しない。

(6) The preceding paragraphs of this Article shall not apply in any of the following cases:

一 事業者の事業所で消費者契約に係るものが消費者の常居所地と法を異にする地に所在した場合であって、消費者が当該事業所の所在地と法を同じくする地へ赴いて当該消費者契約を締結したとき。ただし、消費者が、当該事業者から、当該事業所の所在地と法を同じくする地において消費者契約を締結することについての勧誘をその常居所地において受けていたときを除く。

(i) where a business operator's place of business that is connected with a Consumer Contract is located in a place governed by a different law from the law of a consumer's habitual residence, and the consumer proceeds to a place governed by the same law as the law of the place of business and concludes the Consumer Contract there; provided, however, that this shall not apply where the consumer has been, in the place of his/her habitual residence, solicited by the business operator to conclude the Consumer Contract in a place governed by the same law as the law of the place of business;

二 事業者の事業所で消費者契約に係るものが消費者の常居所地と法を異にする地に所在した場合であって、消費者が当該事業所の所在地と法を同じくする地において当該消費者契約に基づく債務の全部の履行を受けたとき、又は受けることとされていたとき。ただし、消費者が、当該事業者から、当該事業所の所在地と法を同じくする地において債務の全部の履行を受けることについての勧誘をその常居所地において受けていたときを除く。

(ii) where a business operator's place of business that is connected with a Consumer Contract is located in a place governed by a different law from the law of a consumer's habitual residence, and the consumer has received or has been supposed to receive the entire performance of the obligation under the Consumer Contract in a place governed by the same law as the law of the place of business; provided, however, that this shall not apply where the consumer is, in the place of his/her habitual residence, solicited by the business operator to receive the entire performance of the obligation in a place governed by the same law as the law of the place of business;

三 消費者契約の締結の当時、事業者が、消費者の常居所を知らず、かつ、知らなかったことについて相当の理由があるとき。

- (iii) where at the time of conclusion of a Consumer Contract a business operator did not know a consumer's habitual residence, and had reasonable grounds for not knowing that; or
- 四 消費者契約の締結の当時、事業者が、その相手方が消費者でないを誤認し、かつ、誤認したことについて相当の理由があるとき。
- (iv) where at the time of conclusion of a Consumer Contract a business operator misidentified the counterparty as not being a consumer, and had reasonable grounds for making such misidentification.

(労働契約の特例)

(Special Provisions for Labor Contracts)

第十二条 労働契約の成立及び効力について第七条又は第九条の規定による選択又は変更により適用すべき法が当該労働契約に最も密接な関係がある地の法以外の法である場合であっても、労働者が当該労働契約に最も密接な関係がある地の法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を使用者に対し表示したときは、当該労働契約の成立及び効力に関しその強行規定の定める事項については、その強行規定をも適用する。

Article 12 (1). Even where the applicable law to the formation and effect of a labor contract as a result of a choice or change under Article 7 or Article 9 is a law other than the law of the place with which the labor contract is most closely connected, if a worker has manifested his/her intention to an employer that a specific mandatory provision from within the law of the place with which the labor contract is most closely connected should be applied, such mandatory provision shall also apply to the matters stipulated in the mandatory provision with regard to the formation and effect of the labor contract.

2 前項の規定の適用に当たっては、当該労働契約において労務を提供すべき地の法（その労務を提供すべき地を特定することができない場合にあっては、当該労働者を雇い入れた事業所の所在地の法。次項において同じ。）を当該労働契約に最も密接な関係がある地の法と推定する。

(2) For the purpose of the application of the preceding paragraph, the law of the place where the work should be provided under the labor contract (in cases where such place cannot be identified, the law of the place of business at which the worker was employed; the same shall apply in paragraph (3)) shall be presumed to be the law of the place with which the labor contract is most closely connected.

3 労働契約の成立及び効力について第七条の規定による選択がないときは、当該労働契約の成立及び効力については、第八条第二項の規定にかかわらず、当該労働契約において労務を提供すべき地の法を当該労働契約に最も密接な関係がある地の法と推定する。

(3) In the absence of a choice of law under Article 7 with regard to the formation and effect of a labor contract, notwithstanding Article 8, pa-

paragraph (2), the law of the place where the work should be provided under the labor contract shall be presumed to be the law of the place with which the labor contract is most closely connected with regard to the formation and effect of the labor contract.

第三節 物権等

Section 3. Real Rights (Rights in rem), etc.

(物権及びその他の登記をすべき権利)

(Real Right and Other Right Requiring Registration)

第十三条 動産又は不動産に関する物権及びその他の登記をすべき権利は、その目的物の所在地法による。

Article 13 (1). A real right to movables or immovables and any other right requiring registration shall be governed by the law of the place where the subject property of the right is situated.

2 前項の規定にかかわらず、同項に規定する権利の得喪は、その原因となる事実が完成した当時におけるその目的物の所在地法による。

(2) Notwithstanding the preceding paragraph, acquisition or loss of a right prescribed in said paragraph shall be governed by the law of the place where the subject property of the right is situated at the time when the facts constituting the cause of the acquisition or loss were completed.

第四節 債権

Section 4. Claims

(事務管理及び不当利得)

(Management Without Mandate and Unjust Enrichment)

第十四条 事務管理又は不当利得によって生ずる債権の成立及び効力は、その原因となる事実が発生した地の法による。

Article 14. The formation and effect of a claim arising from management without mandate (*negotiorum gestio*) or unjust enrichment shall be governed by the law of the place where the facts constituting the cause of it occurred.

(明らかにより密接な関係がある地がある場合の例外)

(Exception for Cases Where Another Place Is Obviously More Closely Connected)

第十五条 前条の規定にかかわらず、事務管理又は不当利得によって生ずる債権の成立及び効力は、その原因となる事実が発生した当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと、当事者間の契約に関連して事務管理が行われ又は不当利得が生じたことその他の事情に照らして、明らかに同条の規定により適用すべき法の属する地よりも密接な関係がある他の地があるときは、当該他の地の法による。

Article 15. Notwithstanding the preceding Article, the formation and effect of a claim arising from management without mandate or unjust enrichment shall be governed by the law of the place that is obviously more closely connected with the management without mandate or unjust enrichment than the place indicated in the said Article, in light of that the parties had their habitual residence in the places governed by the same law at the time of the occurrence of the facts constituting the cause of the management without mandate or unjust enrichment, that management without mandate was performed or unjust enrichment arose in connection with a contract concluded between the parties, or any other circumstances concerned.

(当事者による準拠法の変更)

(Change of Governing Law by the Parties)

第十六条 事務管理又は不当利得の当事者は、その原因となる事実が発生した後において、事務管理又は不当利得によって生ずる債権の成立及び効力について適用すべき法を変更することができる。ただし、第三者の権利を害することとなるときは、その変更をその第三者に対抗することができない。

Article 16. The parties to the management without mandate or unjust enrichment may change a law applicable to the formation and effect of a claim arising from the management without mandate or unjust enrichment after the facts constituting the cause of it occurred; provided, however, that if such change prejudices the rights of a third party, it may not be asserted against the third party.

(不法行為)

(Tort)

第十七条 不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、加害行為の結果が発生した地の法による。ただし、その地における結果の発生が通常予見することのできないものであったときは、加害行為が行われた地の法による。

Article 17. The formation and effect of a claim arising from a tort shall be governed by the law of the place where the result of the wrongful act occurred; provided, however, that if the occurrence of the result at said place was ordinarily unforeseeable, the law of the place where the wrongful act was committed shall govern.

(生産物責任の特例)

(Special Provisions for Product Liability)

第十八条 前条の規定にかかわらず、生産物（生産され又は加工された物をいう。以下この条において同じ。）で引渡しがされたものの瑕疵により他人の生命、身体又は財産を侵害する不法行為によって生ずる生産業者（生産物を業として生産し、加工し、輸入し、輸出し、流通させ、又は販売した者をいう。以下この条において同じ。）又は生産物にその生産業者と認めることができる表示をした者（以下この条において「生産業

者等」と総称する。)に対する債権の成立及び効力は、被害者が生産物の引渡しを受けた地の法による。ただし、その地における生産物の引渡しが通常予見することのできないものであったときは、生産業者等の主たる事業所の所在地の法(生産業者等が事業所を有しない場合にあっては、その常居所地法)による。

Article 18. Notwithstanding the preceding Article, where a claim arises from a tort involving injury to life, body or property of others, caused by a defect in a product (meaning a thing produced or processed; hereinafter the same shall apply in this Article) that is delivered, against a producer (meaning a person who has produced, processed, imported, exported, distributed or sold a product in the course of trade; hereinafter the same shall apply in this Article) or a person who has provided a representation on the product in a manner which allows the others to recognize such person as its producer (hereinafter collectively referred to as a “Producer, etc.” in this Article), the formation and effect of such claim shall be governed by the law of the place where the victim received the delivery of the product; provided, however, that if the delivery of the product at said place was ordinarily unforeseeable, the law of the principal place of business of the Producer, etc. (in cases where the Producer, etc. has no place of business, the law of his/her habitual residence) shall govern.

