

Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji

Roman Gąszczyk

Umowa o usługi
– uwagi *de lege lata* i wnioski *de lege*
ferenda

Promotor:
prof. dr hab. Adam Brzozowski
Instytut Prawa Cywilnego
Uniwersytet Warszawski

Warszawa 2018

Spis treści

Wstęp	6
Rozdz. I Współczesne uwarunkowania świadczenia usług	12
I. 1 Teoria trzech sektorów	12
I. 2 Teorie modyfikujące lub odrzucające trójsektorowy podział gospodarki	19
I. 3 Wzrost znaczenia prosumpcji oraz przykłady usług świadczonych w tej formule.....	22
I. 4 Umowy o świadczenie usług a rynek pracy	35
I. 5 Wybrane umowy o świadczenie usług w obrocie elektronicznym	44
I.5.1 Świadczenie usług jako przedmiot umów elektronicznych	47
I.5.2 Rodzaje umów elektronicznych	50
I.5.3 Umowy z „pośredniczącymi dostawcami usług internetowych”	57
I.5.4 Umowy z „pośredniczącymi dostawcami usług internetowych” a przepisy k.c.	60
I.5.5 Znaczenie umów z „pośredniczącymi dostawcami usług internetowych”	66
I.5.6 Konsumentckie transakcje wymienne w obrocie elektronicznym	68
I.5.7 Podsumowanie	73
Rozdz. II Świadczenie usług w ramach stosunków umownych	76
II. 1 Umowy o świadczenie usług w rzymskim prawie prywatnym	77
II.1.1 Mandatum i locatio conductio	79
II.1.2 Contractus innominati.....	87
II. 2 Świadczenie usług w przepisach wielkich kodyfikacji początku XIX w.	90
II. 3 Świadczenie usług w przepisach wielkich kodyfikacji XIX i XX w.....	96
II. 4 Świadczenie usług w przepisach kodeksu zobowiązań i kodeksu cywilnego	100
II.4.1 Umowa zlecenia według kodeksu zobowiązań	100
II.4.2 Rola umowy zlecenia według kodeksu zobowiązań w gospodarce socjalistycznej	102
II.4.3 Zmiana regulacji zlecenia po roku 1965.....	106
II.4.4 Umowy o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c.	110
II.4.5 Różnice w ujęciu niektórych aspektów problematyki świadczenia usług pomiędzy polskim kodeksem zobowiązań a kodeksem cywilnym.....	115
II. 7 Świadczenie usług w systemach prawnych kultury <i>common law</i>	118
II.7.1 Agency jako forma świadczenia usług w krajach systemu <i>common law</i>	121
II.7.2 Świadczenie usług w prawie amerykańskim	127
II.7.3 Świadczenie usług w prawie angielskim	133
II. 8 Świadczenie usług w aktach prawa międzynarodowego publicznego	143
II. 9 Świadczenie usług w prawie europejskim	145
II.9.1 Usługi jako przedmiot regulacji Traktatu	145
II.9.2 Usługi jako przedmiot regulacji prawa wtórnego.....	147
Rozdz. III Propozycje regulacji świadczenia usług przedstawiane w ramach prac nad unifikacją europejskiego prawa zobowiązań	155

III. 1 Uwagi wprowadzające	155
III. 2 Rola projektu Wspólnej Ramy Odniesienia	166
III. 3 Świadczenie usług w projekcie Wspólnej Ramy Odniesienia	173
III. 4 Świadczenie usług w projekcie „Zasad europejskiego prawa umów o świadczenie usług”	174
III. 5 Podsumowanie.....	184
Rozdz. IV Świadczenie usług jako element akcesoryjny niektórych rodzajów umowy sprzedaży	186
IV. 1 Uwagi wprowadzające	186
IV. 2 Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów	187
IV. 3 Umowa sprzedaży w obrocie konsumenckim.....	190
IV. 4 <i>Sale Contract</i> według „Zasad europejskiego prawa umów sprzedaży”	192
IV. 5 <i>Contract for the sale of goods</i> w prawie angielskim	197
IV. 6 Podsumowanie	199
Rozdz. V Przesłanki uzasadniające potrzebę nowego uregulowania problematyki umów o świadczenie usług.....	201
V. 1 Uwagi wprowadzające.....	201
V. 2 Konieczność odpowiedniego stosowania przepisów o zleceniu	204
V. 3 Praktyczne problemy związane ze stosowaniem art. 750 k.c.....	209
V. 4 Niedostosowanie obecnej regulacji do specyfiki stosunków umownych mających za przedmiot usługi	213
V. 5 Nieścisłości terminologiczne k.c. w odniesieniu do zlecenia.....	215
Rozdz. VI Propozycje regulacji świadczenia usług przedstawiane w ramach prac nad rekodyfikacją polskiego prawa cywilnego	221
VI. 1 Wstępne propozycje formułowane w ramach prac rekodyfikacyjnych	221
VI. 2 Projekt zespołu problemowego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego do spraw regulacji świadczenia usług.....	229
VI.2.1 Ogólne założenia projektu.....	229
VI.2.2 Przepisy ogólne o świadczeniu usług.....	233
VI.2.3 Przepisy o usługach dotyczących obiektu materialnego lub niematerialnego	247
VI.2.4 Podsumowanie	250
Rozdz. VII Argumenty uzasadniające wprowadzenie nowego typu umowy	253
VII. 1 Uwagi wprowadzające.....	253
VII.1.1 Sposób definiowania pojęcia usługi a określenie przedmiotu nowego typu umowy	253
VII.1.2 Świadczenie usług a zobowiązania starannego działania i rezultatu	258
VII. 2 Umowa o usługi a przesłanki wyodrębnienia nowego typu kontraktu	271

VII.2.1 Pojęcie empirycznie wykształconego typu umowy	271
VII.2.2 Przesłanka masowego charakteru (powtarzalności) typu umowy	274
VII.2.3 Przesłanka wyraźnych ram prawnych.....	275
VII.3 Problemy kwalifikacji umów w kontekście przepisów o zleceniu i umowie o dzieło w orzecznictwie.....	279
VII.3.1 Przykłady świadczeń kwalifikowanych jako przedmiot umowy o dzieło	283
VII.3.2 Przykłady świadczeń kwalifikowanych jako przedmiot umów o świadczenie usług	289
VII.3.3 Częstotliwość świadczeń jako kryterium kwalifikacji	294
VII.3.4 Powtarzalność albo unikatowość świadczeń jako kryterium kwalifikacji.....	297
VII.3.5 Obowiązek dochowania należytej staranności jako kryterium kwalifikacji.....	300
VII. 4 Podsumowanie	303
Rozdz. VIII Zastąpienie art. 750 k.c. konstrukcją umowy o usługi	307
VIII. 1 Uwagi wprowadzające.....	307
VIII. 2 Propozycja przepisów dotyczących umowy o usługi	310
VIII.2.1 Charakterystyka umowy o usługi	310
VIII.2.2 Uzasadnienie sposobu sformułowania przepisów dotyczących umowy o usługi	314
VIII. 3 Ewentualne inkorporowanie do prawa polskiego CFR – wzmianka.....	341
Zakończenie	349
Załącznik I – Zestawienie regulacji DCFR i PEL SC w zakresie świadczenia usług (kwestie ogólne)	354
Załącznik II – Propozycja przepisów alternatywnych wobec art. 750 k.c.	373
Bibliografia:	383

Stan prawny: 10 lipca 2018 r.

