

Jacek Górecki

Prawo właściwe dla formy umów obligacyjnych w świetle konwencji rzymskiej z 1980 roku o prawie właściwym dla zobowiązań umownych¹

I. Uwagi ogólne

Już niedługo zakończy się procedura ratyfikowania przez Polskę konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych z 1980 r. (dalej: konwencja)². W związku z tym niebawem stanie się ona

¹ Zob. polskie tłumaczenia konwencji: J. P o c z o b u t, *Kodyfikacje prawa prywatnego międzynarodowego*, Warszawa 1991, s. 161 i nast.; W. P o p i o ł e k, *Konwencja Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych – wprowadzenie*, KPP 1994, z. 2, s. 300 i nast. oraz tłumaczenie opublikowane w polskiej wersji Dz.Urz. UE C 169/10 z 8 lipca 2005 r.

² Zob. ustawę z dnia 22 września 2006 r. o ratyfikacji Konwencji o przystąpieniu Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej do Konwencji o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwartej do podpisu w Rzymie dnia 19 czerwca 1980 roku, oraz do Pierwszego i Drugiego protokołu w sprawie jej wykładni przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, sporządzonej w Luksemburgu dnia 14 kwietnia 2005 r. (Dz. U. Nr 208, poz. 1533). Genezę konwencji rzymskiej oraz jej wcielanie w życie omawiają J. S k a p s k i, *Konwencja EWG z 19 czerwca 1980 o prawie właściwym dla zobowiązań umownych jako „model” dla regulacji międzynarodowego prawa obligacyjnego w prawach krajowych, ze szczególnym uwzględnieniem prawa polskiego* (KPP 1994, z. 2, s. 187 i nast.); A. C a ł u s, *Wybrane problemy wprowadzania do systemów prawnych państw członkowskich Unii Europejskiej postanowień konwencji rzymskiej o prawie właściwym*

w Polsce obowiązującym prawem i w istotnym zakresie wyprze stosowanie norm kolizyjnych zawartych w ustawie – Prawo prywatne międzynarodowe. Dlatego też zapoznanie się z rozwiązaniami w niej przyjętymi powinno stać się zadaniem każdego prawnika, który ma do czynienia z obrotem międzynarodowym.

Konwencja, co potwierdza jej tytuł, odnosi się wyłącznie do umów obligacyjnych. Dodatkowo jeszcze w art. 1 ust. 2 i 3 konwencji ograniczono jej zastosowanie. Konwencja nie obejmuje swym zakresem zobowiązań umownych dotyczących testamentów i dziedziczenia, stosunków majątkowych małżeńskich oraz praw i obowiązków wynikających ze stosunków rodzinnych, pokrewieństwa i małżeństwa. Ponadto konwencji nie stosuje się do umów o arbitraż i umów prorogacyjnych oraz umów związanych z tworzeniem oraz funkcjonowaniem spółek lub osób prawnych. Konwencja nie znajduje też zastosowania do zobowiązań wynikających z papierów wartościowych, umów tworzących trusty oraz umów ubezpieczenia (z wyjątkiem reasekuracji) obejmujących ryzyka na obszarze państw członków UE. Mimo iż przepisy konwencji wyraźnie tego nie regulują, to warto podkreślić, że nie ma ona zastosowania do umów rzeczowych oraz skutków rozporządzających umów obligacyjnych³.

Konwencja w art. 15 wyłącza odesłanie, dlatego wskazane przez nią prawo jest właściwe niezależnie od treści norm kolizyjnych tego prawa. W zakresie objętym przepisami konwencji wyłączone jest stosowanie norm kolizyjnych zamieszczonych w ustawach kolizyjnych państw, które ratyfikowały tę konwencję⁴. Dotyczy to umów zawartych po dniu wejścia

dla zobowiązań umownych, PPHZ 1995, t. 18, s. 24 i nast.; D. Martiny, [w:] *Internationales Vertragsrecht*, Hrsg. C. Reithmann, D. Martiny, Köln 2004, s. 8 i nast.

³ J. Sarrate i Pou, *Formprobleme bei Grundstücksveräußerungen im deutsch-spanischen Rechtsverkehr. Zur Wirkung der Art. 9 EVÜ und Art. 11 EGBGB*, Frankfurt am Main 1998, s. 116-117. Zob. jednak M. A b e n d, *Die lex validitatis im internationalen Vertragsrecht. Zugleich eine Untersuchung Ehrenzweigs Lehre von der Rule of Validation im amerikanischen Kollisionsrecht für Verträge*, Heidelberg 1994, s. 271-272, który twierdzi, iż nie jest to jednoznaczne.

⁴ Konwencję ratyfikowały wszystkie państwa tzw. „starej” Unii tzn. Austria, Belgia, Dania, Francja, Grecja, Hiszpania, Holandia, Irlandia, Luksemburg, Niemcy, Portugalia, Szwecja, Wielka Brytania, Włochy.

w życie konwencji względem danego państwa (art. 17)⁵. Przy wykładni norm kolizyjnych występujących w konwencji należy uwzględnić ich międzynarodowy charakter oraz dążenie do osiągnięcia jednolitej jej wykładni i stosowania (art. 18)⁶.

Dalsze rozważania ograniczają się jedynie do omówienia przepisów konwencji, które określają właściwość prawa dla formy umów obligacyjnych. Prawo właściwe dla formy umów objętych zakresem zastosowania konwencji wskazuje jej art. 9⁷. Oprócz ogólnej normy kolizyjnej (art. 9 ust. 1) w przepisie tym zamieszczono kilka szczególnych norm kolizyjnych wskazujących prawo właściwe dla formy umów zawieranych *inter absentes* (ust. 2), umów zawieranych z udziałem przedstawiciela (ust. 3), czynności poprzedzających zawarcie umowy lub dokonywanych po jej zawarciu (ust. 4), umów konsumenckich (ust. 5), umów dotyczących nieruchomości (ust. 6).

II. Ogólna właściwość prawa dla formy umów

W art. 9 ust. 1 konwencji przyjęto, iż umowa zawarta pomiędzy stronami znajdującymi się w tym samym państwie jest ważna ze względu na formę, jeśli spełnia wymagania prawa właściwego dla danej umowy (*lex causae*), wyznaczonego na podstawie przepisów konwencji lub prawa państwa, w którym została ona zawarta (*lex loci contractus*). Jeżeli umowa jest zawierana przez przedstawiciela do ustalenia, czy strony znajdują się

⁵ J. Sarrate i Pou, *Formprobleme...*, s. 101 i nast.

⁶ Co do wykładni pojęcia formy na tle przepisów konwencji zob. np. M. Giuliano, P. Lagarde, *Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Nr. C 282 (31.10.1980), s. 29; H. Heiss, [w:] *Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen. Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht. Kommentar*, red. D. Czernich, H. Heiss, K. Nemeth, Wien 1999, s. 206 i nast.; B. Rudisch, *Europäisches Internationales Schuldvertragsrecht für Österreich*, [w:] *Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 7: Internationales Privatrecht*, red. H.-G. Koppensteiner, Wien 2000, s. 178.