(名誉又は信用の毀損の特例)

(Special Provisions for Defamation)

第十九条 第十七条の規定にかかわらず、他人の名誉又は信用を毀損する不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、被害者の常居所地法(被害者が法人その他の社団又は財団である場合にあっては、その主たる事業所の所在地の法)による。

Article 19. Notwithstanding Article 17, the formation and effect of a claim arising from a tort of defamation of others shall be governed by the law of the victim’s habitual residence (in cases where the victim is a juridical person or any other association or foundation, the law of its principal place of business).

(明らかにより密接な関係がある地がある場合の例外)

(Exception for Cases Where Another Place Is Obviously More Closely Connected)

第二十条 前三条の規定にかかわらず、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、不法行為の当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと、当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたことその他の事情に照らして、明らかに前三条の規定により適用すべき法の属する地よりも密接な関係がある他の地があるときは、当該他の地の法による。

Article 20. Notwithstanding the preceding three Articles, the formation and effect of a claim arising from a tort shall be governed by the law of the place with which the tort is obviously more closely connected than the place indicated in the preceding three Articles, in light of that the

parties had their habitual residence in the places governed by the same law at the time of the occurrence of the tort, that the tort was committed in breach of the obligation under a contract between the parties, or any other circumstances concerned.

(当事者による準拠法の変更)

(Change of Governing Law by the Parties)

第二十一条 不法行為の当事者は、不法行為の後において、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力について適用すべき法を変更することができる。ただし、第三者の権利を害することとなるときは、その変更をその第三者に対抗することができない。

Article 21. The parties to a tort may, after the tort occurs, change a law applicable to the formation and effect of a claim arising from the tort; provided, however, that if such change prejudices the rights of a third party, it may not be asserted against the third party.

(不法行為についての公序による制限)

(Restriction by Public Policy Regarding Tort)

第二十二条 不法行為について外国法によるべき場合において、当該外国法を適用すべき事実が日本法によれば不法とならないときは、当該外国法に基づく損害賠償その他の処分の請求は、することができない。

Article 22 (1). In the case where a tort shall be governed by a foreign law, if facts to which the foreign law should be applied do not constitute a tort under Japanese law, no claim under the foreign law may be made for damages or any other remedies.

2 不法行為について外国法によるべき場合において、当該外国法を適用すべき事実が当該外国法及び日本法により不法となるときであっても、被害者は、日本法により認められる損害賠償その他の処分でなければ請求することができない。

(2) In the case where a tort shall be governed by a foreign law, even if facts to which the foreign law should be applied constitute a tort both under the foreign law and Japanese law, the victim may make a claim only for damages or any other remedies that may be permitted under Japanese law.

(債権の譲渡)

(Assignment of Claim)

第二十三条 債権の譲渡の債務者その他の第三者に対する効力は、譲渡に係る債権について適用すべき法による。

Article 23. The effect of an assignment of a claim, against the obligor and a third party, shall be governed by the law applicable to the claim assigned.

第五節 親族

Section 5. Relatives

(婚姻の成立及び方式)

(Formation and Formalities of Marriage)

第二十四条 婚姻の成立は、各当事者につき、その本国法による。

Article 24 (1). The formation of a marriage shall be governed by the national law of each party.

2 婚姻の方式は、婚姻挙行地の法による。

(2) The formalities for a marriage shall be governed by the law of the place where the marriage is celebrated (*lex loci celebrationis*).

3 前項の規定にかかわらず、当事者の一方の本国法に適合する方式は、有効とする。ただし、日本において婚姻が挙行された場合において、当事者の一方が日本人であるときは、この限りでない。

(3) Notwithstanding the preceding paragraph, the formalities that comply with the national law of either party to a marriage shall be valid; provided, however, that this shall not apply where a marriage is celebrated in Japan and either party to the marriage is a Japanese national.

(婚姻の効力)

(Effect of Marriage)

第二十五条 婚姻の効力は、夫婦の本国法が同一であるときはその法により、その法がない場合において夫婦の常居所地法が同一であるときはその法により、そのいずれの法もないときは夫婦に最も密接な関係がある地の法による。

Article 25. The effect of a marriage shall be governed by the national law of the husband and wife if their national law is the same, or where that is not the case, by the law of the habitual residence of the husband and wife if their law of the habitual residence is the same, or where neither of these is the case, by the law of the place most closely connected with the husband and wife.

(夫婦財産制)

(Marital Property Regime)

第二十六条 前条の規定は、夫婦財産制について準用する。

Article 26 (1). The preceding Article shall apply *mutatis mutandis* to the marital property regime.

2 前項の規定にかかわらず、夫婦が、その署名した書面で日付を記載したものにより、次に掲げる法のうちいずれの法によるべきかを定めたときは、夫婦財産制は、その法による。この場合において、その定めは、将来に向かってのみその効力を生ずる。

(2) Notwithstanding the preceding paragraph, if a husband and wife have designated one of the laws listed in the following as the governing law by means of a document signed by them and dated, their marital property regime shall be governed by the law thus designated. In this case, the designation shall be effective only for the future:

一 夫婦の一方が国籍を有する国の法

(i) the law of the country where either husband or wife has nationality;

二 夫婦の一方の常居所地法

(ii) the law of the habitual residence of either husband or wife; or

三 不動産に関する夫婦財産制については、その不動産の所在地法

(iii) with regard to marital property regime regarding real property, the law of the place where the real property is situated.

3 前二項の規定により外国法を適用すべき夫婦財産制は、日本においてされた法律行為及び日本に在る財産については、善意の第三者に対抗することができない。この場合において、その第三者との間の関係については、夫婦財産制は、日本法による。

(3) The marital property regime to which a foreign law should be applied pursuant to the preceding two paragraphs may not be asserted against a third party without knowledge, to the extent that it is related to any juridical act done in Japan or any property situated in Japan. In this case, in relation to such third party, the marital property regime shall be governed by Japanese law.

4 前項の規定にかかわらず、第一項又は第二項の規定により適用すべき外国法に基づいてされた夫婦財産契約は、日本においてこれを登記したときは、第三者に対抗することができる。

(4) Notwithstanding the preceding paragraph, a contract on marital property concluded under a foreign law pursuant to paragraph (1) or (2) of this Article may be asserted against a third party when it is registered in Japan.

(離婚)

(Divorce)

第二十七条 第二十五条の規定は、離婚について準用する。ただし、夫婦の一方が日本に常居所を有する日本人であるときは、離婚は、日本法による。

Article 27. Article 25 shall apply mutatis mutandis to divorce; provided, however, that if either husband or wife is a Japanese national who has habitual residence in Japan, their divorce shall be governed by Japanese law.

(嫡出である子の親子関係の成立)

(Formation of Parent-Child Relationship with Child Born in Wedlock)

第二十八条 夫婦の一方の本国法で子の出生の当時におけるものにより子が嫡出となるべきときは、その子は、嫡出である子とする。

Article 28 (1). If a child shall be treated as a child born in wedlock under the national law of either the husband or wife at the time of the child's birth, the child shall be deemed to be a child born in wedlock.

2 夫が子の出生前に死亡したときは、その死亡の当時における夫の本国法を前項の夫の本国法とみなす。

(2) If a husband has died before his child's birth, the husband's national law at the time of his death shall be deemed to be the husband's national law set forth in the preceding paragraph.

(嫡出でない子の親子関係の成立)

(Formation of Parent-Child Relationship with Child Born Out of Wedlock)

第二十九条 嫡出でない子の親子関係の成立は、父との間の親子関係については子の出生の当時における父の本国法により、母との間の親子関係についてはその当時における母の本国法による。この場合において、子の認知による親子関係の成立については、認知の当時における子の本国法によればその子又は第三者の承諾又は同意があることが認知の要件であるときは、その要件をも備えなければならない。

Article 29 (1). In the case of a child born out of wedlock, the formation of a parent-child relationship with regard to the father and the child shall be governed by the father's national law at the time of the child's birth, and with regard to the mother and the child by the mother's national law at said time. In this case, when establishing a parent-child relationship by acknowledgment of parentage of a child, if obtaining the acceptance or consent from the child or a third party is required for acknowledgment under the child's national law at the time of the acknowledgement, such requirement shall also be satisfied.