Wstęp

Problematyka świadczenia usług, w ramach kontraktów nieujętych w kodeksie cywilnym jako odrębny typ umowy, w literaturze cywilistycznej nie wzbudzała szerszego zainteresowania do czasu zintensyfikowania prac nad rekodyfikacją polskiego prawa cywilnego. Jednakże, nawet pomimo wzrostu zainteresowania tą problematyką kompleksowe opracowania z tej dziedziny są w dalszym ciągu stosunkowo nieliczne, a najważniejsze i najbardziej wyczerpujące z nich powstało prawie trzydzieści lat temu (rozprawa Leszka Ogiegły, Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych, Katowice 1989). Wobec szeregu zmian, mających także znaczenie dla tej sfery obrotu prawnego, jakie zaistniały od tego czasu zarówno w światowej jak i polskiej gospodarce zachodzi potrzeba nowego spojrzenia na te zagadnienia.

Wśród zmian społeczno-gospodarczych, które należy uwzględnić w kontekście analizy przedmiotowej problematyki niewątpliwie znajduje się istotny wzrost znaczenia usług dla funkcjonowania gospodarki. Przykładowo w latach 1980-2001 światowy eksport usług wzrósł ponad czterokrotnie, a światowy import usług ponad trzyipółkrotnie, przy czym należy mieć na uwadze, że dane te pochodzą z okresu, w którym nie były w pełni odczuwalne skutki zmian technologicznych umożliwiających świadczenie usług na długie dystanse bez potrzeby bezpośredniego kontaktu pomiędzy usługodawcą a usługobiorcą¹. Według szacunków Komisji Europejskiej w roku 2004 przedsiębiorcy zajmujący się tym rodzajem działalności gospodarczej wytwarzali ok. 50% Produktu Krajowego Brutto wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej, a także zatrudniali ok. 60% wszystkich pracowników funkcjonujących na europejskim rynku pracy². W 2009 r. stwierdzono natomiast, że działalność gospodarcza związana ze świadczeniem usług przekłada się na 70% zatrudnienia i wartości dodanej w państwach członkowskich Unii

¹ J. Wyszowska-Kuna, Handel usługami w procesie integracji europejskiej, Łódź 2005, s. 57-58

² Projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady o usługach na rynku wewnętrznym z dnia 5 marca 2004 r. cyt. za Principles of European Law on Service Contracts, pod red. M. Barendrecht, Ch. Jansen, A. Pinna, R. Cascão, S. van Gulijk, Oxford 2007, s. 127

Europejskiej³. Analogiczne wartości odnotowano w roku 2016, kiedy to sektory usługowe odpowiadały za ok. 70% Produktu Krajowego Brutto i zatrudnienia w Unii Europejskiej⁴. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że ustalenie faktycznej roli usług w funkcjonowaniu gospodarki jest bardzo trudne z uwagi na fakt, że wiele z nich jest świadczonych przez producentów towarów, a co za tym idzie w oficjalnych statystykach figurują one jako przejaw działalności produkcyjnej. W związku z tym znaczenie tego rodzaju działalności może być jeszcze większe niż wynika to z prowadzonych badań.

Kolejną przesłanką uzasadniającą potrzebę nowego ujęcia tego zagadnienia stanowi rozwój technologii informatycznych, które wywarły ogromny wpływ na sposób zawierania i wykonywania umów o świadczenie usług. W tym kontekście uzasadnione wydaje się sformułowanie tezy, zgodnie z którą warunki, w których korzysta się z tych kontraktów zmieniły się do tego stopnia, że w wielu przypadkach wątpliwa jest możliwość zastosowania do nich tradycyjnych rozwiązań konstrukcyjnych mających swe początki jeszcze w czasach antycznych.

W tym zakresie, należy zwrócić uwagę, że rozwiązania wypracowane w prawie rzymskim mogą służyć jako wzorzec dla stypizowanych stosunków umownych tylko do pewnego etapu rozwoju gospodarki. W epoce postindustrialnej w związku ze wzrostem znaczenia sektora usług, w szczególności z uwagi na rozwój technologii służących coraz powszechniejszemu świadczeniu „usług informatycznych”, rozwiązania antyczne dostosowane do społeczeństwa preindustrialnego i industrialnego stają się w niektórych przypadkach coraz mniej wystarczające.

Polska gospodarka, znajdująca się obecnie w fazie przejściowej pomiędzy epoką industrialną, charakteryzującą się dominacją sektora przemysłu, a postindustrialną, w której główną rolę odgrywa świadczenie usług, wymaga dla prawidłowego funkcjonowania odpowiednich regulacji mających zastosowanie dla stosunków prawnych nawiązywanych w celu wymiany usług.

Mając na względzie powyższe należałoby przedstawić podstawową hipotezę badawczą pracy. Można ją sformułować w sposób następujący: obecna kodeksowa regulacja umów o świadczenie usług, o których mowa w art. 750 k.c., nie wytrzymuje

³ J. Montegudo, A. Diexr, *Economic Performance and Competition in Service in the Euro Area: Policy Lessons in Times of Crisis*, *European Economy Occasional Papers* 2009, No. 53, s. 21 tak również V. Hatzopoulos, *Regulating Services in European Union*, Oxford 2012, s. vii, przyp. 2

⁴ A. Grycuk, P. Russel, *Członkostwo w Unii Europejskiej a rozwój gospodarczy Polski*, *Studia BAS* 2017, Nr 3(51), s. 90

konfrontacji z potrzebami praktyki obrotu prawnego, które to niedostosowanie jest często źródłem wątpliwości interpretacyjnych trudnych do rozwiązania w oparciu o obowiązujące przepisy. Ten stan rzeczy stanowi problem naukowy, którego oryginalne rozwiązanie poprzez przedstawienie postulatu zmian prawnych będzie stanowiło główny cel niniejszej rozprawy. Sformułowanie przedmiotowej propozycji wymaga przeprowadzenia badań naukowych, których rezultaty zostaną zaprezentowane w ośmiu rozdziałach niniejszego opracowania. Wnioski *de lege ferenda* ujęte w tej pracy oparte są na założeniu, zgodnie z którym w warunkach polskich stosunki kontraktowe mające za przedmiot świadczenie usług wyemancypowały się do tego stopnia, że możliwe jest stwierdzenie funkcjonowania empirycznego typu umowy o usługi oraz określenie jego cech, które są na tyle wyraźne i stałe, iż za uzasadnione należy uznać zaproponowanie stypizowania takiego kontraktu w kodeksie cywilnym. Przedstawienie takiego rozwiązania wychodziłoby naprzeciw identyfikowanemu problemowi w postaci trudności w stosowaniu regulacji mających zastosowanie do nienazwanych umów do świadczenie usług, dla których *de lege lata* stosuje się albo odpowiednio przepisy o umowie zlecenia albo, w ramach wnioskowania *per analogiam*, przepisy o umowie o dzieło. W tej kwestii można sformułować hipotezę zgodnie z którą dla ww. kategorii kontraktów lepszym sposobem regulacji będzie ujęcie właściwych przepisów w ramach odrębnego typu umowy. Tym samym proponuje się odejście od odpowiedniego stosowania przepisów o zleceniu (poprzez uchylenie art. 750 k.c.) oraz kwestionuje formułowaną w literaturze propozycję ujęcia tej problematyki wyłącznie w przepisach ogólnych prawa zobowiązań⁵. W kontekście przedstawienia tego postulatu należy mieć na względzie historyczne uwarunkowania, które doprowadziły do wyrażenia w k.c. regulacji umowy zlecenia w jej obecnej postaci. Otóż przyjęcie tych rozwiązań było reakcją na problemy, jakich doświadczano w okresie obowiązywania kodeksu zobowiązań, kiedy to ustalenie, czy dany stosunek prawny mający za przedmiot usługi powinien podlegać regulacji przepisów o umowie o dzieło czy o umowie zlecenia, było zadaniem przysparzającym znacznych trudności⁶. Zrealizowane w k.c. ograniczenie drugiego z ww. kontraktów jedynie do czynności prawnych sprawiło, że odróżnienie typowego przypadku zlecenia od innych