⁷ M.E. Storme, *The Validity and the Content of Contracts*, [w:] *Towards a European Civil Code*, Nijmegen 1994, s. 177 i nast.; zob. także T. Ballarino, *Disciplina della forma*, [w:] *La convenzione di roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano 1983, s. 163 i nast. oraz R. Perchinunno, *Brevi note in tema di forma*, [w:] *La convenzione di roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano 1983, s. 178 i nast.

w tym samym państwie, bierze się pod uwagę miejsce pobytu przedstawiciela, a nie strony, którą on reprezentuje (art. 9 ust. 3 konwencji). Ponadto w art. 9 ust. 4 konwencji zamieszczono oddzielną normę kolizyjną wskazującą prawo właściwe dla formy jednostronnych czynności prawnych poprzedzających zawarcie umowy (np. oferta lub jej przyjęcie) lub dokonywanych już po jej zawarciu (np. wypowiedzenie umowy lub odstąpienie od niej)⁸. Są one ważne ze względu na formę, jeżeli spełniają wymagania określone przez prawo, któremu podlega lub podlegałyby sama umowa lub prawo państwa, w którym czynność prawna została dokonana⁹.

Przyjęte w konwencji rozwiązanie stanowi kompromis pomiędzy liberalnym podejściem do formy umów (*favor negotii*)¹⁰ a koniecznością zachowania wymagań formalnych dla czynności prawnych, ze względu na różnorakie interesy państwa i innych uczestników obrotu¹¹. Zastosowano tu elastyczny system poszukiwania prawa właściwego, powodujący, iż strony umowy nie będą zaskoczone nieważnością lub nieskutecznością zawartej umowy na skutek niedochowania wymagań formalnych. Elastyczność ta wyraża się przede wszystkim alternatywnym wskazaniem właściwości prawa w zakresie formy, a co z tym związane, nieprzyznaniem żadnemu z praw właściwych roli nadrzędnej w stosunku do innych, mogących znaleźć tu zastosowanie¹². Stosowanie art. 9 ust. 1 konwencji może jednak powodować trudności.

Po pierwsze, konwencja w szerokim zakresie dopuszcza wybór prawa właściwego dla umowy¹³. Prawo wybrane przez strony, jako *lex causae*,

⁸ Zob. H. Heiss, [w:] *Das Europäische...*, s. 205; B. Rudisch, *Europäisches...*, s. 180.

⁹ W toku prac nad konwencją odrzucono właściwość wspólnego prawa ojczyznego stron oraz ich wspólnego prawa miejsca zwykłego pobytu; zob. M. Giuliano, P. Lagarde, *Bericht...*, s. 30.

¹⁰ R. Plender, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, London 2001, s. 210.

¹¹ P. Kaye, *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot 1993, s. 281-282; M. Abend, *Die lex...*, s. 270.

¹² Zob. też P. R. Stopczyk, *Konwencja Rzymska o prawie właściwym dla zobowiązań umownych*, PPH 1995, nr 11, s. 33-34.

¹³ Zob. W. Popiołek, *Konwencja EWG o prawie właściwym dla zobowiązań*, PiP 1982, z. 9, s. 107-108.

jest także miarodajne do oceny formy umowy. Mimo braku wyraźnego wskazania w treści konwencji stosuje się tu podobną regułę, jak przy wyznaczaniu prawa właściwego dla istnienia i ważności umowy (art. 8 ust. 1). Oznacza to, iż do oceny ważności umowy ze względu na formę stosuje się prawo, któremu podlegałyby ta umowa, jeśli byłaby ona ważna, tzn. prawo wybrane przez strony¹⁴. W związku z wyborem prawa dla umowy nasuwa się też pytanie, czy wybór prawa dokonany dla umowy oznacza automatycznie wybór prawa dla formy umowy, co powodowałoby wyłączenie stosowania łączników obiektywnych z art. 9 ust. 1 konwencji. W przypadku braku wyraźnego wskazania przez strony nie można domniemywać, iż wybór prawa właściwego dla umowy oznacza automatycznie wyłączenie stosowania norm kolizyjnych z art. 9 konwencji¹⁵.

Po drugie, konwencja dopuszcza następczy wybór prawa dla umowy¹⁶. Oznacza to, iż prawem właściwym dla danej umowy może być kolejno kilka praw. Zgodnie z art. 3 ust. 2 konwencji następczy wybór prawa właściwego dla umowy nie narusza ważności umowy ze względu na jej formę¹⁷. W konsekwencji wystarcza, iż umowa ze względu na formę jest ważna, jeśli odpowiada wymaganiom któregośkolwiek z kilku po sobie następujących praw właściwych dla umowy. Nawet gdy stanie się ważna na skutek następczej zmiany wyboru *legis causae*, pozostaje ważna ze względu na formę, niezależnie od kolejnego wyboru innego prawa właściwego dla umowy¹⁸.

Po trzecie, konwencja dopuszcza dokonanie częściowego wyboru prawa lub jednoczesnego wyboru kilku praw dla poszczególnych części umowy (art. 3 ust. 1)¹⁹. Ponadto na podstawie art. 4 ust. 1 zd. 2 konwencji, jeżeli część umowy można oddzielić od jej całości i wykazuje ona ściślejszy związek niż reszta umowy z prawem innego państwa, to do tej części umowy może znaleźć zastosowanie prawo tego innego pań-

¹⁴ M. Giuliano, P. Lagarde, *Bericht...*, s. 30.

¹⁵ Zob. H. Heiss, [w:] *Das Europäische...*, s. 209-210.

¹⁶ W. Popiołek, *Konwencja EWG o prawie właściwym...*, s. 108-109.

¹⁷ J. Skąpski, *Konwencja EWG z 19 czerwca 1980...*, s. 198.

¹⁸ W. Popiołek, *Konwencja EWG o prawie właściwym...*, s. 109; P. Kaye, *The New Private International Law...*, s. 283.

¹⁹ J. Skąpski, *Konwencja EWG z 19 czerwca 1980...*, s. 197.

stwa. Jak wówczas określić *legis causae* właściwą również według art. 9 ust. 1 konwencji do oceny wymagań co do formy umowy? Proponuje się tu dwa rozwiązania. Po pierwsze, oceniać poszczególne postanowienia umowy ze względu na formę, stosownie do prawa właściwego dla danej części umowy²⁰. Po drugie, poszukiwać jednak prawa wiodącego, najściślej związanego z kwestią formy²¹. Za drugim rozwiązaniem przemawia wypływająca z konwencji sugestia, aby oceny formy umowy dokonywać na podstawie jednego prawa właściwego.

Po trzecie, zastosowanie prawa właściwego dla formy umowy wyznaczonego na podstawie art. 9 konwencji może być wyłączone poprzez przepisy imperatywne innego prawa (art. 7), jeżeli znajdują one zastosowanie niezależnie od prawa właściwego dla formy umowy. Decyzja w tym zakresie należy do sądu rozstrzygającego spór wynikający z umowy. Konwencja wskazuje jednak, iż należy brać pod uwagę przy podejmowaniu tej decyzji charakter przepisów, ich przedmiot, a także konsekwencje ich stosowania lub niezastosowania.

Konwencja nie przesądza wyraźnie, które z praw alternatywnie właściwych do oceny formy umowy określa skutki niedochowania wymagań formalnych. Nie znajdzie tu zastosowania art. 8 konwencji wskazujący prawo właściwe do oceny istnienia i ważności umowy²². Powszechnie przyjmuje się, iż sankcje z tytułu niedochowania formy umowy należy określić według prawa wskazanego w art. 9 ust. 1 konwencji, ustanawiającego najłagodniejsze konsekwencje niedochowania formy²³. Jeśli

²⁰ M. Schwimann, *Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht*, Wien 1999, s. 82; zob. też P. Kaye, *The New Private International Law...*, s. 283-284.

²¹ M. Giuliano, P. Lagarde, *Bericht...*, s. 30; R. Plender, *The European...*, s. 211; D. Stefani, *Grundstückverkehr in der Schweiz, Deutschland und Italien. Eine rechtsvergleichende Arbeit zum materiellen Recht und internationalen Privatrecht*, Bern 2000, s. 202; zob. także P.R. Stopczyk, *Konwencja Rzymska...*, s. 34.