2 子の認知は、前項前段の規定により適用すべき法によるほか、認知の当時における認知する者又は子の本国法による。この場合において、認知する者の本国法によるときは、同項後段の規定を準用する。

(2) Acknowledgement of parentage of a child shall be governed by the law designated in the first sentence of the preceding paragraph, or by the national law of the acknowledging person or of the child at the time of the acknowledgement. In this case, if the acknowledging person's national law is to govern, the second sentence of the preceding paragraph shall apply *mutatis mutandis*.

3 父が子の出生前に死亡したときは、その死亡の当時における父の本国法を第一項の父の本国法とみなす。前項に規定する者が認知前に死亡したときは、その死亡の当時におけるその者の本国法を同項のその者の本国法とみなす。

(3) If a father has died before his child's birth, the father's national law at the time of his death shall be deemed to be the father's national law set forth in paragraph (1). If the person referred to in the preceding paragraph has died before the acknowledgment, the person's national law at the time of his/her death shall be deemed to be the person's national law set forth in said paragraph.

(準正)

(Legitimation)

第三十条 子は、準正の要件である事実が完成した当時における父若しくは母又は子の本国法により準正が成立するときは、嫡出子の身分を取得する。

Article 30 (1). A child shall acquire the status of a child born in wedlock if the child is legitimated under the national law of the father or the mother or of the child at the time when the facts constituting the requirements for legitimation are completed.

2 前項に規定する者が準正の要件である事実の完成前に死亡したときは、その死亡の当時におけるその者の本国法を同項のその者の本国法とみなす。

(2) If a person referred to in the preceding paragraph has died before the facts constituting the requirements for legitimation are completed, the person's national law at the time of his/her death shall be deemed to be the person's national law set forth in said paragraph.

(養子縁組)

(Adoption)

第三十一条 養子縁組は、縁組の当時における養親となるべき者の本国法による。この場合において、養子となるべき者の本国法によればその者若しくは第三者の承諾若しくは同意又は公的機関の許可その他の処分があることが養子縁組の成立の要件であるときは、その要件をも備えなければならない。

Article 31 (1). Adoption shall be governed by the national law of an adoptive parent at the time of the adoption. In this case, if obtaining the acceptance or consent from the person to be adopted or a third party, or obtaining permission or any other decision from a public authority is required for adoption under the national law of the person to be adopted, such requirement shall also be satisfied.

2 養子とその実方の血族との親族関係の終了及び離縁は、前項前段の規定により適用すべき法による。

(2) The termination of a family relationship between an adopted child and his/her natural relatives by blood and dissolution of adoption shall be governed by the law applicable under the first sentence of the preceding paragraph.

(親子間の法律関係)

(Legal Relationship between Parents and Child)

第三十二条 親子間の法律関係は、子の本国法が父又は母の本国法（父母の一方が死亡し、又は知れない場合にあっては、他の一方の本国法）と同一である場合には子の本国法により、その他の場合には子の常居所地法による。

Article 32. The legal relationship between parents and their child shall be governed by the child's national law if it is the same as the national law of either the father or mother (in cases where one parent has died or is unknown, the national law of the other parent), or in other cases by the law of the child's habitual residence.

(その他の親族関係等)

(Other Family Relationships, etc.)

第三十三条 第二十四条から前条までに規定するもののほか、親族関係及びこれによって生ずる権利義務は、当事者の本国法によって定める。

Article 33. Family relationships or rights and obligations arising therefrom other than those provided for in Article 24 to Article 32 shall be governed by the national law of the party concerned.

(親族関係についての法律行為の方式)

(Formalities for Juridical Act Regarding Family Relationships)

第三十四条 第二十五条から前条までに規定する親族関係についての法律行為の方式は、当該法律行為の成立について適用すべき法による。

Article 34 (1). The formalities for a juridical act regarding family relationships provided for in Article 25 to Article 33 shall be governed by the law applicable to the formation of the juridical act.

2 前項の規定にかかわらず、行為地法に適合する方式は、有効とする。

(2) Notwithstanding the preceding paragraph, the formalities that comply with the law of the place where the act was done shall be valid.

(後見等)

(Guardianship, etc.)

第三十五条 後見、保佐又は補助（以下「後見等」と総称する。）は、被後見人、被保佐人又は被補助人（次項において「被後見人等」と総称する。）の本国法による。

Article 35 (1). Guardianship, curatorship or assistance (hereinafter collectively referred to as "Guardianship, etc.") shall be governed by the national law of a ward, person under curatorship or person under assistance (collectively referred to as a "Ward, etc." in paragraph (2)).

2 前項の規定にかかわらず、外国人が被後見人等である場合であって、次に掲げるときは、後見人、保佐人又は補助人の選任の審判その他の後見等に関する審判については、日本法による。

(2) Notwithstanding the preceding paragraph, in the following cases where a foreign national is a Ward, etc., a ruling of appointment of a guardian, curator or assistant and other ruling concerning Guardianship, etc. shall be governed by Japanese law:

- 一 当該外国人の本国法によればその者について後見等が開始する原因がある場合であって、日本における後見等の事務を行う者がいないとき。
- (i) where the grounds for commencement of Guardianship, etc. of the foreign national exist under his/her national law, and there is no person to conduct the affairs of Guardianship, etc. in Japan; or
- 二 日本において当該外国人について後見開始の審判等があったとき。
- (ii) where a Ruling for Commencement of Guardianship, etc. of the foreign national is made in Japan.

第六節 相続

Section 6. Inheritance

(相続)

(Inheritance)

第三十六条 相続は、被相続人の本国法による。

Article 36. Inheritance shall be governed by the national law of the decedent.

(遺言)

(Will)

第三十七条 遺言の成立及び効力は、その成立の当時における遺言者の本国法による。

Article 37 (1). The formation and effect of a will shall be governed by the national law of a testator at the time of the formation.

2 遺言の取消しは、その当時における遺言者の本国法による。

(2) The rescission of a will shall be governed by the national law of a testator at the time of the rescission.

第七節 補則

Section 7. Auxiliary Provisions

(本国法)

(National Law)

第三十八条 当事者が二以上の国籍を有する場合には、その国籍を有する国のうちに当事者が常居所を有する国があるときはその国の法を、その国籍を有する国のうちに当事者が常居所を有する国がないときは当事者に最も密接な関係がある国の法を当事者の本国法とする。ただし、その国籍のうちのいずれかが日本の国籍であるときは、日本法を当事者の本国法とする。

Article 38 (1). Where a party concerned has two or more nationalities, the party's national law shall be the law of the country of his/her nationality where he/she has habitual residence, or, the law of the country with which the party is most closely connected if there is no such country of his/her nationality where the party has habitual residence; provided, however, that if one of those nationalities is Japanese, Japanese law shall be the party's national law.

2 当事者の本国法によるべき場合において、当事者が国籍を有しないときは、その常居所地法による。ただし、第二十五条（第二十六条第一項及び第二十七条において準用する場合を含む。）及び第三十二条の規定の適用については、この限りでない。

(2) In cases where the national law of a party concerned shall govern, if the party has no nationality, the law of his/her habitual residence shall govern; provided, however, that this shall not apply with regard to the application of Article 25 (including cases where it is applied mutatis mutandis pursuant to Article 26, paragraph (1) and Article 27) and Article 32.

3 当事者が地域により法を異にする国の国籍を有する場合には、その国の規則に従い指定される法（そのような規則がない場合にあつては、当事者に最も密接な関係がある地域の法）を当事者の本国法とする。

(3) Where a party concerned has nationality in a country where different laws are applied in different regions, his/her national law shall be the law designated in accordance with the rules of the country (in the absence of such rules, the law of the region with which the party is most closely connected).

(常居所地法)

(Law of Habitual Residence)

第三十九条 当事者の常居所地法によるべき場合において、その常居所が知れないときは、その居所地法による。ただし、第二十五条（第二十六条第一項及び第二十七条において準用する場合を含む。）の規定の適用については、この限りでない。

Article 39. In cases where the law of a party's habitual residence shall govern, if his/her habitual residence is unknown, the law of his/her residence shall govern; provided, however, that this shall not apply with regard to the application of Article 25 (including cases where it is applied mutatis mutandis pursuant to Article 26, paragraph (1) and Article 27).

(人的に法を異にする国又は地の法)

(Law of Country or Place Where Different Laws Are Applied According to Person's Status)

第四十条 当事者が人的に法を異にする国の国籍を有する場合には、その国の規則に従い指定される法（そのような規則がない場合にあつては、当事者に最も密接な関係がある法）を当事者の本国法とする。

Article 40 (1). Where a party concerned has nationality in a country where different laws are applied according to a person's status, his/her national law shall be the law designated in accordance with the rules of the country (in the absence of such rules, the law with which the party is most closely connected).