⁵ Zob. Zespół Problemowy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego do spraw regulacji świadczenia usług, Projekt zobowiązań świadczenia usług, Transformacje Prawa Prywatnego 2014, Nr 4, s. 75-78, M. Pecyna, F. Zoll, Założenia projektu zobowiązań świadczenia usług w nowym kodeksie cywilnym, Transformacje Prawa Prywatnego 2014, Nr 4, s. 72

⁶ Zob. np. S. Wójcik, Odgraniczenie umowy o dzieło od umowy o pracę i od umowy zlecenia, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace Prawnicze 1963, z. 10, s. 182 i cyt. tam lit.

umów o świadczenie usług stało się bezproblemowe⁷. Udało się zrealizować ten skutek, gdyż – jak zauważa A. Brzozowski – doprowadziło to do wyeliminowania licznych kontrowersji dotyczących zakresu i treści pojęcia „czynność”⁸. Jednocześnie wraz z nowym ujęciem tej umowy w treści art. 750 k.c. znalazła w przepisach kodeksu wyraz reguła interpretacyjna nakazująca identyfikować właściwy zakres regulacji dla stosunków zobowiązaniowych mających za przedmiot usługi poprzez eliminację wszystkich typów umów z wyjątkiem zlecenia, do rozważenia którego należałoby powrócić, wówczas gdy każdy z poprzednio rozważonych okazałby się niemożliwy do zastosowania⁹. Rozwiązanie to niewątpliwie należy ocenić jako teoretycznie poprawne, niemniej jednak okazało się, że w praktyce obrotu odpowiednie stosowanie przepisów o zleceniu dostarczyło wielu trudności¹⁰, jak również zdezaktualizowało się wobec potrzeb obrotu i zidentyfikowania nowych możliwości ustawowego ujęcia przedmiotowej problematyki¹¹.

Mając na względzie powyższe uwarunkowania w ramach tezy tej rozprawy zostanie przyjęte założenie według którego skutek zmiany kodeksowej regulacji umów mających za przedmiot usługi nie można zarówno powrócić do rozwiązań obowiązujących pod rządami rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. - Kodeks zobowiązań¹², zwanego dalej „k.z.” lub „Kodeksem zobowiązań”, jak i całkowicie odrzucić koncepcji stypizowania ogólnie ujętego kontraktu o usługi na rzecz poświęcenia tej problematyce jedynie przepisów ogólnych. Wynika to stąd, że przyjęcie pierwszej opcji doprowadziło by do przywrócenia problemów identyfikowanych przed przyjęciem k.c., a zastosowanie drugiej nie wyeliminowałoby trudności doświadczanych obecnie, które – jak to zostanie wykazane w niniejszej rozprawie – wynikają z braku precyzyjnie ujętego modelu kontraktu mogącego stanowić źródło inspiracji dla

⁷ Zob. S. Wójcik, Umowa zlecenia – uwagi *de lege ferenda* [w:] Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Stanisława Soltysińskiego, Poznań 2004, s. 304

⁸ A. Brzozowski [w:] A. Brzozowski, J. Frąckowiak, W. J. Katner, J. Napierała, M. Nesterowicz, L. Ogiegło, A. Olejniczak, J. Pisuliński, E. Rott-Pietrzyk, M. Stec, L. Stecki, A. Stelmachowski, J. Strzępka, System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, t. 7, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2004, s. 331. Szerzej W. Ludwiczak, Umowa zlecenia, Poznań 1955, s. 72-81.

⁹ Regułę tę zidentyfikowano już pod rządami k.z. Zob. W. Ludwiczak, *op.cit.*, s. 57, ale możliwość jej zastosowania również *de lege lata* słusznie zidentyfikował A. Brzozowski. Zob. A. Brzozowski, System..., t. 7, s. 331

¹⁰ Zob. E. Rott-Pietrzyk, Systematyka części szczegółowej zobowiązań a miejsce umów o pośrednictwo sensu largo (głos w dyskusji), Transformacje Prawa Prywatnego 2013, nr 1, s. 60–61

¹¹ M. Pecyna, F. Zoll Regulacja świadczenia usług jako wyzwanie legislacyjne [w:] Współczesne problemy prawa zobowiązań, pod red. A. Olejniczaka, J. Haberko, A. Pyrzyńskiej, D. Sokołowskiej, Warszawa 2015, s. 574, s. 574-575

¹² Dz. U. nr 82 poz. 598

uczestników obrotu i punkt odniesienia w działalności orzeczniczej organów władzy publicznej.

Przechodząc do opisanego systematyki niniejszej rozprawy należy wskazać, że w pierwszej kolejności zaprezentowane będą najważniejsze, z perspektywy tematyki pracy, refleksje dotyczące świadczenia usług formułowane w literaturze ekonomicznej i socjologicznej wraz z przedstawieniem przykładów kontraktów, których funkcjonowanie w obrocie uzasadnia potrzebę zmiany regulacji w tym zakresie. Następnie przedstawiona zostanie problematyka sposobów ujęcia regulacji świadczenia usług w kontekście historycznym i prawnoporównawczym z uwzględnieniem propozycji legislacyjnych formułowanych w ramach prac nad unifikacją prawa zobowiązań państw członkowskich Unii Europejskiej. Wzrastająca rola usług wymaga również odniesienia się do sytuacji, w których stanowią one świadczenie akcesoryjne względem zobowiązania podstawowego, co zostanie dokonane na przykładzie umowy sprzedaży. Po nakreśleniu podejścia do cywilnoprawnej regulacji świadczenia usług w ujęciu historycznym i komparatystycznym zostaną przedstawione argumenty uzasadniające potrzebę zmiany polskich rozwiązań w tym zakresie. Ta argumentacja zostanie skonfrontowana z odpowiednimi propozycjami formułowanymi w ramach działań zmierzających do rekodyfikacji polskiego prawa cywilnego. W tym zakresie zostanie podjęta próba zakwestionowania zasadności przyjęcia rozwiązań służących ujęciu dominującej części przepisów o świadczeniu usług w części ogólnej prawa zobowiązań na rzecz zaproponowania nowego uregulowania umów mających za przedmiot usługi *de lege lata* wskazanych w art. 750 k.c. Przedmiotowa propozycja zostanie odpowiednio umotywowana poprzez wykazanie, że w obecnych uwarunkowaniach gospodarczych zasadne jest postawienie tezy o wykształceniu się nowego typu umowy, którego odpowiednie opisanie w przepisach prawa powszechnie obowiązującego wychodziłoby naprzeciw zidentyfikowanym problemom w stosowaniu norm prawnych dotyczących usług oraz potrzebom uczestników obrotu. Właśnie ostatni rozdział rozprawy zostanie poświęcony szczegółowemu zaprezentowaniu sposobu ujęcia nowego typu. Propozycja przedstawiona w niniejszej pracy będzie mogła stać się uzupełnieniem bieżącej dyskusji o kształcie polskiego prawa cywilnego przewidzianego do osiągnięcia w rezultacie przeprowadzenia rekodyfikacji.