²² Zob. np. M. Wojeвода, *Istnienie i ważność materialna umowy w świetle Konwencji Rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych*, KPP 2003, z. 4, s. 791 oraz 794 i nast.

²³ Zob. np. M. Schwimann, *Internationales...*, s. 82; H. Heiss, [w:] *Das Europäische...*, s. 220; zob. jednak W. Popiołek, *Zobowiązania z umów w projekcie konwencji Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych i pozaumownych*, PPHZ 1979, t. 3, s. 144 i cytowane tam wypowiedzi na tle projektu konwencji. Autor ten skłaniał się do poddania skutków niedochowania wymagań formalnych umowy *legi causae*.

sankcją z tytułu niedochowania formy jest nieważność umowy, to jej skutki (zgodnie z art. 10 ust.1 pkt e konwencji) podlegają statutowi umowy (*lex causae*)²⁴.

III. Forma umów zawieranych *inter absentes*

Konwencja zawiera oddzielną normę kolizyjną wskazującą prawo właściwe dla formy umów zawieranych *inter absentes*, tzn. pomiędzy osobami, które znajdowały się w różnych państwach²⁵. Jeżeli umowa jest zawierana przez przedstawiciela do ustalenia, czy strony znajdują się w różnych państwach, bierze się pod uwagę miejsce pobytu przedstawiciela, a nie strony, którą on reprezentuje (art. 9 ust. 3 konwencji). Do oceny miejsca pobytu stron bierze się pod uwagę chwilę złożenia oświadczeń składających się na umowę, a nie chwilę zawarcia umowy²⁶. Zgodnie z art. 9 ust. 2 konwencji dla formy umów zawieranych *inter absentes* oprócz *legis causae* właściwe są także prawa państw, na obszarze których strony złożyły oświadczenia składające się na umowę. Miejszem złożenia oświadczenia jest np. miejsce wysłania listu (wrzucenia go do skrzynki pocztowej, nadania w urzędzie pocztowym, wydania listu przedstawicielowi podmiotu świadczącego usługi pocztowe lub kurierskie), miejsce położenia faksu, którym strona przesyła oświadczenie, miejsce nadania telegramu, miejsce z którego strona odbywa rozmowę telefoniczną²⁷.

Do oceny formy umowy zawieranej *inter absentes* w konkretnym przypadku właściwe mogą być aż trzy prawa²⁸. Spośród nich zastosowanie znajdzie to prawo, które określa najłagodniejsze wymagania co do

²⁴ Zastrzeżenia w tym zakresie zgłosiły Włochy i Wielka Brytania; zob. M. Woje-woda, *Istnienie i ważność materialna...*, s. 815.

²⁵ Nie ma tu znaczenia, czy oświadczenia te zostały złożone w trakcie bezpośredniego kontaktu, np. telefonicznego, czy też sukcesywnie, np. przy pomocy listów lub e-maila; zob. E. J a y m e, U. G ö t z, *Vertragsabschluss durch Telex – Zum Abschlussort bei internationalen Distanzverträgen*, IPRax 1985, z. 2, s. 114.

²⁶ M. Schwimann, *Internationales...*, s. 82.

²⁷ Zob. G. B o r g e s, *Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr. Vertragsabschluss, Beweis, Form, Lokalisierung, anwendbares Recht*, München 2003, s. 746.

²⁸ P. Winkler von Mohrenfels, [w:] *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR, Art. 7-12*, red. J. Kropholler, Berlin 2000, s. 284.

formy umowy²⁹. Podkreśla się przy tym, iż stosowanie prawa miejsca złożenia oświadczenia przez którąkolwiek ze stron umowy jest dopuszczalne nawet w razie krótkotrwałego pobytu na obszarze danego państwa³⁰. Nie ma znaczenia, w jakim państwie znajduje się adresat oświadczenia woli w chwili jego składania przez drugą stronę umowy lub w chwili jego otrzymania³¹. Dlatego do zastosowania łagodniejszej formy wystarcza, że tylko jedna ze stron umowy znajduje się w państwie, którego prawo taką formę zastrzega³². Jeżeli choć jedno z wchodzących w grę praw właściwych nie ustanawia wymagań formalnych dla umowy, będzie ona ważna, gdy strony złożyły swe oświadczenia w dowolny sposób³³. Gdy strony nie dopełniły wymagań formalnych żadnego z praw właściwych dla formy umowy zawieranej *inter absentes*, konsekwencje z tym związane ustala się na podstawie tego z praw, które ustanawia najłagodniejsze sankcje.

W toku prac nad konwencją odrzucono propozycję poddania formy umów zawieranych *inter absentes* właściwości prawa miejsca złożenia oferty albo jej przyjęcia. Wskazywano, iż takie rozwiązanie jest nienaturalne³⁴. Również nie znalazła uznania propozycja osobnego poszukiwania i stosowania prawa właściwego dla formy oferty i jej przyjęcia³⁵. Przyjęto,

²⁹ P. Winkler von Mohrenfels, [w:] *J. von Staudingers...*, s. 361; G. Mäsch, [w:] *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band 3, Hrsg. H.G. Bamberger, H. Roth, München 2003, s. 2263.

³⁰ J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen 2004 s. 310; A. Heldrich, [w:] *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2005, s. 2538. Inaczej R. Stürner, *Die notarielle Urkunde im europäischen Rechtsverkehr*; DNotZ 1995, z. 5, s. 358, który opowiada się za dopuszczalnością stosowania *legis loci actus* tylko wtedy, gdy pobyt stron na obszarze danego państwa jest długotrwały. W związku z tym proponuje także zmianę art. 9 konwencji uwzględniającą ten postulat.

³¹ P. Winkler von Mohrenfels, [w:] *J. von Staudingers...*, s. 360-361; J. Sarate i Pou, *Formprobleme...*, s. 110.

³² G. Borges, *Verträge...*, s. 773.

³³ D. Looschelders, *Internationales Privatrecht. Art. 3 – 46 EGBGB*, Berlin – Heidelberg 2004, s. 163.

³⁴ M. Giuliano, P. Lagarde, *Bericht...*, s. 31.

³⁵ Miała ona na celu uniknięcie trudności związanych z ustaleniem miejsca zawarcia umowy między nieobecnyimi. Takie rozwiązanie zawierał art. 18 zd. 2 projektu konwencji; zob. W. Popiołek, *Zobowiązania z umów...*, s. 144-145.

iż umowa w zakresie formy powinna być traktowana jako całość³⁶. W efekcie konwencja zawiera liberalne rozwiązanie, polegające na zastosowaniu (obok *legis causae*) alternatywnej właściwości prawa państwa miejsca złożenia oferty lub prawa państwa, w którym doszło do jej przyjęcia. Brano także pod uwagę bardziej rygorystyczne rozwiązanie, polegające na jednoczesnej właściwości obu tych praw.

Mimo liberalności przyjętego rozwiązania na tle przepisów konwencji może dojść do takich sytuacji, gdy umowa zawierana *inter absentes* będzie nieważna na podstawie art. 9 ust. 2 konwencji, chociaż na podstawie art. 9 ust. 4 konwencji ważne będą ze względu na formę zarówno oferta, jak i oświadczenie o jej przyjęciu. Stanie się tak wówczas, jeśli każda ze stron złoży swe oświadczenie w formie wymaganej przez prawo obowiązujące w miejscu jego złożenia, ale prawo państwa obowiązujące w miejscu złożenia oświadczenia przez drugą stronę uznaje je za nieważne, podobnie jak prawo właściwe dla umowy, która ma zostać zawarta³⁷. Dlatego też *de lege ferenda* postulować można wprowadzenie uzupełniającej normy, która stanowiłaby, iż umowa nie może być uznana za nieważną ze względu na formę, jeśli forma oświadczenia woli każdej ze stron spełnia wymagania prawa miejsca złożenia tego oświadczenia.