2 前項の規定は、当事者の常居所地が人的に法を異にする場合における当事者の常居所地法で第二十五条（第二十六条第一項及び第二十七条において準用する場合を含む。）、第二十六条第二項第二号、第三十二条又は第三十八条第二項の規定により適用されるもの及び夫婦に最も密接な関係がある地が人的に法を異にする場合における夫婦に最も密接な関係がある地の法について準用する。

(2) The preceding paragraph shall apply *mutatis mutandis* to the law of a party's habitual residence that is applicable under Article 25 (including cases where they are applied *mutatis mutandis* pursuant to Article 26, paragraph (1) and Article 27), Article 26, paragraph (2), item (ii), Article 32 or Article 38, paragraph (2) in cases where different laws are applied according to a person's status in the place of the party's habitual residence, and to the law of the place with which a husband and wife are most closely connected in cases where different laws are applied according to a person's status in the place with which the husband and wife are most closely connected.

(反致)

(Renvoi)

第四十一条 当事者の本国法によるべき場合において、その国の法に従えば日本法によるべきときは、日本法による。ただし、第二十五条（第二十六条第一項及び第二十七条において準用する場合を含む。）又は第三十二条の規定により当事者の本国法によるべき場合は、この限りでない。

Article 41. In cases where the national law of a party concerned shall govern, if Japanese law shall govern in accordance with the law of the country of the national law, Japanese law shall govern; provided, however, that this shall not apply where the national law of a party shall govern under Article 25 (including cases where it is applied *mutatis mutandis* pursuant to Article 26, paragraph (1) and Article 27) or Article 32.

(公序)

(Public Policy)

第四十二条 外国法によるべき場合において、その規定の適用が公の秩序又は善良の風俗に反するときは、これを適用しない。

Article 42. In cases where a foreign law shall govern, if the application of those provisions of the foreign law is against public policy, those provisions shall not apply.

(適用除外)

(Exclusions from Application)

第四十三条 この章の規定は、夫婦、親子その他の親族関係から生ずる扶養の義務については、適用しない。ただし、第三十九条本文の規定の適用については、この限りでない。

Article 43 (1). The provisions of this Chapter, except for the main clause of Article 39, shall not apply to the obligations to support arising from the relationship between a husband and wife, parents and their child, and other family relationships.

2 この章の規定は、遺言の方式については、適用しない。ただし、第三十八条第二項本文、第三十九条本文及び第四十条の規定の適用については、この限りでない。

(2) The provisions of this Chapter, except for the main clause of Article 38, paragraph (2), the main clause of Article 39, and Article 40, shall not apply to the formalities for a will.

附 則 [抄]

Supplementary Provisions [Extract]

(施行期日)

(Effective Date)

第一条 この法律は、公布の日から起算して一年を超えない範囲内において政令で定める日から施行する。

Article 1. This Act shall come into effect from the day specified by Cabinet Order within a period not exceeding one year from the date of promulgation.

(経過措置)

(Transitional Measures)

第二条 改正後の法の適用に関する通則法(以下「新法」という。)の規定は、次条の規定による場合を除き、この法律の施行の日(以下「施行日」という。)前に生じた事項にも適用する。

Article 2. The provisions of the Act on General Rules for Application of Laws after revision (hereinafter referred to as the “New Act”), except under the next Article, shall also apply to matters that have arisen prior to the date of the effectuation of this Act (hereinafter referred to as the “Date of Effectuation”).

第三条 施行日前にされた法律行為の当事者の能力については、新法第四条の規定にかかわらず、なお従前の例による。

Article 3 (1). With regard to the capacity of a person to perform a juridical act done prior to the Date of Effectuation, the provisions then in force shall remain applicable, notwithstanding Article 4 of the New Act.

2 施行日前にされた申立てに係る後見開始の審判等及び失踪の宣告については、新法第五条及び第六条の規定にかかわらず、なお従前の例による。

(2) With regard to a Ruling for Commencement of Guardianship, etc. and adjudication of disappearance based on a petition filed prior to the Date of Effectuation, the provisions then in force shall remain applicable, notwithstanding Article 5 and Article 6 of the New Act.

3 施行日前にされた法律行為の成立及び効力並びに方式については、新法第八条から第十二条までの規定にかかわらず、なお従前の例による。

(3) With regard to the formation and effect of a juridical act done prior to the Date of Effectuation and the formalities for such act, the provisions then in force shall remain applicable, notwithstanding Article 8 to Article 12 of the New Act.

4 施行日前にその原因となる事実が発生した事務管理及び不当利得並びに施行日前に加害行為の結果が発生した不法行為によって生ずる債権の成立及び効力については、新法第十五条から第二十一条までの規定にかかわらず、なお従前の例による。

(4) With regard to the formation and effect of a claim arising from management without mandate and unjust enrichment for which the facts constituting the cause occurred prior to the Date of Effectuation, and a claim arising from a tort for which the result of the wrongful act occurred prior to the Date of Enforcement, notwithstanding Article 15 to Article 21 of the New Act, the provisions then in force shall remain applicable.

5 施行日前にされた債権の譲渡の債務者その他の第三者に対する効力については、新法第二十三条の規定にかかわらず、なお従前の例による。

(5) With regard to the effect of an assignment of a claim done prior to the Date of Effectuation against the debtor and third parties, the provisions then in force shall remain applicable, notwithstanding Article 23 of the New Act.

6 施行日前にされた親族関係（改正前の法例第十四条から第二十一条までに規定する親族関係を除く。）についての法律行為の方式については、新法第三十四条の規定にかかわらず、なお従前の例による。

(6) With regard to the formalities for a juridical act concerning a family relationship (excluding the family relationships prescribed in Article 14 to Article 21 of the Act on General Rules for Application of Law prior to revision) done prior to the date of Effectuation, the provisions then in force shall remain applicable, notwithstanding Article 34 of the New Act.

7 施行日前にされた申立てに係る後見人、保佐人又は補助人の選任の審判その他の後見等に関する審判については、新法第三十五条第二項の規定にかかわらず、なお従前の例による。

(7) With regard to a ruling of appointment of a guardian, curator or assistant or any other ruling concerning Guardianship, etc. based on a petition filed prior to the Date of Effectuation, the provisions then in force shall remain applicable, notwithstanding Article 35, paragraph (2) of the New Act.

Ustawa o zasadach ogólnych dla stosowania praw

z dnia 21 czerwca 2006 r.

Rozdział I. Postanowienia ogólne (art. 1)

Rozdział II. Ogólne zasady prawa (art. 2—3)

Rozdział III. Ogólne zasady dla prawa stanowionego

Dział I. Osoby (art. 4—6)

Dział II. Czynności prawne (art. 7—12)

Dział III. Prawa rzeczowe (art. 13)

Dział IV. Roszczenia (art. 14—23)

Dział V. Część rodzinna (art. 24—35)

Dział VI. Spadki (art. 36—37)

Dział VII. Przepisy pomocnicze (art. 38—43)

Przepisy uzupełniające

Rozdział I. Postanowienia ogólne

(Cel)

Art. 1. Niniejsza ustawa reguluje ogólne zasady stosowania praw.

Rozdział II. Ogólne zasady prawa

(Wejście w życie)

Art. 2. Ustawa wchodzi w życie z upływem 20 dni od dnia jej ogłoszenia, chyba że inny okres został przewidziany w przepisach odrębnych.

(Zwyczaj wiąże tak jak prawo)

Art. 3. Zwyczaj, który nie narusza zasad współżycia społecznego, jest tak samo wiążący jak prawo stanowione, w zakresie, w którym jest on dozwolony przepisami prawa lub odnosi się do materii nieuregulowanej prawnie.

Rozdział III. Ogólne zasady stosowania prawa stanowionego

Dział I. Osoby

(Zdolność do czynności prawnych)

Art. 4 § 1. Zdolność do czynności prawnych wynika z prawa ojczystego.

§ 2. Niezależnie od poprzedniego paragrafu, jeśli osoba, której zdolność do czynności prawnej została ograniczona na mocy przepisów ojczystych, ale czynność prawna została dokonana w państwie, którego przepisy nadają jej pełną zdolność do czynności prawnych (*lex loci actus*), uważa się, że ma ona pełną zdolność do czynności prawnych, jednak tylko, jeśli wszystkie strony czynności prawnej przebywały na obszarze jurysdykcji tego państwa.

§ 3. Przepisu poprzedniego paragrafu nie stosuje się dla prawa rodzinnego oraz spadkowego, oraz jeśli czynność prawna dotyczy rzeczy, która podlega prawu innego państwa niż tego, w którym czynność prawna została dokonana.

(Orzeczenie o rozpoczęciu opieki)

Art. 5. Sąd może ustanowić opiekę, kuratelę lub wsparcie (od teraz zbiorczo określane „ustanowieniem opieki”), stosując przepisy japońskie, jeśli osoba, która ma być poddana opiece, kurateli lub wsparciu, ma miejsce zamieszkania lub siedziby w Japonii, lub jeśli ma obywatelstwo japońskie.