Mając na względzie, że pojęcie umów o świadczenie usług może być rozumiane na różne sposoby już na samym wstępie należałoby wyjaśnić jakie jego znaczenie zostało przyjęte w niniejszym opracowaniu. Wspomniane określenie, w tej rozprawie, odnosi się

do tzw. „umów o świadczenie czynności usługowych” czy „umów o świadczenie usług w znaczeniu czynnościowym”¹³. Sformułowania te dość dobrze opisują ten rodzaj kontraktów, którego ze względu na niemożność przyporządkowania do żadnego z istniejących typów kodeksowych czy pozakodeksowych, nawet przy zastosowaniu wnioskowania *per analogiam*, trzeba poddać regulacji umowy zlecenia na podstawie art. 750 k.c., znajdującego wobec takich stosunków obligacyjnych odpowiednie zastosowanie. Ponadto w niniejszej pracy, począwszy już od jej tytułu, używane jest określenie „umowa o usługi”. To sformułowanie używane jest dla oznaczenia nowego typu umowy, którego wprowadzenie do prawa polskiego postuluje się w tej rozprawie. Niemniej jednak, należy zauważyć, że desygnatami nazw „umowa o świadczenie czynności usługowych”, „umowa o świadczenie usług w znaczeniu czynnościowym”, „umowa o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c.”, „nienazwane umowy o świadczenie usług” czy wreszcie „umowa o usługi” będą te same kontraktowe stosunki obligacyjne.

Podjmując się próby uzasadnienia nazwy nowego typu należy zauważyć, że treść tej propozycji ma na celu nie tylko uproszczenie terminologii prawnej w tym zakresie, lecz również wyeliminowanie charakteryzujących ją obecnie uchybień. W tym kontekście trzeba bowiem spostrzec, że zastosowane w art. 750 k.c. sformułowanie „umowy o świadczenie usług” nosi znamiona tautologii. Ta obserwacja została już poczyniona przez L. Ogiegło, który zauważył, że wspomniany powyżej zwrot z uwagi na to, że sama „usługa” stanowi świadczenie jest niepoprawny. Niemniej jednak, pomimo dokonania tej obserwacji L. Ogiegło, z uwagi na nazewnictwo przyjęte w k.c. oraz powszechność stosowania tego określenia, w momencie sformułowania tej konstatacji, nie przedstawił postulatu zmian stosowanego nazewnictwa¹⁴. W każdym razie, w ramach prac rekodyfikacyjnych wyeliminowanie tego uchybienia należałoby uznać za uzasadnione przynajmniej w sferze języka prawnego.

¹³ Wyrażeniami takim posłużył się R. Szostak. Zob. R. Szostak, Problem systematyki umów obligacyjnych w nowym kodeksie cywilnym, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2011, Nr 1, s. 63 i 70

¹⁴ L. Ogiegło, *Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych*, Katowice 1989, s. 106

Rozdz. I Współczesne uwarunkowania świadczenia usług

Leszek Ogiegło już na samym początku swojego najważniejszego opracowania poświęconego problematyce analizowanej również w niniejszej pracy, nie bez racji zauważył, że moment powstania koncepcji świadczenia usług, opartej na powierzeniu wykonania określonej czynności innemu człowiekowi, w miejsce osobistego angażowania się w dane działanie „»ginie w pomroce dziejów ludzkiej cywilizacji«”¹⁵. Nie oznacza to jednak, że nie podejmowano prób opisanie roli usług w dziejach ludzkości. Kwestia ta stanowiła przedmiot zainteresowania takich przedstawicieli nauk społecznych jak socjologowie i ekonomiści. W ramach periodyzacji rozwoju cywilizacji zachodniej wyróżniali oni okresy, bardzo często przyjmując ich trójpodział, które charakteryzowali odwołując się m.in. do roli usług w danym czasie. W tym kontekście za szczególnie interesującą można uznać teorię trzech sektorów.

I. 1 Teoria trzech sektorów

Przedstawiciele nauk ekonomicznych dopatrują się genezy teorii trzech sektorów przede wszystkim w poglądach merkantylistów, a także w pracach Williama Petty’ego, Adama Smitha, Wawrzyńca Surowieckiego, Fryderyka Skarbka oraz Friedricha Lista¹⁶.

W dorobku merkantylistów można doszukać się tezy, zgodnie z którą pomnażanie bogactwa (czy innymi słowy podtrzymywanie procesów rozwojowych) wymaga przede wszystkim rozwoju takich działów gospodarki jak przemysł i handel, a w mniejszym zakresie rolnictwa¹⁷. Rozumiejąc przemysł jako rzemiosło i manufaktury, przedstawiciele tego nurtu, formułowali postulaty budowania manufaktur rzemieślniczych zatrudniających wolną siłę roboczą, a tym samym przyczyniających się do bogacenia się kraju, co

¹⁵ L. Ogiegło, *Usługi...*, s. 3

¹⁶ E. Kwiatkowski, *Teoria trzech sektorów gospodarki. Prezentacja i próba oceny*, Warszawa 1980, s. 10

¹⁷ *Ibidem*, s. 14-15

spowodowane będzie tym, że importer dóbr przemysłowych wytworzonych w manufakturach zapłaci nie tylko za uzyskany towar, lecz również za włożoną w jego wytworzenie pracę¹⁸. W ten sposób rozwój przemysłu powinien wpłynąć na rozwój handlu i odwrotnie¹⁹. Uzupełnieniem stanowiska, zgodnie z którym rozwój handlu, a pośrednio również rozwój przemysłu wymaga zwiększonych nakładów siły roboczej mogą być poglądy W. Petty'ego. Zrównując rolę kapitału i jednostki zauważał, że zarówno „na kapitał, jak i na człowieka ponosi się pewne wydatki, a z nich pochodzi zdolność świadczenia usług, którymi spłaca się te wydatki z zyskiem” (właśnie ze względu na to twierdzenie autorowi temu przypisuje się miano jednego z prekursorów teorii kapitału ludzkiego)²⁰. Konsekwencją uznania pracy ludzkiej (jej, ilości, jakości i rozmieszczenia) za jeden z głównych czynników decydujących o bogactwie kraju obok dobrze rozwiniętego przemysłu, handlu i transportu, było sformułowanie postulatu zwiększenia zatrudnienia w usługach mającego doprowadzić do zapewnienia wzrostu zamożności²¹.

Kolejną koncepcją, która doprowadziła do ukształtowania się teorii trzech sektorów było rozróżnienie pracy produkcyjnej od nieprodukcyjnej (usług) dokonane w dziele Adama Smitha – „Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów”. Idea ta została przez A. Smitha zapożyczona od fizjokratów, dowodzących, iż wszelkie nadwyżki w gospodarce pochodzą z rolnictwa w związku z tym należy je określić mianem produktywnego²². W ujęciu wspomnianego autora przymiot pracy produkcyjnej uzyskała również wszelka produkcja materialna²³. Jednocześnie wraz z rozróżnieniem dwóch rodzajów pracy dokonał ich wartościowania, w ramach którego wskazał, że praca produkcyjna jest lepsza, gdyż jej przejawem jest produkt (i obecna w nim wartość dodana), podczas gdy rezultaty pracy nieprodukcyjnej giną (zostają skonsumowane) już w momencie jej wykonania nie przyczyniając się do wytworzenia wartości dodanej²⁴. Ilustrując te prawidłowości A. Smith wyjaśniał, że „praca robotnika na przykład powiększa, na ogół, wartość przetwarzanych przez niego materiałów o wartość jego