Zwraca się także uwagę, iż zastosowanie jako właściwego dla formy umowy prawa miejsca złożenia oświadczenia przez jedną ze stron rodzi różne niebezpieczeństwa³⁸. W takim przypadku druga ze stron umowy dopełnić musi wymagań prawa, które zwykle nie jest jej znane. Takie rozwiązanie uprzywilejowuje jedną ze stron umowy³⁹ i prowadzić może do nadużyć⁴⁰. Może przy tym dojść także do utraty ochrony wynikającej

³⁶ M. Giuliano, P. Lagarde, *Bericht...*, s. 31. W uzasadnieniu autorzy ci nie odnieśli się jednak do argumentów przemawiających na korzyść odrzuconej propozycji a przedstawionych przez K. Zweigerta (*Zum Abschlussort schuldrechtlicher Distanzverträge*, [w:] *Festschrift für Ernst Rabel*, Band 1, Tübingen 1954, s. 631 i nast.).

³⁷ H. Heiss, [w:] *Das Europäische...*, s. 212.

³⁸ C. von Bar, *Internationales Privatrecht*, Zweiter Band, Besonderer Teil, München 1991, s. 437-438.

³⁹ G. Borges, *Verträge...*, s. 770.

⁴⁰ Tamże, s. 777-778. Autor ten uznaje, iż prawo miejsca złożenia oświadczenia przez jedną ze stron umowy nie może znaleźć zastosowania, jeżeli strona ta celowo wybiera miejsce złożenia oświadczenia w celu pozbawienia drugiej strony ochrony przewidzianej w innych prawach międzynarodowych do oceny formy umowy. Powołuje się przy tym na analogię do art. 124 ust. 3 szwajcarskiej ustawy kolizyjnej.

z przepisów prawa miejsca zamieszkania strony umowy, jeśli w danym przypadku prawo to w odniesieniu do formy nie znajdzie zastosowania, gdyż stosować się będzie prawo miejsca pobytu drugiej strony⁴¹. Ochronę tę traci się także, gdy składa się oświadczenie w innym państwie niż państwo, którego składający oświadczenie jest obywatelem lub mieszkańcem⁴².

Oferent, składając ofertę, nie zawsze ma świadomość, iż składa ją osobie przebywającej w innym państwie (np. gdy rozmowa odbywa się z użyciem telefonu komórkowego). Prowadzić to może do sytuacji, gdy jedna strona składa drugiej propozycję podjęcia rokowań (lub tzw. *invitatio ad offerendum*), wykorzystując formę według prawa miejsca jej pobytu nieprowadzącą do stanu związania (propozycja nie może stanowić oferty), którą druga strona traktuje jako ofertę i ją przyjmuje, gdyż według prawa obowiązującego w miejscu jej pobytu zastosowana forma propozycji jest zgodna z formą wymaganą do zawarcia umowy⁴³. Dlatego też strony, zawierając umowę na odległość, powinny wzajemnie kontrolować miejsce swego pobytu, aby uniknąć możliwych tu perturbacji⁴⁴. Wtedy jednak możliwość zawarcia umowy zgodnie z formą miejsca dokonania czynności prawnej stanie się utrudnieniem, a nie ułatwieniem, co jest przecież celem zastosowania *legis loci actus* w tym zakresie.

Podnosi się także, iż oparcie właściwości prawa dla formy umowy na łączniku miejsca pobytu jednej ze stron umowy prowadzi do przypadkowych rozstrzygnięć. Może również powodować powstanie trudności dowodowych w ustaleniu miejsca pobytu strony w chwili składania oświadczenia drugiej stronie⁴⁵.

Dodać jeszcze można, iż często umowy są zawierane w sposób bardziej złożony niż według schematu oferta – przyjęcie oferty. Strony składają

⁴¹ G. Borges, *Verträge...*, s. 766; U. Spellenberg, [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46), Internationales Privatrecht, red. H. J. Sonnenberger, München 2006, s. 741.

⁴² G. Borges, *Verträge...*, s. 766.

⁴³ P. Winkler von Mohrenfels, [w:] *J. von Staudingers...*, s. 340-341.

⁴⁴ C. Zellweger, *Die Form der schuldrechtlichen Verträge im internationalen Privatrecht. Wurzeln und Rechtfertigung der Sonderanknüpfung*, Basel-Frankfurt am Main 1990, s. 102.

⁴⁵ M. Keller, D. Girsberger, [w:] *Zürcher Kommentar zum IPRG*, Zürich 2004, s. 1372.

po kilka oświadczeń i dopiero w oparciu o nie dochodzi do zawarcia umowy. Wówczas pojawia się pytanie: czy do zastosowania normy kolizyjnej dotyczącej umów *inter absentes* wystarcza, gdy chociaż jedno z nich złożone zostało w innym państwie niż pozostałe? Jak postąpić, gdy strona złożyła w różnych państwach kilka oświadczeń składających się na umowę? Wydaje się, iż w takich przypadkach do oceny formy umowy właściwe powinno być prawo miejsca złożenia przez stronę ostatniego oświadczenia, tego prowadzącego do zawarcia umowy.

IV. Forma umów konsumenckich

Zgodnie z art. 9 ust. 5 konwencji, wyżej wskazanych reguł nie odnosi się do umów zawieranych z udziałem konsumentów w sytuacjach opisanych w art. 5 ust. 2 konwencji. Jej artykuł 9 ust. 5 stanowi, iż dla formy takich umów właściwe jest prawo miejsca zwyczajnego pobytu konsumenta. Takie rozwiązanie motywowane jest ochroną konsumenta, któremu najlepiej jest znane prawo obowiązujące w miejscu jego zwyczajnego pobytu⁴⁶.

Umowami konsumenckimi w świetle art. 5 ust. 1 konwencji są umowy, których przedmiotem jest dostarczanie rzeczy ruchomych lub świadczenie usług osobie fizycznej (konsumentowi) do użytku niezwiązanego z prowadzoną przez nią działalnością zawodową, a także do umów, których celem jest sfinansowanie takiego dostarczenia⁴⁷. W art. 5 ust. 2 konwencji spośród takich umów wyodrębniono szczególną ich grupę, w których konsument jest chroniony przez imperatywne przepisy prawa państwa jego zwyczajnego pobytu. Są to:

1. Umowy zawarte w państwie miejsca pobytu konsumenta, jeżeli zawarcie umowy zostało poprzedzone propozycją lub reklamą, a konsument dokonał w tym państwie czynności koniecznych do zawarcia umowy.

2. Umowy zawarte na podstawie zamówienia konsumenta, które druga strona lub jej przedstawiciel otrzymali w państwie miejsca zwyczajnego pobytu konsumenta.

⁴⁶ P. Winkler von Mohrenfels, [w:] *J. von Staudingers...*, s. 384.

⁴⁷ Zgodnie z art. 5 ust. 4 i 5 konwencji, art. 5 ust. 1-3 nie znajdują zastosowania do umów przewozu, chyba że za jedną cenę jest on powiązany z zakwaterowaniem, oraz do umów o świadczenie konsumentowi usług wyłącznie w innym państwie niż państwo jego zwyczajnego pobytu.

3. Umowy sprzedaży towarów, w których konsument złożył zamówienie w innym państwie niż prawo miejsca jego zwyczajnego pobytu, jeśli podróż konsumenta do tego państwa została zorganizowana przez sprzedawcę w celu zachęcenia konsumenta do zawarcia umowy.