(Uznanie za zmarłego)

Art. 6 § 1. Sąd może uznać za zmarłego w świetle przepisów prawa japońskiego, jeśli zaginiony miał w Japonii miejsce zamieszkania lub miał japońskie obywatelstwo w ostatnim momencie, w którym wedle dostępnych informacji jeszcze żył.

§ 2. W sytuacji, w której nie stosuje się poprzedniego paragrafu, jednak majątek zaginionego jest zlokalizowany w Japonii, lub jeśli zaginiony ma stosunki prawne podlegające prawu japońskiemu, lub połączone z Japonią w świetle natury tego stosunku prawnego, miejsca zamieszkania, narodowości lub innych okoliczności, sąd może uznać za zmarłego, jednak wyłącznie odpowiednio w stosunku do danego majątku lub danego stosunku prawnego.

Dział II. Czynności prawne

(Wybór prawa właściwego)

Art. 7. Do powstania oraz skutków czynności prawnej powinno się stosować przepisy prawa właściwego wybranego przez strony w chwili dokonywania tej czynności.

(Skutki niedokonania wyboru prawa właściwego przez strony)

Art. 8 § 1. W razie braku dokonania wyboru, o którym mowa w poprzedzającym artykule, do zawarcia oraz skutków czynności prawnej stosuje się przepisy państwa, z którym czynność prawna jest najściślej związana.

§ 2. W przypadku określonym w poprzedzającym paragrafie, jeśli tylko jedna strona czynności prawnej zobowiązuje się do konkretnego działania, do czynności prawnej stosuje się prawo miejsca zwykłego pobytu tej strony, która zobowiązała się do określonego działania. Jeśli stroną zobowiązaną jest przedsiębiorca, stosuje się prawo właściwe dla miejsca prowadzenia działalności tego przedsiębiorcy. Jeśli przedsiębiorca prowadzi działalność w kilku państwach, to stosuje się prawo właściwe dla siedziby przedsiębiorcy.

§ 3. W przypadku określonym w § 1, jeśli przedmiotem czynności prawnej jest nieruchomość (*lex rei sitae*), to zakłada się, że prawo miejsca położenia tej nieruchomości jest najściślej związane z tą czynnością prawną.

(Zmiana prawa właściwego przez strony)

Art. 9. Strony mogą zmienić prawo właściwe dla stosunku prawnego, jednak jeśli zmiana prawa właściwego miałaby skutkować pokrzywdzeniem osób trzecich, zmiany te nie wpływają na sytuację prawną osób trzecich.

(Forma czynności prawnej)

Art. 10 § 1. Forma czynności prawnej wynika z prawa właściwego dla czynności prawnej lub pierwotnego prawa właściwego, jeśli zostało ono zmienione na mocy poprzedniego artykułu.

§ 2. Niezależnie od poprzedniego artykułu, zachowanie formy czynności prawnej wymaganej w miejscu dokonania tej czynności skutkuje ważnością tej czynności prawnej.

§ 3. Na potrzeby poprzedniego paragrafu istnieje domniemanie, że jeśli oświadczenie woli wysłane jest osobie znajdującej się w miejscu objętym innym systemem prawnym, miejscem dokonania czynności prawnej jest miejsce, z którego to oświadczenie zostało wysłane.

§ 4. Paragrafy 2 i 3 nie mają zastosowania do formy umów zawieranych między osobami znajdującymi się w różnych systemach prawnych. W tym wypadku, niezależnie od § 1, w odniesieniu do formy czynności prawnej właściwe jest prawo państwa, z którego oferta została wysłana, albo prawo państwa, z którego została wysłana odpowiedź na ofertę.

§ 5. Poprzedzających trzech paragrafów nie stosuje się do formy czynności prawnych związanych z utworzeniem lub zbyciem prawa rzeczowego wymagającego rejestracji w odniesieniu do rzeczy ruchomych, nieruchomości oraz innych praw.

(Przepisy szczególne dla umów konsumenckich)

Art. 11 § 1. Nawet jeżeli prawem właściwym do zawierania oraz wykonywania umowy (z wyłączeniem umowy o pracę, na potrzeby tego artykułu nazywanej Umową konsumencką) pomiędzy konsumentem (w znaczeniu osoby fizycznej, z wyłączeniem osoby fizycznej, która zawiera umowę w ramach działalności gospodarczej albo dla celów działalności gospodarczej, definicja dotyczy całego artykułu) a przedsiębiorcą (w znaczeniu osoby prawnej, stowarzyszenia albo fundacji, lub osoby fizycznej, która zawiera umowę w ramach prowadzonej działalności gospodarczej albo dla celów działalności gospodarczej, definicja dotyczy całego artykułu) w wyniku wyboru albo zmiany, zgodnie z art. 7 lub art. 9, jest prawo inne niż właściwe dla miejsca zwykłego pobytu konsumenta, jeśli konsument przedstawi przedsiębiorcy przepisy bezwzględnie obowiązujące w zwykłym miejscu pobytu konsumenta, te przepisy powinny zostać zastosowane w odniesieniu do zawierania oraz wykonywania Umowy konsumenckiej.

§ 2. Niezależnie od art. 8, w razie braku wyboru prawa właściwego zgodnie z art. 7, w odniesieniu do zawierania oraz wykonywania Umowy konsumenckiej stosuje się prawo miejsca zwykłego pobytu konsumenta.

§ 3. Nawet jeżeli prawem właściwym do zawarcia Umowy konsumenckiej zostało zgodnie z art. 7 wybrane prawo inne niż prawo miejsca zwykłego pobytu konsumenta, jeśli konsument złoży oświadczenie woli przedsiębiorcy, że przepisy bezwzględnie obowiązujące dotyczące formy Umów konsumenckich powinny mieć zastosowanie, przepisy te mają wyłączne zastosowanie do zawierania oraz wykonywania umowy z pominięciem § 1, § 2 oraz § 4.

§ 4. Jeżeli prawem właściwym do zawarcia Umowy konsumenckiej zostało zgodnie z art. 7 wybrane prawo miejsca zwykłego pobytu konsumenta, jeśli konsument wyrazi oświadczenie woli przedsiębiorcy, że forma czynności prawnej powinna być regulowana wyłącznie przez prawo miejsca zwykłego pobytu konsumenta, forma czynności prawnej powinna być

wyłącznie regulowana przez prawo miejsca zwykłego pobytu konsumenta, niezależnie od § 2 oraz § 4 poprzedniego artykułu.

§ 5. W razie braku wyboru prawa właściwego zgodnie z art. 7 w stosunku do zawierania Umów konsumenckich, pomijając § 1, § 2 i § 4 poprzedniego artykułu, dla formy Umowy konsumenckiej prawem właściwym jest prawo miejsca zwykłego pobytu konsumenta.

§ 6. Przepisów poprzedzających paragrafów niniejszego artykułu nie stosuje się w przypadku:

- a) gdy miejsce prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorcy, będącego stroną Umowy konsumenckiej, znajduje się w innym systemie prawnym niż miejsce zwykłego pobytu konsumenta, a konsument przemieścił się do miejsca objętego tym samym prawem, co prawo obowiązujące w miejscu prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę, żeby zawrzeć tam umowę; przepisu tego nie stosuje się, gdy konsument przebywał w swoim miejscu zwykłego pobytu, ale został zaproszony przez przedsiębiorcę do zawarcia Umowy konsumenckiej w miejscu podlegającym systemowi prawnemu miejsca prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę;
- b) gdy miejsce prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorcy, będącego stroną Umowy konsumenckiej, znajduje się w innym systemie prawnym niż miejsce zwykłego pobytu konsumenta, a konsument otrzymał lub miał otrzymać całość świadczenia wynikającego ze stosunku zobowiązaniowego z Umowy konsumenckiej w miejscu objętym tym samym prawem, co prawo obowiązujące w miejscu prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę; przepisu tego nie stosuje się, gdy konsument przebywał w miejscu swojego zwykłego pobytu, ale został zaproszony przez przedsiębiorcę do odebrania całości świadczenia wynikającego z Umowy konsumenckiej w miejscu podlegającym systemowi prawnemu miejsca prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę;
- c) jeśli przedsiębiorca nie znał miejsca zwykłego pobytu konsumenta w momencie zawierania Umowy konsumenckiej i przy dochowaniu należytej staranności nie mógł go poznać, albo
- d) gdy w czasie zawierania Umowy konsumenckiej przedsiębiorca działał pod wpływem błędu, że zawiera ją ze stroną niebędącą konsumentem i przy dołożeniu należytej staranności nie mógł się tego domyślić.