¹⁸ S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), *Współczesna ekonomika usług*, Warszawa 2005, s. 28

¹⁹ *Ibidem*

²⁰ M. Kunaś, *Teoria kapitału ludzkiego na tle dorobku myśli ekonomicznej*, [w:] *Unifikacja gospodarek europejskich: szanse i zagrożenia*, pod red. A. Manikowskiego i A. Psyka, Warszawa 2004, s. 1-2

²¹ S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), *op. cit.*, s. 28

²² W. Kwaśnicki, *Ekonomia klasyczna - spojrzenie z innej perspektywy*, *Ekonomista* 1998, Nr 5-6, s. 17

²³ *Ibidem*

²⁴ S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), *op. cit.*, s. 28

utrzymania i zysk pracodawcy”²⁵. Natomiast odnosząc się do usług wskazywał, że „praca [...] służby domowej nie powiększa wartości żadnego przedmiotu”²⁶. Tym samym im większa liczba osób zatrudniona jest w produkcji tym większe w danej gospodarce zasoby środków produkcji i zdolności produkcyjne²⁷. Konsekwencją tego stwierdzenia było zdeprecjonowanie roli przedstawicieli wielu ważnych profesji, która właśnie ze względu na brak produkcyjnego charakteru²⁸, w zakresie społecznej użyteczności, została oceniona w tych samych kategoriach co wysiłek służby domowej²⁹. Należy podkreślić, że w swej teorii Smith, nadając pierwszorzędne znaczenie pracy produkcyjnej, formułował również postulaty odnośnie treści stosunków zobowiązaniowych wiążących robotników z właścicielami środków produkcji. W tym zakresie dostrzegał potrzebę ochrony słabszej strony umowy³⁰, uzasadniając to koniecznością wyrównania oczywistej dysproporcji sił pomiędzy pracownikami a pracodawcami w przemyśle wynikającą nie tylko z uwarunkowań ekonomicznych, lecz również prawnych³¹. Na zakończenie prezentacji poglądów A. Smitha warto wspomnieć, że w nauce ekonomii krytycznie ocenia się jego koncepcje pracy produkcyjnej i nieprodukcyjnej oraz związaną z nimi teorię wartości dóbr opartą na pracy³².

Również w dorobku polskich ekonomistów można doszukiwać się podwalin teorii trzech sektorów. W tym zakresie warto wskazać na poglądy W. Surowieckiego oraz F. Skarbka, którzy konfrontując założenia doktryny liberalnej ekonomii zachodniej z problemami gospodarczymi ziem polskich, przede wszystkim dostrzegali istnienie

²⁵ A. Smith, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, t. 1, Warszawa 1954, s. 417

²⁶ *Ibidem*

²⁷ S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), *op. cit.*, s. 28

²⁸ „Podobnie jak praca służby domowej, tak i praca ludzi z niektórych najszanowniejszych stanów społecznych jest nieprodukcyjna, czyli nie utrwała się ani nie realizuje w żadnym trwałym przedmiocie ani towarze przeznaczonym na sprzedaż, który trwa przynajmniej w ciągu pewnego czasu po wykorzystaniu pracy i za który można by zdobyć później tę samą ilość pracy. Panujący i wszyscy urzędnicy cywilni i wojskowi, którzy pod nimi służą, cała armia i flota są pracownikami nieprodukcyjnymi. Ich usługi, choćby nie wiedzieć jak zaszczytne, pożyteczne i niezbędne, nie wytwarzają niczego, za co można później zdobyć równą ilość usług.” Zob. A. Smith, *op. cit.*, s. 418

²⁹ „Do tej samej klasy trzeba też zaliczyć wiele zawodów poważnych i o doniosłym znaczeniu, a zarazem najbardziej niefrasobliwych: duchownych, prawników, lekarzy, wszelkiego rodzaju ludzi pióra, aktorów, błaznów, muzykantów, śpiewaków i tancerzy operowych, itd.” Zob. A. Smith, *op. cit.*, s. 418

³⁰ „Zwykle płace robocze zależą od umów zawieranych między dwiema stronami, których interesy bynajmniej nie są takie same.” Zob. A. Smith, *op. cit.*, s. 85

³¹ Nie trudno jednak przewidzieć, która z tych dwóch stron we wszystkich okolicznościach musi mieć przewagę w sporze i zmusi drugą stronę do przejęcia swych warunków. Pracodawcy, jako mniej liczni, o wiele łatwiej mogą się zrzekać, a poza tym prawo uznaje ich zrzeczenia lub przynajmniej ich nie zabrania, robotnikom zaś nie pozwala się zrzekać.” Zob. A. Smith, *op. cit.*, s. 84

³² Koncepcje pracy produkcyjnej i nieprodukcyjnej, w ujęciu A. Smitha, W. Kwaśnicki ocenia wręcz jako fałszywą, a cytowany przez niego M. N. Rothbard uznaje, że skoro „Adam Smith jest tym, który odpowiada za wprowadzenie do ekonomii teorii wartości opartej na pracy”, to „on powinien ponieść odpowiedzialność za pojawienie się i wszelkie konsekwencje związane z marksizmem”. Zob. W. Kwaśnicki, *op. cit.*, s. 17 i 19.

odrębnych od rolnictwa sektorów gospodarki w postaci, przemysłu i handlu, a ponadto postulowali ich rozwój w kontekście potrzeby przebudowy zacofanej gospodarki³³. Należy podkreślić, że zarówno W. Surowiecki jak i F. Skarbek za czynnik zwiększający jakość pracy uznawali wykształcenie i kwalifikacje. Pierwszy ze wspomnianych autorów uważał pracę ludzką za główne źródło bogactwa, a wysokość jej produktywności uzależniał od poziomu kwalifikacji siły roboczej³⁴. Drugi z powyżej powołanych ekonomistów, dochodził do podobnych wniosków uznając, że pomiędzy oświatą a bogactwem istnieją ściśle wzajemne relacje warunkujące ich występowanie. Uważał, iż oświata zwiększa siły produkcyjne, zaś bogactwo umożliwiające zaspokajanie coraz to nowych potrzeb, pozytywnie wpływa na ludzką wynalazczość, która to z kolei wspiera rozwój edukacji³⁵.

Za kolejnego autora, którego dorobek przyczynił się do sformułowania teorii trzech sektorów uznaje się F. Lista, żyjącego w latach 1789-1846. Wyróżnił on pięć etapów rozwoju gospodarczego tj.: stan dzikości (*wilder Zustand*), stadium pasterstwa (*Hirtenstand*), stadium rolniczego (*Agrikulturstand*), stadium rolniczo-przemysłowego (*Agrikultur-Manufkturstand*) oraz stadium rolniczo-przemysłowo-handlowego (*Agrikultur-Manufktur-Handelsstand*)³⁶. Właśnie z uwagi na dokonaną przez niego charakterystykę ostatniego ze wspomnianych etapów, zgodnie z którą w krajach wysoko rozwiniętych znacznemu poziomowi produkcji materialnej towarzyszy silnie rozwinięta produkcja niematerialna, przypisano mu rolę bezpośredniego prekursora teorii trzech sektorów³⁷. Autor ten również sformułował koncepcję, zgodnie z którą wraz z nastaniem kolejnego okresu w procesie rozwoju gospodarczego spada znaczenie rolnictwa, a rośnie rola najpierw przemysłu, a potem handlu³⁸.

³³ S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), *op. cit.*, s. 29.