Forma tych umów podlega zawsze prawu państwa, w którym konsument ma miejsce zwyczajnego pobytu. Wyłączna właściwość tego prawa do oceny formy umowy występuje również wtedy, gdy strony dokonają w umowie wyboru innego prawa, w tym także korzystniejszego dla konsumenta niż prawo miejsca jego zwyczajnego pobytu⁴⁸.

Artykuł 9 ust. 5 konwencji nie narzuca zatem właściwości jednego prawa do oceny formy wszelkich umów konsumenckich, ale dla części tych umów dopuszcza stosowanie ogólnych norm kolizyjnych dotyczących formy (art. 9 ust. 1-4 konwencji).

Taka regulacja właściwości prawa dla formy wybranych umów konsumenckich jest ściśle powiązana z rozwiązaniem przyjętym w art. 5 ust. 3 konwencji, w którym dla wskazanych w art. 5 ust. 2 umów również przewidziano właściwość prawa miejsca zwyczajnego pobytu konsumenta⁴⁹. Dzięki stosowaniu jednego prawa właściwego dla treści i formy umowy łatwiej jest stosować środki ochrony konsumenta⁵⁰. Ponadto słusznie podkreśla się, iż konsument nie powinien tracić ochrony wynikającej z prawa miejsca jego zwyczajnego pobytu w przypadku zawarcia umowy z zagranicznym przedsiębiorcą⁵¹. Jednak może się także zdarzyć, że poprzez poddanie formy umów konsumenckich wyłącznej właściwości prawa miejsca zwyczajnego pobytu konsumenta nie skorzysta on z lepszej ochrony, jaką daje mu *lex loci actus*. Jest tak w szczególności

⁴⁸ H. Heiss, [w:] *Das Europäische...*, s. 214; G. Hohloch, [w:] *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, Hrsg. H.P. Westermann, Köln 2004, s. 5657-5658; D. Looschelders, *Internationales...*, s. 484.

⁴⁹ Dla pozostałych umów dopuszcza się także wybór prawa, co, zdaniem krytyków tego rozwiązania, nie sprzyja ochronie strony słabszej umowy; zob. D. Furgler, *Die Anknüpfung der Vertragsform im internationalen Privatrecht. Der Ausgleich zwischen Parteiautonomie und Schutz des Schwächeren, insbesondere im schweizerischen IPR – Entwurf*, Zürich 1985, s. 116-117.

⁵⁰ G. Kresbach, *Das europäische Schuldvertragsübereinkommen*, Wien 1999, s. 67.

⁵¹ N. Downes, H. Heiss, *Ausschluß des favor offerentis bei Formvorschriften des (europäisierten) Verbrauchervertragsrechts: Art. 9 EVÜ und komplexe Schutzformen*, IPRax 1999, z. 3, s. 138.

wtedy, gdy w prawie miejsca zwyczajnego pobytu konsumenta brak szczególnych przepisów dotyczących formy konkretnej zawieranej przez niego umowy.

Rodzi się jednak pytanie: czy konsument może być pozbawiony ochrony w przypadku umów zawieranych z jego udziałem, ale niemieszczących się w zakresie art. 5 ust. 2 konwencji⁵². Udzielenie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie prowadzi do alternatywnej właściwości *legis causae* oraz *legis loci actus* w zakresie formy takich umów (art. 9 ust. 1 konwencji). Jednocześnie przedsiębiorca uzyskuje możliwość ominięcia obowiązków formalnych wynikających z przepisów jednego z tych praw. Artykuł 9 ust. 1 konwencji, służący *favor negotii*, stałby się wtedy przepisem działającym na korzyść przedsiębiorcy (*favor offerentis*) zawierającego umowę z konsumentem⁵³. Dlatego w literaturze pojawił się trafny postulat poddania wymogów formalnych niezwiązanych bezpośrednio z zawarciem umowy⁵⁴ (*Verhandlungsform*) wyłącznie prawu właściwemu dla umowy. Jest to uzasadnione ścisłym związkiem pomiędzy tymi wymaganiami formalnymi a przepisami materialnoprawnymi, stanowiącymi fundament ochrony konsumentów⁵⁵. Wymagania formalne, o których tu mowa, spełniają rolę służebną w stosunku do ochrony wynikającej z przepisów materialnoprawnych. Uzupełniają jedynie ich funkcję ochronną. Poza tym warto podkreślić, że obowiązek pisemnego przekazywania określonych informacji konsumentowi dotyczy oświadczeń wiedzy, a nie oświadczeń woli. Dlatego też normy kolizyjne dotyczące formy czynności prawnych (oświadczeń woli) nie powinny być tu stosowane.

V. Forma umów dotyczących nieruchomości

Oddzielną normę kolizyjną dotyczącą umów obligacyjnych odnoszących się do nieruchomości zawiera art. 9 ust. 6 konwencji. Dotyczy on

⁵² Zob. T. P a j o r, *O zagadnieniach ochrony konsumenta w prawie prywatnym międzynarodowym*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005, s. 254.

⁵³ N. D o w n e s, H. H e i s s, *Ausschluss...*, s. 141.

⁵⁴ Chodzi tu np. o obowiązek pisemnego udzielania informacji o przedsiębiorcy, o treści oferty, o treści przyszłej umowy.

⁵⁵ N. D o w n e s, H. H e i s s, *Ausschluss...*, s. 141.

jednak tylko przypadków, gdy według prawa miejsca położenia nieruchomości znajduje ono zastosowanie w zakresie formy umowy, niezależnie od tego, gdzie umowa jest zawarta i jakiemu prawu podlega. W odniesieniu do takich umów nie znajduje zastosowania art. 9 ust. 1-4 konwencji, a forma umowy podlega wyłącznie prawu miejsca położenia nieruchomości⁵⁶. Artykuł 9 ust. 6 nie wyłącza jednak stosowania przepisów bezwzględnie wiążących *legis fori*, które znajdują zastosowanie niezależnie od tego, jakie prawo jest właściwe dla formy umowy (art. 7 ust. 2 konwencji)⁵⁷.

Rozwiązanie przyjęte w art. 9 ust. 6 konwencji stara się pogodzić dwie tendencje występujące w krajach europejskich. Z jednej strony pokazuje ono dążenie do oderwania formy umów obligacyjnych dotyczących nieruchomości od prawa miejsca jej położenia, a z drugiej nie przekreśla występującego jeszcze powszechnie przekonania, iż forma tych umów powinna podlegać wyłącznie prawu miejsca położenia nieruchomości. Artykuł 9 ust. 6 konwencji rozstrzygnięcie tego konfliktu przerzuca na ustawodawcę kolizyjnego miejsca położenia nieruchomości. W związku z tym, w przypadku umów obligacyjnych dotyczących nieruchomości, każdorazowo badać należy normy kolizyjne zawarte w prawie państwa miejsca położenia nieruchomości. Jeżeli normy te w odniesieniu do formy umów obligacyjnych dotyczących nieruchomości położonych w tym państwie lub wszelkich nieruchomości ustanawiają wyłączną właściwość

⁵⁶ B. Dutoit, *The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, [w:] *European Private International Law*, red. B. von Hoffmann, Nijmegen 1998, s. 59. Projekt konwencji stwierdzał jedynie, iż normy kolizyjne dotyczące formy nie mają zastosowania do ustanowienia, przeniesienia i zniesienia praw rzeczowych odnoszących się do rzeczy. Zob. K. Firsching, *Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (IPR-VertragsÜ) vom 11.6. 1980*, IPRax 1981, z. 2, s. 41. Treść art. 9 ust. 6 wprowadzono do konwencji na wniosek szkockiego członka delegacji brytyjskiej; zob. P. Kaye, *The New Private International Law...*, s. 293.