(Przepisy szczególne dla umów o pracę)

Art. 12 § 1. Nawet jeżeli prawem właściwym wybranym zgodnie z art. 7 albo art. 9 dla zawarcia oraz skutków umowy o pracę jest prawo inne niż prawo miejsca, z którym umowa o pracę jest najściślej związana, je-

śli pracownik wyrazi swoją wolę pracodawcy, że konkretne przepisy powszechnie obowiązujące z prawa miejsca, z którym umowa o pracę jest najściślej związana, powinny obowiązywać w stosunku do tej umowy o pracę, przepisy te będą wiążące dla tego stosunku pracy. Dotyczy to również przepisów o zawarciu oraz skutkach umowy o pracę.

§ 2. Na potrzeby stosowania poprzedniego paragrafu zakłada się, że prawo miejsca wykonywania pracy (jeśli miejsca nie da się jednoznacznie określić — prawo miejsca prowadzenia działalności gospodarczej, gdzie pracownik wykonuje pracę; stosuje się to również do § 3) jest prawem najściślej związanym z tą umową o pracę.

§ 3. W razie braku wyboru prawa właściwego zgodnie z art. 7 albo art. 9 w stosunku do zawarcia oraz wykonywania umowy o pracę, niezależnie od § 3 art. 8, zakłada się, że prawo obowiązujące w miejscu świadczenia pracy wynikającym z umowy o pracę jest prawem najściślej związanym w stosunku do zawierania oraz skutków tej umowy o pracę.

Dział III. Prawa rzeczowe (*Ius in rem*)

(Prawa rzeczowe i inne prawa wymagające rejestracji)

Art. 13 § 1. Prawa rzeczowe dotyczące ruchomości lub nieruchomości oraz każde inne prawo wymagające rejestracji podlegają prawu miejsca, w którym ten przedmiot prawa się znajduje.

§ 2. Niezależnie od poprzedniego paragrafu, do nabycia oraz zbycia praw, o których mowa w poprzednim paragrafie, stosuje się przepisy prawa miejsca, w którym przedmiot prawa się znajduje w momencie zdarzenia, na mocy którego to nabycie lub zbycie zostało dokonane.

Dział IV. Roszczenia

(Prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia oraz bezpodstawne wzbogacenie)

Art. 14. Dla powstania oraz skutków roszczenia wynikającego z prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia (*negotiorum gestio*) lub bezpodstawnego wzbogacenia prawem właściwym jest prawo miejsca, w którym nastąpiło zdarzenie, które ukonstytuowało powstanie tego roszczenia.

(Wyjątek dla spraw, których miejscem oczywiście ściślej związanym jest miejsce inne niż miejsce zdarzenia)

Art. 15. Niezależnie od poprzedniego artykułu, dla powstania oraz skutków roszczenia wynikającego z prowadzenia cudzych spraw bez

zlecenia lub bezpodstawnego wzbogacenia prawem właściwym jest prawo miejsca, które jest oczywiście ściślej związane z roszczeniem wynikłym z prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia lub bezpodstawnego wzbogacenia, a nie prawo miejsca, które wynikałoby z poprzedzającego artykułu, jeśli strony mają swoje zwykłe miejsca pobytu podlegające pod ten sam system prawny w momencie zdarzenia konstytuującego roszczenie wynikające z prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia lub bezpodstawnego wzbogacenia, lub jeśli to prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia nastąpiło, lub bezpodstawne wzbogacenie powstało, w związku z umową zawartą między stronami albo w wyniku jakichkolwiek innych okoliczności.

(Zmiana prawa właściwego przez strony)

Art. 16. Strony stosunku wynikającego z prowadzenia spraw bez zlecenia lub bezpodstawnego wzbogacenia mogą zmienić prawo właściwe dla powstania oraz skutków roszczeń wynikłych z prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia oraz roszczeń wynikających z bezpodstawnego wzbogacenia po nastąpieniu zdarzenia, które ukonstytuowało to roszczenie, jednak jeśli zmiana prawa właściwego miałaby skutkować pokrzywdzeniem osób trzecich, zmiany nie wpływają na sytuację prawną tych osób.

(Delikty)

Art. 17. Prawem właściwym dla powstania oraz skutków wynikających z roszczeń wynikających z deliktów jest prawo miejsca, w którym nastąpił skutek czynu niedozwolonego, chyba że wystąpienia tego skutku w tym miejscu nie można było w normalnych okolicznościach przewidzieć; wtedy prawem właściwym jest prawo miejsca popełnienia czynu.

(Przepisy szczególne dla odpowiedzialności za produkt)

Art. 18. Niezależnie od poprzedniego artykułu, dla roszczenia powstałego z deliktu, w wyniku którego nastąpił uszczerbek na zdrowiu, ciele albo mieniu innych osób spowodowany wadą dostarczonego produktu (na potrzeby tego artykułu rozumianego jako rzecz wytworzona albo przetworzona), przeciwko producentowi (na potrzeby tego artykułu rozumianemu jako osoba, która wyprodukowała, przetworzyła, importowała, eksportowała, dystrybuowała lub sprzedała rzecz w obrocie handlowym), albo osobie, która przez umieszczenie na produkcie swojej nazwy, znaku towarowego lub innego oznaczenia odróżniającego podaje się za producenta (na potrzeby tego artykułu nazwanych zbiorczo producentem), dla powstania i skutków takiego roszczenia właściwe jest prawo miejsca, w którym poszkodowany otrzymał tę rzecz, chyba że dostarczenia w to miejsce nie można było w normalnych warunkach przewidzieć, wtedy

właściwe jest prawo miejsca, w którym producent ma swoją siedzibę, a w razie jej braku prawo jego miejsca zwykłego pobytu.

(Przepisy szczególne dla zniesławienia)

Art. 19. Niezależnie od art. 17, dla powstania oraz skutków roszczenia powstałego w wyniku zniesławienia prawem właściwym jest prawo miejsca zwykłego pobytu pokrzywdzonego (jeśli pokrzywdzonym jest osoba prawna, stowarzyszenie albo fundacja — prawo właściwe dla głównego miejsca prowadzenia działalności).

(Wyjątek dla spraw, których miejscem oczywiście ściślej związanym jest miejsce inne niż miejsce zdarzenia)

Art. 20. Niezależnie od poprzednich trzech artykułów, dla powstania oraz skutków roszczeń wynikających z deliktów prawem właściwym jest prawo miejsca, które jest oczywiście ściślej związane niż miejsce, które wynikałoby z poprzedzających artykułów, jeśli strony mają swoje miejsce zwykłego pobytu podlegające temu samemu systemowi prawnemu w momencie popełnienia deliktu, a delikt został popełniony w wyniku niewłaściwego wykonania zobowiązania, wynikającego z umowy, albo w wyniku jakichkolwiek innych okoliczności.

(Zmiana prawa właściwego przez strony)

Art. 21. Strony stosunku wynikającego z deliktu mogą, po zaistnieniu deliktu, zmienić prawo właściwe dla powstania oraz skutków dla roszczeń wynikających z deliktu, jednak jeśli zmiana prawa właściwego miałaby skutkować pokrzywdzeniem osób trzecich, zmiany nie wpływają na sytuację prawną tych osób.

(Klauzula *Ordre public* w odniesieniu do deliktów)

Art. 22 § 1. W przypadku gdy delikt podlega prawu obcemu, jeśli zdarzenia, do których zastosowanie miałyby prawo obce, nie konstytuują deliktu według prawa japońskiego, nie można dochodzić odszkodowań wynikających z prawa obcego za szkody ani żadnych innych roszczeń naprawczych.

§ 2. W przypadku gdy delikt podlega prawu obcemu, a fakty, do których zastosowanie miałyby prawo obce, konstytuują delikt zarówno w prawie obcym, jak i prawie japońskim, pokrzywdzony może dochodzić tylko takich roszczeń, które są dozwolone przez prawo japońskie.

(Cesja wierzytelności)

Art. 23. Dla skutków cesji wierzytelności wobec dłużnika oraz osób trzecich prawem właściwym jest prawo, któremu podlega cedowana wierzytelność.

Dział V. Część rodzinna

(Zawarcie oraz forma zawarcia małżeństwa)

Art. 24 § 1. Zawarcie małżeństwa powinno podlegać prawu ojczystemu każdego z małżonków.

§ 2. Forma zawarcia małżeństwa podlega prawu miejsca, w którym małżeństwo zostaje zawarte (*lex loci celebrationis*).

§ 3. Niezależnie od poprzedniego artykułu, forma, która jest zgodna z prawem ojczystem jednego z małżonków, jest ważna. Jednak reguła ta nie ma zastosowania, jeśli małżeństwo zawierane jest w Japonii, a jedna ze stron jest Japończykiem.