³⁴ W. Surowiecki, *Wybór pism*, Warszawa 1957, s. 75-77, 353-355 cyt. za G. Wronkowska, *Koncepcja kapitału ludzkiego – ujęcie historyczne w: Teoretyczne aspekty gospodarowania*, pod red. D. Kopycińskiej, Szczecin 2005, s. 126.

³⁵ F. Skarbek, *Ogólne zasady nauki gospodarstwa narodowego, czyli czysta teoria ekonomii politycznej*, t. II, Kraków 1955, s. 66 cyt. za G. Wronkowska, *op. cit.*, s. 126

³⁶ Przy tym w teorii ekonomii uznaje się, że w okresie, w którym tworzył F. Liszt, w stadium rolniczym znajdowała się gospodarka Hiszpanii i Portugalii, w stadium rolniczo-przemysłowym Niemcy z silnie rozwiniętym przemysłem, natomiast w rolniczo-przemysłowo-handlowym Wielka Brytania, w której dobrze wykształcona była nie tylko produkcja materialna, lecz również dziedziny produkcji niematerialnej i usługi – w tym również nauka, oświata w wychowanie. Zob. S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), *op. cit.*, s. 30

³⁷ S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), *op. cit.*, s. 30

³⁸ M. Daszkowska, *Usługi. Produkcja, rynek, marketing*, Warszawa 1998, s. 21, S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), *op. cit.*, s. 30,

Pierwszym ekonomistą, który wprost zastosował podział gospodarki na sektory był A. Schwarz. Dokonał tego w 1888 r. w kontekście analizy zatrudnienia w Szwajcarii dzielącego się, w jego ujęciu, na: zatrudnienie związane z pozyskiwaniem zasobów naturalnych, zatrudnienie związane z przetwarzaniem i uszlachetnianiem wytworów natury i pracy oraz zatrudnienie w handlu transporcie (turystyce) i usługach osobistych³⁹.

Za pierwszych przedstawicieli teorii trzech sektorów uznaje się nowozelandzkiego ekonomistę A. Fishera, angielskiego ekonomistę i statystyka C. Clarka oraz francuskiego ekonomistę i socjologa J. Fourastié. Punktem wyjścia dla rozważań każdego z nich był podział gospodarki na trzy strefy, chociaż każdy z nich, w sposób nieco odmienny określał zakres poszczególnych sektorów⁴⁰.

A. Fischer⁴¹, umiejscawiał w pierwszym sektorze rolnictwo, pasterstwo, a także kopalnictwo, w drugim przemysł przetwórczy, a w trzecim takie usługi jak handel, transport, komunikację, gastronomię, usługi osobiste, rozrywkowe, muzykę, sztukę, ochronę zdrowia⁴².

Poglądy C. Clarka odnośnie zakresu każdego z trzech sektorów na przestrzeni lat ewoluowały. W pierwszym wydaniu swojej pracy *The Conditions of Economic Progress* z 1951 r. uznał, że w ramach działalności zaliczanych do pierwszego sektora należy wymienić rolnictwo, leśnictwo, rybołówstwo i myślistwo, w drugim umieścił przemysł przetwórczy, kopalnictwo, budownictwo oraz wytwarzanie energii elektrycznej, a w trzecim usługi⁴³. Natomiast w wydaniu trzecim wspomnianej publikacji pochodzącym z 1957 r. nie tylko odrzucił pojęcia pierwszego, drugiego i trzeciego sektora, lecz również wprowadził nowy trójpodział opierający się na wyróżnieniu sektora rolniczego (obejmującego kopalnictwo), przemysłowego i usługowego⁴⁴. W tym ostatnim wyodrębnił transport i komunikację, handel i finanse, usługi profesjonalne (doradcze), administrację publiczną, obronę narodową oraz usługi osobiste. Ponadto do sektora usług zaliczył również budownictwo.

³⁹ K. Rogoziński, *Usługi rynkowe*, Poznań 2000, s. 92

⁴⁰ M. Daszkowska, *op. cit.*, s. 21-22, I. Rudawska [w:] I. Rudawska, K., Błoński, M. Wiścicki, M. Soboń, S. Bąkowska, K. Koziół, *Usługi w gospodarce rynkowej*, pod red. I. Rudawskiej, Warszawa 2009, s. 28

⁴¹ Swoje poglądy na temat struktury gospodarki autor ten przedstawił w pracy *The Clash of Progress and Security* wydanej w 1935 r. w Londynie.

⁴² M. Daszkowska, *op. cit.*, s. 22, S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), *op. cit.*, s. 30

⁴³ M. Daszkowska, *op. cit.*, s. 22

⁴⁴ *Ibidem*

J. Fourastié⁴⁵ dokonał wyróżnienia trzech sektorów w oparciu o klasyfikację zawodową, uznając, że sektor drugi nie obejmuje pracowników umysłowych, którzy powinni być zaliczeni do sektora trzeciego. Jednakże ze względu na brak danych statystycznych dotyczących struktury zatrudnienia, podobnie jak A. Fisher i C. Clark musiał odwołać się do klasyfikacji gałęziowej⁴⁶.

Każdy z powyżej wspomnianych autorów w jednakowy sposób formułował twierdzenia dotyczące przemian sektorów w czasie. Wynikało z nich, że wraz z rozwojem gospodarki spada znaczenie sfery rolnictwa, natomiast rośnie znaczenie przemysłu, które jednak z czasem ulega stabilizacji ustępując sektorowi usług charakteryzującemu się ustawicznym wzrostem na wszystkich etapach rozwoju gospodarki⁴⁷.

Opisana teoria stanowiła przedmiot zainteresowania nie tylko dla ekonomistów, lecz również socjologów. Była ona wykorzystywana w analizach makrospołecznych, wśród których za najciekawszą uchodzi ta przedstawiona w opracowaniu Davida Bella pt. *The Coming of Post-Industrial Society. A Venture In Social Forecasting*. Można ją postrzegać jako interesujące rozwinięcie teorii trzech sektorów, gdyż w ramach wyróżnienia trzech okresów w dziejach cywilizacji, podobnie jak we wspomnianej teorii podkreśla się, że rola usług na danym etapie dziejów stanowi kryterium periodyzacji historii gospodarczej.

D. Bell wyróżniając trzy fazy rozwoju społeczeństwa określa je mianem: preindustrialnej, industrialnej oraz postindustrialnej⁴⁸.

Wśród cech charakteryzujących pierwszy z powyżej wymienionych okresów D. Bell wymienił niską wydajność pracy oraz ogromną liczbę ludzi w wieku produkcyjnym, przy czym współistnienie tych dwóch czynników prowadzi do powstania nadmiaru siły roboczej tylko częściowo wykorzystywanej w usługach rolniczych lub domowych⁴⁹. Znaczna liczba osób zatrudnionych przy świadczeniu usług osobistych lub domowych powoduje, że są to zajęcia nisko płatne, często podejmowane tylko w zamian za wyżywienie⁵⁰. Uzupełniając powyższej przedstawiony opis warto wspomnieć, że

⁴⁵ Swoje poglądy na temat struktury gospodarki autor ten przedstawił w pracy *Le Grand Éspoir du XX Siècle* wydanej w 1949 r. w Paryżu.