⁵⁷ M. Helmbert, *Verbraucherschutzprobleme bei internationalen Liegenschaftsverträgen*, *Wohnrechtliche Blätter* 1999, z. 1, s. 11. Zob. także M. Wojewoda, *Istnienie i ważność materialna...*, s. 813-814; R. Freitag, *Einfach und international zwingende Normen – Anmerkung zu einem restatement des Art. 7 EVÜ in einem künftigen „Gemeinschaftsinstrument über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht“*, [w:] *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht. Beiträge zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse*, red. S. Leible, München 2004, s. 174.

legis rei sitae, to znajdzie zastosowanie art. 9 ust. 6 konwencji i zostanie zastosowane to prawo. Natomiast w przypadku, gdy dla formy takich umów normy kolizyjne *legis rei sitae* dopuszczają właściwość innego prawa, art. 9 ust. 6 konwencji nie stosuje się⁵⁸. Nie ma przy tym znaczenia, czy to inne prawo może być wskazane przez wybór prawa, czy przy wykorzystaniu łączników obiektywnych. Nie odgrywa też żadnej roli, że to inne prawo jest jedynym miarodajnym dla oceny formy tych umów albo jest właściwe alternatywnie bądź uzupełniająco wraz z *lege rei sitae*⁵⁹.

Jako przepisy uwzględniające te założenia wskazuje się np. austriackie przepisy o formie umów o inwestycje budowlane⁶⁰, angielskie przepisy dotyczące formy umów odnoszących się do nieruchomości⁶¹, art. 3.31 k.c. holenderskiego⁶² oraz art. 216 szwajcarskiego OR.

VI. Propozycje zmian rozwiązań zawartych w konwencji

Rozwiązania przyjęte w konwencji nie zawsze nadążają za rozwojem praktyki. Dlatego też podjęto prace nad zmianami jej postanowień⁶³. Komisja Europejska przygotowała tzw. Zieloną Księgę z propozycjami zmian treści norm kolizyjnych konwencji i poddała je pod dyskusję⁶⁴. Zamierzeniem

⁵⁸ Zob. także krytyczne uwagi K. Przybyłowskiego, *Z problematyki stosowania obcych norm kolizyjnych*, Kraków 1959, s. 33 i nast. na temat warunkowej właściwości prawa państwa, w którym znajduje się nieruchomość.

⁵⁹ Zob. też U. Spellenberg, [w:] *Münchener...*, s. 748.

⁶⁰ M. Helmbert, *Verbraucherschutzprobleme...*, s. 11 i nast.

⁶¹ P. Kaye, *The New Private International Law...*, s. 293 i nast.; J.G. Collier, *Conflict of Laws, Cambridge 2004*, s. 208; C.G.J. Morse, [w:] *Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles*, London 2004, s. 1837-1838.

⁶² Zob. R. van Rooij, M.V. Polak, *Private International Law in the Netherlands, Supplement*, Hague-London-Boston 1995, s. 102. Przepis ten wymaga udziału notariusza holenderskiego przy dokonywaniu czynności odnoszących się do dóbr podlegających obowiązkowi ujawnienia w rejestrze, a wymagających formy aktu notarialnego.

⁶³ D. Martiny, *Europäisches Internationales Vertragsrecht vor der Reform*, ZEuP 2003, z. 3, s. 590 i nast.; zob. także propozycje przedstawiane przez *European Group for Private International Law* publikowane na stronie <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/documents/gedip-documents>.

⁶⁴ Zob. *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht, Beiträge zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse*, red. S. Leible, München 2004, s. 255 i nast.

Komisji jest przekształcenie konwencji rzymskiej w instrument prawa europejskiego (rozporządzenie).

Jedno z pytań Komisji dotyczyło potrzeby znowelizowania norm kolizyjnych dotyczących formy umowy. Zaproponowano przy tym poszerzenie katalogu praw właściwych do oceny formy umów o prawa miejsca zwyczajnego pobytu stron w chwili zawarcia umowy⁶⁵. W przesłanych Komisji opiniach⁶⁶ w kwestii właściwości prawa dla formy umów zarysowały się trzy stanowiska:

a) negujące konieczność zmian regulacji właściwości prawa dla formy umów⁶⁷;

b) popierające propozycję Komisji rozszerzenia katalogu praw właściwych dla formy umowy o prawa miejsca zwyczajnego pobytu stron w chwili zawarcia umowy;

c) wprowadzające inne sposoby rozstrzygnięcia trudności wynikających z dotychczasowej treści art. 9 konwencji.

Zgłaszano też inne zagadnienia, które należałoby uwzględnić w nowym brzmieniu art. 9 konwencji⁶⁸.

W rezultacie zaproponowano nową treść art. 9⁶⁹. Zgodnie z tą propozycją forma umów podlega *legi causae* oraz prawom miejsca pobytu każdej ze stron lub ich przedstawicieli w chwili zawarcia umowy, a także prawom miejsca zwyczajnego pobytu stron w tej chwili (art. 9 ust. 1 w nowym brzmieniu). Odpowiada to sugestiom *European Group for Private International Law* oraz *Max Planck Institute*⁷⁰. Treść obecnego

⁶⁵ Zob. też D. Martiny, *Neue Impulse im Europäischen Internationalen Vertragsrecht*, ZEuP 2006, z. 1, s. 82.

⁶⁶ Zob. http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/news_summary_rome1_en.htm

⁶⁷ Tak np. U. Magnus, P. Mankowski, *The Green Paper on a Future Rome I Regulation – on the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts*, ZVglRWiss 2004, z. 2, s. 180 i nast.

⁶⁸ Np., aby jednoznacznie wskazać, czy dopuszczalny jest wybór prawa ograniczony do formy umowy albo czy statut formy dotyczy także umów kreujących osoby prawne i spółki oraz umów zbycia praw udziałowych w spółkach.

⁶⁹ Zob. *Discussion paper for the expert meeting on the conversion of the Rome Convention of 1980 into a community instrument and its modernisation („Rome I”)*, Brussels, 17 February 2005.

⁷⁰ Zob. Max-Planck, *Institute for Foreign Private and Private International Law, Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome*

art. 9 ust. 4 konwencji została zmodyfikowana w ten sposób, iż dla formy czynności prawnych jednostronnych związanych z zawartą lub przyszłą umową dodatkowo (obok *legis causae* i *legis loci actus*) właściwe byłoby prawo miejsca zwyczajnego pobytu osoby składającej oświadczenie woli (art. 9 ust. 2 w nowym brzmieniu). Doprecyzowano także aktualne brzmienie art. 9 ust. 5 i 6 konwencji (art. 9 ust. 3 i 4 w nowym brzmieniu). Na podstawie tej propozycji oraz dyskusji wywołanej opublikowaniem Zielonej Księgi sporządzony został projekt rozporządzenia.

W projekcie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady o prawie właściwym dla zobowiązań umownych (Rzym I)⁷¹ art. 10 ust. 1 stanowi, iż umowa jest ważna ze względu na formę, jeżeli spełnia wymogi dotyczące formy określone przez prawo właściwe dla umowy według tego rozporządzenia lub przez prawo państwa, w którym jedna ze stron bądź jej pełnomocnik znajduje się w chwili zawarcia umowy, lub prawo państwa, w którym jedna ze stron ma miejsce zwykłego pobytu w tym czasie. Zgodnie z art. 10 ust. 2 projektu jednostronna czynność prawna, która odnosi się do umowy już zawartej albo umowy, która ma być zawarta, jest ważna ze względu na formę, jeżeli spełnione są wymogi co do formy określone w prawie, które zgodnie z rozporządzeniem jest lub byłoby właściwe dla umowy, lub wymogi co do formy określone w prawie państwa, w którym ta czynność prawna została dokonana, lub prawo państwa, w którym osoba jej dokonująca miała w tym czasie miejsce zwykłego pobytu.