(Skutki zawarcia małżeństwa)

Art. 25. Do skutków zawarcia małżeństwa stosuje się prawo ojczyste męża i żony, jeśli jest ono tożsame, a jeśli nie, prawo zwykłego miejsca pobytu męża i żony, jeśli jest ono tożsame, a jeśli oba warunki nie są spełnione, właściwe jest prawo miejsca najściślej związanego z mężem i żoną.

(Małżeński ustrój majątkowy)

Art. 26 § 1. Przepisy poprzedniego artykułu mają odpowiednie zastosowanie do małżeńskiego ustroju majątkowego.

§ 2. Niezależnie od poprzedzającego paragrafu, jeśli mąż i żona wskazali jedno z praw wymienionych niżej, w formie pisemnej, z oznaczeniem daty, jako prawo właściwe dla ustroju małżeńskiego majątkowego, podlega on pod wskazane prawo. Wskazanie to skuteczne jest wyłącznie na przyszłość i może dotyczyć:

- a) prawa państwa, którego obywatelstwo ma mąż albo żona;
- b) prawa miejsca zwykłego pobytu męża lub żony;
- c) w stosunku do ustroju małżeńskiego majątkowego obejmującego nieruchomości — prawa miejsca, w którym nieruchomości się znajduje.

§ 3. Na ustrój małżeński majątkowy, do którego zastosowanie ma prawo obce zgodnie z poprzedzającymi paragrafami, nie można się powołać względem osoby trzeciej, jeśli ta o tym nie wiedziała, w stopniu, w którym dotyczy to czynności prawnej dokonanej w Japonii lub majątku

znajdującego się na terytorium Japonii. W takim wypadku w stosunku do osoby trzeciej ustrój majątkowy małżeński reguluje prawo japońskie.

§ 4. Niezależnie od poprzedzającego paragrafu, jeśli umowa małżeńska majątkowa zawarta została w ramach prawa obcego, zgodnie z § 1 lub § 2 niniejszego artykułu, można się na taką umowę powołać, jeśli została ona zarejestrowana w Japonii.

(Rozwód)

Art. 27. Artykuł 25 ma odpowiednie zastosowanie do rozwodów, jednak jeśli jeden z małżonków jest Japończykiem, a jego miejsce zwykłego pobytu znajduje się w Japonii, do rozwodu stosuje się prawo japońskie.

(Powstanie stosunku rodzicielstwa w przypadku dzieci urodzonych ze związku małżeńskiego)

Art. 28 § 1. Jeśli istnieje domniemanie pochodzenia dziecka z małżeństwa z chwilą narodzin wynikające z prawa ojczystego męża albo żony, domniemanie to jest skuteczne.

§ 2. Jeśli mąż zmarł przed narodzeniem się dziecka, prawo ojczyste z chwili jego śmierci uznawane jest jako jego prawo ojczyste, o którym mowa w poprzednim paragrafie.

(Powstanie stosunku rodzicielstwa w przypadku dzieci urodzonych poza związkiem małżeńskim)

Art. 29 § 1. W przypadku dziecka urodzonego poza związkiem małżeńskim dla stosunku rodzicielstwa w odniesieniu do ojca stosuje się przepisy prawa ojczystego ojca z chwili narodzenia dziecka, a w stosunku do matki — przepisy jej prawa ojczystego w tym czasie. W przypadku, w którym powstanie stosunku rodzicielstwa wynika z uznania rodzicielstwa, a wymagane jest potwierdzenie albo zgoda dziecka, albo osoby trzeciej dla uznania wedle prawa ojczystego dziecka w chwili uznania, warunki te powinny zostać spełnione.

§ 2. Do uznania dziecka stosuje się przepisy zdania pierwszego poprzedniego paragrafu lub prawo ojczyste osoby, która dziecko uznaje z chwili jego uznania. W wypadku, gdy prawem właściwym będzie prawo ojczyste osoby uznającej dziecko, przepisy drugiego zdania poprzedniego artykułu mają zastosowanie odpowiednio.

§ 3. Jeżeli ojciec dziecka zmarł przed narodzinami dziecka, prawo ojczyste ojca z chwili jego śmierci domniemywa się jako prawo ojczyste określone w § 1. Jeśli osoba, o której mowa w poprzednim paragrafie, umrze

przed uznaniem rodzicielstwa, prawo ojczyście tej osoby z chwili śmierci domniemywa się jako prawo ojczyście określone w tym paragrafie.

(Uznanie dziecka za pochodzące ze związku małżeńskiego)

Art. 30 § 1. Dziecko powinno zyskać status pochodzenia ze związku małżeńskiego, jeśli jest ono uznawane za takie przez prawo ojczyście ojca lub matki, albo prawo ojczyście dziecka w chwili spełnienia się zdarzenia konstytuującego uznanie.

§ 2. Jeśli osoba, o której mowa w poprzednim paragrafie, umrze zanim nastąpi zdarzenie konstytuujące uznanie, prawo ojczyście tej osoby z chwili jej śmierci domniemywa się jako prawo ojczyście określone w tym paragrafie.

(Przysposobienie)

Art. 31 § 1. Do przysposobienia stosuje się przepisy prawa ojczyściego rodzica przysposabiającego z chwili przysposobienia. W przypadku gdy wymagane jest uzyskanie akceptacji lub zgody osoby przysposabianej lub osoby trzeciej, albo gdy wymagane jest pozwolenie, albo potrzebne jest wydanie decyzji administracyjnej dla przysposobienia w świetle prawa ojczyściego osoby przysposabianej, takie warunki również należy spełnić.

§ 2. Do wygaśnięcia stosunków rodzinnych pomiędzy osobą przysposabianą a jej krewnymi oraz do rozwiązania przysposobienia stosuje się prawo ojczyście określone w zdaniu pierwszym poprzedzającego paragrafu.

(Stosunki prawne pomiędzy dzieckiem i rodzicami)

Art. 32. Do stosunków prawnych między rodzicami a ich dzieckiem stosuje się przepisy prawa ojczyściego dziecka, jeśli jest ono tożsame z prawem ojczyściem matki lub ojca (w przypadku gdy jedno z rodziców nie żyje lub jest nieznanne — prawo ojczyście drugiego rodzica), a w innych przypadkach prawo zwykłego pobytu dziecka.

(Inne stosunki rodzinne)

Art. 33. Do stosunków rodzinnych, praw i obowiązków wynikających z innych niż opisane w art. 24—32 okoliczności stosuje się przepisy właściwe dla stron tych stosunków.

(Forma czynności prawnej związanej ze stosunkiem rodzinnym)

Art. 34 § 1. Do formy czynności prawnej związanej ze stosunkami rodzinnymi opisanymi w art. 25—33 stosuje się prawo właściwe dla dokonania tej czynności prawnej.

§ 2. Niezależnie od poprzedzającego paragrafu, dochowanie formy spełniającej warunki w miejscu, w którym dana czynność zostaje dokonana, skutkuje ważnością czynności prawnej.

(Opieka, kuratela i wsparcie¹)

Art. 35 § 1. Do opieki, kurateli i wsparcia (dalej zbiorczo nazywanych „Opieką”) stosuje się prawo ojczyste osoby pozostającej pod opieką, osoby pozostającej pod kuratelą lub osoby wspieranej (w § 2 zbiorczo określonych jako „Osoba pozostająca pod opieką”).

§ 2. Niezależnie od poprzedzającego paragrafu, w następujących przypadkach, gdy cudzoziemiec jest Osobą pozostającą pod opieką, orzeczenie o mianowaniu opiekuna, kuratora lub osoby wspierającej oraz w innych sprawach z zakresu Opieki zastosowanie ma prawo japońskie:

- a) gdy podstawy dla ustanowienia Opieki cudzoziemca istnieją zgodnie z jego prawem ojczystym, a nie ma nikogo, kto mógłby spełniać zadania z zakresu Opieki na terenie Japonii lub
- b) gdy orzeczenie o ustanowieniu Opieki dla cudzoziemca zostało wydane w Japonii.

Dział VI. Spadki

(Spadek)

Art. 36. Do spadku stosuje się prawo ojczyste zmarłego.

(Testament)

Art. 37 § 1. Do spisania oraz skutków testamentu stosuje się przepisy prawa ojczystego testatora z chwili jego spisania.

§ 2. Do odwołania testamentu stosuje się przepisy prawa ojczystego testatora z chwili odwołania.