⁴⁶ M. Daszkowska, *op. cit.*, s. 22

⁴⁷ M. Daszkowska, *op. cit.*, s. 23, I. Rudawska, *op. cit.*, s. 29

⁴⁸ D. Bell, *The Coming of Post-Industrial Society. A Venture in Social Forecasting*, New York 1973, s. 126-129

⁴⁹ *Ibidem*, s. 126

⁵⁰ O skali nadwyżki podaży na rynku usług domowych dobitnie świadczą przytaczane przez D. Bella fakty historyczne. Warto wspomnieć, że do połowy ery wiktoriańskiej w Anglii służący stanowili najliczniejszą grupę zawodową. W konsekwencji na ich zatrudnianie mogli sobie pozwolić nawet niezamożni reprezentanci

ówcześni usługodawcy, w szczególności w początkach fazy pre-industrialnej, rzadko kiedy wykonywali swoją działalność w ramach stosunków zobowiązaniowych. Bardzo często jako niewolnicy nie posiadali zdolności prawnej, a tym samym ich praca była traktowana w kategoriach pożytków, które właściciel może czerpać z przynależnej mu rzeczy. W związku z tym należy uznać, że świadczenie usług w tym okresie, w przeważającej mierze nie stanowiło przedmiotu stosunków obligacyjnych, lecz praworzeczowych. Ten stan rzeczy nie sprzyjał rozwojowi kontraktów mogących stanowić źródło zobowiązań, których przedmiotem były usługi. Poza tym, nawet ludzie wolni niechętnie angażowali się w odpłatne świadczenie usług. Było to spowodowane podziałem wszelkich form ludzkiej aktywności na *artes liberales*, czyli sztuki wyzwolone, i ich przeciwieństwo czyli *artes sordide, serviles*, rozumianych jako pospolite, wręcz nieczyste, wśród których wyróżniano m.in. tkactwo, żeglarstwo, rolnictwo, medycynę oraz teatr⁵¹. Ludzie wolni nie mogli angażować się w tę działalność, ponieważ była ich niegodna, a ponadto nie mogli w tym zakresie korzystać z przynależnej im zdolności kontraktowej w celu spieniężenia ewentualnie świadczonych usług, ponieważ to również nie godziło się z powagą ich stanu. Dopiero z czasem obostrzenia te zostały złagodzone pod naporem wymagań praktyki obrotu prawnego, co dało pole do rozwoju odpowiednich stosunków kontraktowych. Kwestie te zostaną bardziej szczegółowo opisane w rozdziale poświęconym problematyce umów o świadczenie usług w prawie rzymskim.

Na drugą z wyróżnionych przez Bella faz, czyli industrialną, przypada początek szczególnie intensywnego rozwoju sektora usług. Jego przejawem jest zanikanie tradycyjnych zawodów usługowych oraz pojawienie się nowych usług związanych z obsługą produkcji tj. transportu czy obrotu towarowego już na początku okresu wzmoczonej industrializacji⁵². W tym czasie rozpoczyna się również świadczenie usług publicznych, których nieprzerwane istnienie i finansowanie wymaga zaangażowania państwa⁵³. Wreszcie wyróżniana w tym okresie faza masowej konsumpcji prowadzi do rozwoju działalności usługowej z zakresu handlu hurtowego i detalicznego, kanałów i systemów dystrybucji, finansów, ubezpieczeń oraz zarządzania nieruchomościami, która

wyższych warstw społecznych. W tym kontekście D. Bell powołuje przykład rodziny Karola Marksa, która mieszkając jedynie w dwóch pokojach w londyńskim Soho i doznając niekiedy poważnych problemów ze sfinansowaniem tego wydatku (co skutkowało nawet eksmisjami) była w stanie zatrudnić jednego, a w niektórych okresach nawet dwóch służących. D. Bell, *op. cit.*, s. 126

⁵¹ K. Rogoziński, *op. cit.*, s. 91

⁵² D. Bell, *op. cit.*, s. 127

⁵³ K. Rogoziński, *op. cit.*, s. 114

wiąże się powstawaniem miejsc pracy dla profesjonalistów⁵⁴. Konsekwencją wzrostu znaczenia usług jest rozwój prawa zobowiązań, które utrwalając najbardziej efektywne wzorce kontraktowe wykształcone w praktyce obrotu, typizuje określone rodzaje transakcji. Za przejaw tych tendencji można uznać wprowadzenie odpowiednich wzorców kontraktowych do tzw. wielkich kodyfikacji.

Jednakże największe znacznie usługi uzyskują w okresie postindustrialnym. Potrzebne do ich świadczenia wiedza, informacje i umiejętności zaczynają odgrywać rolę zbliżoną do tej, którą miały w poprzednich fazach praca fizyczna czy energia, tj. stają się podstawą działalności wytwórczej. Co więcej, zaczynają być postrzegane jako wyznacznik standardu życia, tak jak w poprzedniej fazie gromadzone przez jednostkę dobra materialne. Możliwość uzyskania jak najszerszego dostępu do usług edukacyjnych, artystycznych, rekreacyjnych i zdrowotnych staje się celem każdej jednostki stanowiącym o jej statusie⁵⁵.

Na zakończenie prezentacji teorii trzech sektorów i wywodzących się z niej koncepcji, warto wspomnieć, że została ona poddana w nauce ekonomii poważnej krytyce. Wśród głównych zarzutów, jakie formułowano w tym kontekście należy wymienić jej ogólnikowość oraz heterogeniczny charakter trzeciego sektora. W szczególności ten ostatni zarzut z czasem doprowadził do wyodrębnienia koncepcji zakładających dezintegrację sektora usług, a także do rozważań w całej rozciągłości negujących zasadność tej teorii.

I. 2 Teorie modyfikujące lub odrzucające trójsektorowy podział gospodarki

Główny nurt poglądów zakładających konieczność modyfikacji teorii trzech sektorów opierał się na stwierdzeniu nadmiernej różnorodności rodzajów działalności klasyfikowanych w ramach trzeciego sektora. W tym zakresie sformułowano liczne poglądy postulujące wyodrębnienie kolejnych sektorów lub podsektorów w ramach sfery usług. Tytułem przykładu można przedstawić najbardziej interesujące propozycje.

Jednym ze zwolenników wyodrębnienia czwartego sektora jest szwajcarski ekonomista L. Menz, który wyróżnił z trzeciego sektora usługi oświatowe oraz usługi zapewniające różne sposoby wykorzystania czasu wolnego. Według wspomnianego

⁵⁴ D. Bell, *op. cit.*, s. 127

⁵⁵ *Ibidem*

autora ten nowowyodrębniony dział gospodarki ma szczególne znaczenie, ponieważ dostarcza usług rozwijających osobowość ludzką, która ulega zubożeniu na skutek specjalizacji produkcji przemysłowej⁵⁶ powodującej intelektualne wyjałowienie pracowników⁵⁷.

Natomiast, znacznie większa liczba autorów proponuje wyodrębnienie podgrup bądź podsektorów w ramach trzeciej sfery gospodarki. Tytułem przykładu można przedstawić podział autorstwa M.A. Katouziana, który zaproponował wyodrębnienie w ramach trzeciego sektora trzech podgrup, tj. usług nowych, komplementarnych oraz starych. Wśród nowych wyróżnił oświatę, ochronę zdrowia oraz rozrywkę. Za usługi komplementarne uznał transport, handel, finanse i banki, przy czym ich określenie ma wskazywać na ich uzupełniający, względem produkcji dóbr materialnych i rolnictwa, charakter. Natomiast mianem usług starych określił niektóre usługi świadczone przez rzemieślników i służbę domową charakteryzujących się spadkiem znaczenia postępującym wraz z rozwojem społeczno-gospodarczym⁵⁸.

Wśród innych interesujących argumentów, które formułowano w ramach krytyki lub postulatów modyfikacji teorii trzech sektorów warto wskazać na pozostałe twierdzenia mające znaczenie w kontekście charakterystyki tej sfery gospodarki.