W ramach przekształcania regulacji zawartych w konwencji w rozporządzenie zaproponowano także zmiany w zakresie właściwości prawa dla formy umów zawieranych *inter absentes*. W Zielonej Księdze, w uzasadnieniu pytania dotyczącego modyfikacji reguł kolizyjnych odnoszących się do formy umów podkreślano m.in., iż istnieje potrzeba dostosowania regulacji kolizyjnoprawnych w zakresie formy umów zawieranych *inter absentes* (w szczególności z użyciem nowoczesnych sposobów komunikowania się)⁷².

Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization, RZ 2004, s. 77 i nast. oraz 110-111.

⁷¹ Zob. M. Świerczyński, T. Targosz, *Prawo właściwe dla zobowiązań umownych*, KPP 2006, z. 1, s. 245 i nast.

⁷² Pkt 3.2. 12.1. Zielonej Księgi; zob. *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht*, red. S. Leible, München 2004, s. 300-301.

Zaproponowano w związku z tym wprowadzenie dodatkowej normy kolizyjnej na wypadek, gdyby określenie miejsca złożenia oświadczenia przez stronę (strony) nie było możliwe. W takim przypadku do formy umowy dodatkowo, obok praw dotychczas wskazanych w art. 9 ust. 2 konwencji, właściwe byłyby prawa miejsca zwyczajnego pobytu każdej ze stron. Takie rozwiązanie znajdowałoby zastosowanie w odniesieniu do wszystkich umów zawieranych *inter absentes*, a więc nie tylko tych zawieranych z użyciem elektronicznych środków komunikacji⁷³. Zastąpienie dotychczasowego łącznika miejsca złożenia oświadczenia łącznikiem miejsca zwyczajnego pobytu uznano za niepraktyczne⁷⁴.

W opiniach przesłanych Komisji znaleźć można także inne propozycje rozwiązania trudności związanych z wyznaczaniem prawa właściwego dla formy umów zawieranych *inter absentes*⁷⁵. Zdaniem T. Rauschera wystarczające byłoby wprowadzenie domniemania, iż w przypadku, gdy z treści oświadczenia nie można ustalić, w jakim państwie zostało ono złożone, domniemywa się, że strona złożyła swe oświadczenie związane z prowadzeniem działalności gospodarczej lub zawodowej w miejscu prowadzenia tej działalności, a przy innych oświadczeniach w miejscu zwyczajnego pobytu⁷⁶.

W dokumencie stanowiącym podsumowanie dyskusji związanej z modernizacją konwencji brak jednak oddzielnej normy kolizyjnej dla formy umów zawieranych *inter absentes*⁷⁷. Do umów tych, podobnie jak do umów zawieranych *inter praesentes*, znajduje zastosowanie ogólna norma kolizyjna, poddająca formę umów alternatywnie *legi causae*, prawom miejsca pobytu każdej ze stron lub ich przedstawicieli w chwili zawarcia umowy, a także prawom miejsca zwyczajnego pobytu stron w tej chwili

⁷³ Pkt 3.2. 12.3. Zielonej Księgi; zob. także D. Martiny, *Objektive Vertragsanknüpfung und Form*, [w:] *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht, Beiträge zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse*, red. S. Leible, München 2004, s. 125.

⁷⁴ D. Martiny, *Objektive Vertragsanknüpfung und Form...*, s. 131.

⁷⁵ Opinie te opublikowane są na stronie internetowej http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/news_summary_rome1_en.htm

⁷⁶ Podobną sugestię zawiera opinia sporządzona przez rząd Czech.

⁷⁷ *Discussion paper...*, s. 10-11.

(art. 9 ust. 1 w nowym brzmieniu)⁷⁸. W podobny sposób właściwość prawa dla formy umów zawieranych *inter absentes* została też uregulowana w art. 10 ust.1 projektu rozporządzenia (Rzym I)⁷⁹. Nadal do oceny formy oświadczeń składających się na umowę zawieraną pomiędzy osobami znajdującymi się w różnych państwach właściwe ma być to samo (jedno) prawo.

W toku dyskusji wywołanej przez Zieloną Księgę pojawiło się także pytanie, czy dla formy umów zawieranych przy użyciu Internetu i innych nowoczesnych środków komunikacji należy ustanawiać odrębne normy kolizyjne. *European Group for Private International Law* takie rozwiązanie odrzuciła⁸⁰. Jest to rozstrzygnięcie słuszne. Przy oddzielnej normie kolizyjnej powstałoby dodatkowe zagadnienie kwalifikacyjne. Należałoby bowiem oddzielić umowy zawierane przy użyciu tych środków komunikacji od innych umów zawieranych *inter absentes*⁸¹. Można by wprawdzie próbować definiować, o jakie środki komunikacji tu chodzi, ale rozwój sposobów komunikowania jest tak dynamiczny, iż po pewnym (krótkim) okresie czasu mogłoby się okazać, że definicja ta wymaga zmian. Dlatego też lepszym rozwiązaniem jest modyfikacja norm kolizyjnych dotyczących formy wszelkich umów zawieranych *inter absentes* w tym kierunku, aby można je było bez większych trudności wykorzystać także dla umów zawieranych przez Internet i z wykorzystaniem innych nowoczesnych sposobów komunikacji.

Propozycje zmian art. 9 konwencji, o czym była mowa powyżej, zmierzają jeszcze dalej, tzn. w kierunku wprowadzenia jednej regulacji kolizyjnoprawnej zarówno dla umów zawieranych *inter praesentes*, jak i umów zawieranych *inter absentes*. Jest to kierunek dobry. Zwrócić

⁷⁸ Takie rozwiązanie zgodne jest z propozycjami zgłaszanymi przez *European Group for Private International Law*, które publikowane są na stronie internetowej <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/documents/gedip-documents>.

⁷⁹ Zob. tłumaczenie tego projektu M. Świerczyńskiego i T. Targosza, KPP 2006, z. 1, s. 277.

⁸⁰ D. Martiny, *Objektive Vertragsanknüpfung und Form...*, s. 131. Tak też H.J. Sonnenberger, *Das Internationale Privatrecht im dritten Jahrtausend – Rückblick und Ausblick*, ZVglRWiss 2001, z. 2, s. 125; U. Magnus, P. Mankowski, *The Green Paper...*, s. 181-182.

⁸¹ G. Borges, *Verträge...*, s. 789-790.

należy uwagę, iż oddzielne kolizyjnoprawne traktowanie tych kategorii umów, szczególnie zawieranych przy użyciu Internetu, prowadzić może do nieporozumień między stronami. Bowiem w zależności od tego, czy strony składają oświadczenia lub mają miejsca zwyczajnego pobytu w tym samym, czy w innych państwach, odmiennie ustalano by prawo właściwe dla formy zawieranej przez nie umowy. Strony często w chwili składania oświadczeń nie interesują się tymi kwestiami i nie mają świadomości, czy zawierają umowę z osobą przebywającą za granicą, czy w tym samym państwie⁸². Przyjęcie jednolitej reguły dla wszystkich umów usuwa te trudności.