¹ Od tłumacza: Wsparcie jest rdzennie japońską instytucją prawną. Charakteryzuje się ona najmniejszą ingerencją w wolność objętej nią jednostki. Udzielana jest w tej samej procedurze, co opieka i kuratela, czyli sądowno, na wniosek osoby mającej być poddaną wsparciu, jej małżonka lub członka rodziny do czwartego stopnia. Elementami odróżniającymi wsparcie od kurateli jest brak utraty prawa wykonywania zawodu oraz obowiązku ustąpienia z pełnionej funkcji publicznej w razie jej orzeczenia. Natomiast zakres odpowiedzialności za czynności osoby objętej wsparciem nie wynika z mocy ustawy, a z oświadczenia osoby wspierającej.

Dział VII. Przepisy pomocnicze

(Prawo ojczyście)

Art. 38 § 1. Jeśli strona stosunku ma dwa lub więcej obywatelstw, prawem ojczyście jest prawo państwa, którego obywatelstwo ma strona, w którym ma ona swoje miejsce zwykłego pobytu albo prawo państwa, z którym strona jest najściślej związana. W razie braku takiego miejsca prawo ojczyście określa się na podstawie miejsca zwykłego pobytu. Chyba że jedno z obywatelstw strony jest obywatelstwem Japonii, wtedy prawo japońskie jest prawem ojczyście strony.

§ 2. W przypadku gdy prawem właściwym jest prawo ojczyście strony, a strona nie ma obywatelstwa, właściwe jest prawo jej miejsca zwykłego pobytu, z wyjątkiem sytuacji określonej w art. 25 (wraz z przypadkami odpowiedniego stosowania w art. 26 § 1 i w art. 27) oraz w art. 32.

§ 3. Jeśli strona stosunku ma obywatelstwo państwa, w którym obowiązują różne prawa w zależności od regionu, jej prawo ojczyście powinno wynikać z przepisów tego państwa. (W razie braku takich przepisów — prawo regionu, z którym strona jest najściślej związana).

(Prawo miejsca zwykłego pobytu)

Art. 39. W przypadku gdy prawo miejsca zwykłego pobytu strony jest prawem właściwym, a miejsce to jest nieznanne, właściwe jest prawo jej miejsca pobytu prostego, z wyjątkiem sytuacji określonej w art. 25 (wraz z przypadkami odpowiedniego stosowania w art. 26 § 1 oraz w art. 27).

(Prawo państwa lub miejsca, w którym prawo zależne jest od statusu społecznego)

Art. 40 § 1. Jeśli strona stosunku ma obywatelstwo państwa, które różni przysługujące prawa w zależności od statusu społecznego, prawem właściwym jest prawo określone na zasadach prawa tego państwa (w razie braku takich zasad – prawo, z którym strona jest najmocniej związana).

§ 2. Poprzedzający paragraf ma odpowiednie zastosowanie dla miejsca zwykłego pobytu strony w odniesieniu do art. 25 (wraz z przypadkami odpowiedniego stosowania w art. 26 § 1 oraz w art. 27), art. 26 § 2 lit. b, art. 32 oraz art. 38 § 2, jeśli różne prawa są stosowane w zależności od statusu społecznego w miejscu zwykłego pobytu, oraz do prawa miejsca, z którym mąż i żona są najściślej związani, jeśli różne prawa są stosowane w zależności od statusu społecznego w miejscu, z którym mąż i żona są najściślej związani.

(Renvoi)

Art. 41. Jeśli prawem właściwym jest prawo ojczyste strony stosunku, a zgodnie z tym prawem właściwe jest prawo japońskie, właściwym prawem będzie prawo japońskie, z wyjątkiem sytuacji określonej w art. 25 (wraz z przypadkami odpowiedniego stosowania w art. 26 § 1 i w art. 27) oraz w art. 32.

(Klauzula porządku publicznego)

Art. 42. W przypadku gdy prawo obce jest prawem właściwym, jeśli zastosowanie przepisów prawa obcego byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym, przepisów tych nie stosuje się.

(Wyłączenia od stosowania)

Art. 43 § 1. Przepisów niniejszego rozdziału, z wyjątkiem głównej klauzuli z art. 39, nie stosuje się do zobowiązania do wspierania wynikającego ze stosunku pomiędzy mężem a żoną, rodzicami a dzieckiem oraz innych stosunków rodzinnych.

§ 2. Przepisów niniejszego rozdziału, z wyjątkiem głównej klauzuli z art. 38 § 2, klauzuli głównej z art. 39 oraz art. 40, nie stosuje się do formy testamentu.

Przepisy uzupełniające*(Wejście w życie)*

Art. 1. Ustawa wchodzi w życie z dniem określonym w rozporządzeniu Gabinetu, w czasie nieprzekraczającym 1 roku od dnia ogłoszenia.

(Przepisy przejściowe)

Art. 2. Przepisy Ustawy o zasadach generalnych dla stosowania praw po nowelizacji (określanej następnie „Nową ustawą”), z wyjątkiem następnego artykułu, mają zastosowanie dla spraw, które powstały przed wejściem w życie niniejszej Ustawy (określane następnie jako „Dzień wejścia w życie”).

Art. 3 § 1. W odniesieniu do zdolności osoby do dokonywania czynności prawnych przed Dniem wejścia w życie przepisy obowiązujące ówczesnie nadal mają zastosowanie do tej czynności, nie biorąc pod uwagę art. 4 Nowej ustawy.

§ 2. W odniesieniu do ustanowienia Opieki oraz orzeczenia zniknięcia na wniosek złożony wcześniej niż w Dniu wejścia w życie przepisy obowią-

zujące ówczasnie nadal mają zastosowanie, nie biorąc pod uwagę art. 5 Nowej ustawy.

§ 3. W odniesieniu do powstania oraz skutków czynności prawnej dokonanej przed Dniem wejścia w życie oraz do formy tej czynności przepisy obowiązujące ówczasnie nadal mają zastosowanie, nie biorąc pod uwagę art. 8—12 Ustawy nowej.

§ 4. W odniesieniu do powstania oraz skutków roszczeń powstałych w wyniku prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia oraz bezpodstawnego wzbogacenia, których powstanie nastąpiło przed Dniem wejścia w życie, oraz dla deliktów, których skutek nastąpił przed Datą wejścia w życie, nie biorąc pod uwagę art. 15—21 Nowej ustawy, przepisy obowiązujące ówczasnie nadal mają zastosowanie.

§ 5. W odniesieniu do skutków cesji wierzytelności dokonanej przed Datą wejścia w życie, skutecznych wobec dłużnika oraz osób trzecich, przepisy obowiązujące ówczasnie nadal mają zastosowanie, nie biorąc pod uwagę art. 23 Nowej ustawy.

§ 6. W odniesieniu do czynności prawnych dotyczących relacji rodzinnych (z wyłączeniem relacji, o których mowa w art. 14—21 Ustawy o zasadach generalnych dla stosowania praw sprzed nowelizacji) dokonanych przed Datą wejścia w życie przepisy obowiązujące ówczasnie nadal mają zastosowanie, nie biorąc pod uwagę art. 34 Nowej ustawy.

§ 7. W stosunku do ustanawiania opiekuna, kuratora lub osoby wspierającej oraz do innego orzekania w stosunku do Opieki opartego na wniosku wniesionym przed Datą wejścia w życie przepisy obowiązujące ówczasnie nadal mają zastosowanie, nie biorąc pod uwagę art. 35 § 2 Nowej ustawy.

Tłumaczenie z języka japońskiego (przy pomocniczym użyciu urzędowego japońskiego tłumaczenia ustawy na język angielski)

Kacper Lewandowski

 <https://orcid.org/0000-0001-9540-3803>

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

Konsultacja merytoryczna
dr hab. Paweł Czubik, prof. UEK

 <https://orcid.org/0000-0003-0268-8665>

Redakcja i korekta: Barbara Todos-Burny, Krystian Wojcieszuk (art. w języku ang.)

Projekt okładki: Grzegorz Nowak

Przygotowanie okładki do druku: Paulina Dubiel

Łamanie: Alicja Załęcka

ISSN 2353-9852

Czasopismo wcześniej ukazywało się w formie drukowanej
ISSN 1896-7604

Publikacja na licencji Creative Commons Uznanie autorstwa-Na tych samych warunkach 4.0 Międzynarodowe (CC BY-SA 4.0)



Wersją pierwotną (referencyjną) czasopisma jest wersja elektroniczna, ukazująca się na platformie www.journals.us.edu.pl

W formie elektronicznej publikacja dostępna jest również w zasobach Central and Eastern European Online Library (www.ceeol.com)

Wydawca

Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego

ul. Bankowa 12B, 40-007 Katowice

www.wydawnictwo.us.edu.pl

e-mail: wydawnictwo@us.edu.pl

Wydanie I. Ark. druk. 23,75. Ark. wyd. 27,5.

Egzemplarz bezpłatny

ISSN 2353-9852

9 772353 985006 04

Więcej o książce