W propozycji nowego brzmienia przepisów konwencji przedstawionej przez *European Group for Private International Law* ochrona konsumentów oparta została na wykorzystaniu przepisów wymuszających swe zastosowanie⁸³. Dlatego też dla formy umów konsumenckich brak jest szczególnej normy kolizyjnej, a konsument miał być chroniony przy wykorzystaniu przepisów obowiązujących w miejscu jego zwyczajnego pobytu⁸⁴. Rozwiązanie to nie zostało jednak przyjęte w ostatniej wersji projektu zmian konwencji⁸⁵. Pozostawiono w nim normę kolizyjną podającą formę części umów konsumenckich wyłącznej właściwości prawa miejsca zwyczajnego pobytu konsumenta. Zmodyfikowano jednak zakres jej zastosowania poprzez zmianę treści art. 5 konwencji⁸⁶, do którego odwołuje się ta norma kolizyjna. Takie też rozwiązanie przyjęto w art. 10 ust. 3 projektu rozporządzenia (Rzym I). Ogólnych zasad poszukiwania prawa właściwego dla formy umów nie stosuje się do umów, do których

⁸² Podobnie w przypadku rozmów telefonicznych z wykorzystaniem telefonów komórkowych.

⁸³ Zob. też M. P a z d a n, *O potrzebie zmiany polskiego unormowania wyboru prawa dla zobowiązań umownych*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego*, red. S. Sołtyśński, Poznań 1990, s. 632; A. S t a u d i n g e r, [w:] *Nomos Kommentar; Bürgerliches Gesetzbuch*, Hrsg. R. Schulze, Baden Baden 2005, s. 2203.

⁸⁴ D. M a r t i n y, *Objektive Vertragsanknüpfung und Form...*, s. 130. Uzasadnienie tej propozycji opublikowane jest na stronie internetowej <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/documents/gedip-documents>.

⁸⁵ *Discussion paper...*, s. 11.

⁸⁶ Zob. też S. L e i b l e, *Verbesserung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes*, [w:] *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht. Beiträge zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse*, red. S. Leible, München 2004, s. 133 i nast.

zastosowanie ma art. 5 rozporządzenia⁸⁷. Forma takich umów podlega wyłącznie prawu państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu.

Poddanie formy umów konsumenckich wyłącznej właściwości prawa miejsca zwyczajnego pobytu konsumenta wiąże się pewnymi niedogodnościami, o których była już mowa powyżej. Aby je zminimalizować, należałoby dodać jeszcze zastrzeżenie, iż jeżeli inne prawo właściwe do oceny formy umowy wyznaczone za pomocą ogólnych norm kolizyjnych jest dla konsumenta korzystniejsze, to należy je zastosować zamiast prawa miejsca zwyczajnego pobytu konsumenta.

W celu ujednoczenia terminologii używanej w konwencji rzymskiej w projekcie zmian jej treści w art. 9 ust. 4 (odpowiadającemu art. 9 ust. 6 w aktualnym brzmieniu) wyraźnie odwołano się do art. 7 konwencji dotyczącego przepisów o bezpośrednim zastosowaniu⁸⁸. Obecne brzmienie art. 9 ust. 6 może rodzić wątpliwości, czy występujące w jego treści imperatywne przepisy dotyczące formy, to ten sam rodzaj przepisów, o których mowa w art. 3 ust. 3 i art. 7 konwencji⁸⁹. Większość autorów

⁸⁷ Artykuł 5 rozporządzenia stosuje się do umów zawartych przez osobę fizyczną (konsumenta), która ma miejsce zwykłego pobytu w państwie członkowskim, w celu, który nie może być uznany za związany z jej działalnością zawodową lub gospodarczą, z inną osobą, przedsiębiorcą, działającym w wykonaniu swojej działalności zawodowej lub gospodarczej. Stosuje się go pod warunkiem, że umowa została zawarta z przedsiębiorcą, który prowadzi działalność zawodową lub gospodarczą w państwie członkowskim, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu lub w jakikolwiek sposób kieruje taką działalność do tego państwa członkowskiego lub do kilku państw, włącznie z tym państwem członkowskim, a umowa mieści się w zakresie tej działalności, chyba że przedsiębiorca nie wie, gdzie konsument ma miejsce zwykłego pobytu, a jego niewiedza nie jest spowodowana niedbalstwem. Artykułu 5 nie stosuje się do: umów w przedmiocie świadczenia usług, jeżeli usługi należne konsumentowi są świadczone wyłącznie w innym państwie niż państwo, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu; umów przewozu, innych aniżeli umowy zorganizowanej podróży w rozumieniu dyrektywy Nr 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r.; umów dotyczących prawa rzeczowego na nieruchomościach lub prawa do korzystania z nieruchomości, innych aniżeli umowy odnoszące się do prawa do czasowego korzystania w rozumieniu dyrektywy Nr 94/47/WE z dnia 26 października 1994 r.

⁸⁸ *Discussion paper...*, s. 11. Z kolei art. 7 odwołuje się do art. 3 ust. 3 definiującego *mandatory rules*.

⁸⁹ Zob. R. Freitag, *Einfach...*, s. 173-174. Autor ten wskazuje, iż brak jest konieczności modyfikowania treści art. 9 ust. 6, choć w celu ujednoczenia terminologii nie jest to wykluczone.

wyraźnie stwierdza, iż art. 9 ust. 6 opiera się na art. 7 konwencji lub pozostaje z nim w związku⁹⁰. Można nawet uznać, iż art. 9 ust. 6 idzie jeszcze dalej niż art. 7 ust. 1, gdyż ten ostatni przepis zawiera dla sędziego w zd. 2 wskazówki, którymi należy kierować się przy podejmowaniu decyzji o stosowaniu przepisów imperatywnych, a w art. 9 ust. 6 takich wskazówek brak⁹¹.

W projekcie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady o prawie właściwym dla zobowiązań umownych (Rzym I), zgodnie z art. 10 ust. 4 umowy, których przedmiotem jest prawo rzeczowe na nieruchomości lub prawo do korzystania z nieruchomości, należy oceniać na podstawie dotyczących formy, bezwzględnie obowiązujących przepisów państwa, w którym nieruchomość jest położona, o ile przepisy te są przepisami bezwzględnie obowiązującymi w rozumieniu art. 8 projektu⁹².

⁹⁰ Zob. np. M. Giuliano, P. Lagarde, *Bericht...*, s. 31-32; K. Firsching, *Übereinkommen...*, s. 41; H. Heiss, [w:] *Das Europäische...*, s. 217; G. Kresbach, *Das europäische...*, s. 67; B. Rudisch, *Europäisches...*, s. 181; R. Plender, *The European...*, s. 212.

⁹¹ A. Klausser, *EuGVÜ und EVÜ. Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen. Europäisches Schuldvertragsübereinkommen*, Wien 1999, s. 245.

⁹² Artykuł 8 stanowi, że przepisami bezwzględnie obowiązującymi są przepisy, których zastosowanie jest niezbędne dla danego państwa w celu zabezpieczenia jego politycznej, społecznej bądź ekonomicznej organizacji i które w związku z tym stosuje się w każdym stanie faktycznym objętym ich zakresem, bez względu na to, jakie prawo jest właściwe dla umowy zgodnie z rozporządzeniem. Rozporządzenie nie narusza stosowania przepisów prawa państwa sądu orzekającego, które w odniesieniu do danego stanu faktycznego są bezwzględnie obowiązujące. Ponadto, jeśli stan faktyczny sprawy wykazuje ścisły związek z innym państwem można przyznać skutek przepisom bezwzględnie obowiązującym prawa tego państwa. Przy podejmowaniu decyzji, czy przyznać skutek tym przepisom, sąd powinien wziąć pod uwagę ich charakter i przedmiot zgodnie z definicją ust. 1, a także konsekwencje ich zastosowania lub niezastosowania z punktu widzenia celów spełnianych przez te przepisy bezwzględnie obowiązujące, jak i konsekwencje dla stron.