Jednym z nich jest zarzut pominięcia w teorii trzech sektorów wzajemnych relacji pomiędzy różnymi zmiennymi mającymi wpływ na popyt oraz efektu substytucji dostrzegalnego pomiędzy usługami a dobrami wytwarzanymi przez sektor drugi. W tym zakresie można odnotować, w szczególności w odniesieniu do usług, których ceny rosną szybko, możliwość ich zastąpienia przez samoobsługę czy też samozaopatrzenie gospodarstw domowych w usługi. Przejawem tych tendencji jest możliwość zastąpienia konsumpcji usług komunikacji publicznej przez korzystanie z własnego samochodu

⁵⁶ M. Daszkowska, *op. cit.*, s. 24

⁵⁷ Na fakt zastąpienia w procesie produkcji wszechstronnego rzemieślnika z fazy preindustrialnej, który był w stanie od początku do końca wykonać przynajmniej jeden produkt, przez robotnika w fazie industrialnej, od którego wymaga się jedynie opanowania umiejętności koniecznych do przeprowadzenia wąskiego etapu procesu produkcyjnego wskazywał D. Bell. Charakteryzując przedstawicieli klasy robotniczej zauważa on, że wykonując jedynie proste czynności, pełnią funkcję „trybików” pomiędzy, coraz to bardziej zaawansowanymi technologicznie maszynami, które z czasem staną się na tyle wyrafinowane, że będą w stanie funkcjonować bez udziału niewykwalifikowanej siły roboczej. Zob. D. Bell, *op. cit.*, s. 126-127. Zjawisko opisane przez D. Bella stanowi przejaw ogólnej tendencji w rozwoju cywilizacji określanej mianem „specjalizacji zawodowej”, która będąc wynikiem ciągłego wzrostu ludzkiej wiedzy, prowadzi do sytuacji, w której niemożliwe jest całkowite opanowanie chociażby jednego działu nauki przez umysł człowieka, a to zaś skutkuje koniecznością koncentrowania się na stosunkowo wąskich dziedzinach w ramach działalności naukowej lub zawodowej. Zob. A. B. Stępień, *Wstęp do filozofii*, Lublin 2001, s. 15

⁵⁸ M. Daszkowska, *op. cit.*, s. 24, I. Rudawska, *op. cit.*, s. 15

osobowego, czy też zrezygnowanie np. z tradycyjnej bankowości i kanałów dystrybucji dóbr dzięki skorzystaniu z nowoczesnych rozwiązań informacyjnych i informatycznych (np. *on-line banking*, *teleshopping*). Dostrzeżenie tych prawidłowości doprowadziło do sformułowania koncepcji *self-service society* społeczeństwa zdolnego do zaspokojenia znacznej liczby swych potrzeb we własnym zakresie tj. bez potrzeby korzystania z usług świadczonych w standardowy sposób tzn. w drodze czynności faktycznych wykonywanych przez usługodawcę bądź jego pracowników⁵⁹. Za uzupełnienie idei *self-service society* można uznać koncepcję gospodarki prosumentów. W literaturze za podstawowy przykład prosumpcji, czyli zjawiska polegającego na zaangażowaniu konsumenta w proces produkcji lub dystrybucji dóbr, uważa się supermarkety, w których tradycyjnego sprzedawcę w dużej mierze zastąpił kupujący wyposażony w wózek sklepowy⁶⁰. W tym układzie klient musi sam sobie wyszukać towar, jednakże w zamian za włożony w to wysiłek uzyskuje wynagrodzenie w postaci niższej ceny nabywanych dóbr. W literaturze fakt dopuszczenia konsumentów do wykonywania pracy określa się mianem „uzewnętrznienia wkładu pracy”⁶¹. Formuła prosumpcji wydaje się wyjątkowo dobrze charakteryzować proces korzystania z usług, wymagający aktywnego zaangażowania zarówno usługodawcy jak i usługobiorcy⁶². Efektywność tego procesu istotnie wpływa na przyszłe relacje konsumenta dóbr z dostarczających ich przedsiębiorcą, co ma szczególne znaczenie w kontekście dostarczania usług w globalizującej się gospodarce, której uwarunkowania prowadzą do konieczności przemieszczenia czynników produkcji w pobliże użytkownika usług lub odwrotnie⁶³. Zachodzi wówczas potrzeba uwzględnienia lokalnej specyfiki dla zapewnienia bezproblemowej komunikacji niezbędnej dla powodzenia opisywanego rodzaju wymiany rynkowej.

Kolejną interesującą ideą sformułowaną w ramach krytyki teorii trzech sektorów jest teza o wzajemnych powiązaniach między trzema sektorami gospodarki. Autorzy tej koncepcji, czyli R. Normann i R. Ramirez, dowodzą, że to nie sektor przemysłu i industrializacja są przyczyną szybkiego rozwoju usług, lecz właśnie usługi współcześnie determinują kształt przemysłu i rolnictwa, bowiem procesy zachodzące w tych sektorach

⁵⁹ I. Rudawska, *op. cit.*, s. 31

⁶⁰ A. Toffler, *The Third Wave*, New York 1989, s. 270

⁶¹ *Ibidem*

⁶² K. Kłosiński, A. Masłowski, *Globalizacja sektora usług w Polsce*, Warszawa 2005, s. 10

⁶³ *Ibidem*

gospodarki są niewykonalne bez udziału usług⁶⁴. Nie brakuje również teorii, które w ocenie roli usług we współczesnej gospodarce idą zdecydowanie dalej. W tym kontekście można przytoczyć pojęcie „gospodarki usług” sformułowane przez J. Rifkina, uznającego, że we współcześnie wszelkie dobra przekształcają się w czyste usługi, co dzieje się pod wpływem nowoczesnych technologii, które do tego stopnia nasycają produkty elementami informatycznymi i interaktywnymi, że korzystanie z nich trudno uznać za posługiwanie się przedmiotami materialnymi⁶⁵.

I. 3 Wzrost znaczenia prosumpcji oraz przykłady usług świadczonych w tej formule

Wspomniana w poprzednim podrozdziale koncepcja prosumpcji wydaje się bardzo dobrze opisywać współczesne tendencje rozwojowe rynku usług i jako taka powinna zostać szerzej opisana.

Autorstwo tego pojęcia przypisuje się A. Tofflerowi, który w swojej pracy *The Third Wave*⁶⁶, wydanej w 1980 r. posłużył się nim w celu opisanie roli przyjmowanych przez uczestników stosunków gospodarczych na poszczególnych etapach rozwoju cywilizacji. W tym kontekście należy wspomnieć, że w ujęciu tego autora w dziejach ludzkości można wyróżnić trzy okresy nazwane falami (*waves*)⁶⁷. Początkiem każdego z nich było wydarzenie stanowiące punkt zwrotny dla rozwoju społecznego, który od takiego momentu podlegał znacznym zmianom będących skutkiem danego przełomu⁶⁸. Proces taki trwa aż do czasu „wyczerpania się danej fali”, które jednak nie następuje wraz z wystąpieniem nowego punktu zwrotnego. Oznacza to, że fale mogą się na siebie „nakładać” i przez pewien okres współistnieć.

Za początek pierwszej fali (fazy agrarnej), mający miejsce około roku 8000 p.n.e., A. Toffler uznał wynalezienie rolnictwa⁶⁹. Fala ta zaczęła tracić impet około 1650-1750 r.

⁶⁴ R. Normann, R. Ramirez, *Designing Interactive Strategy. From Value Chain to Value Constellation*, Chichester 1994 cyt. za K. Rogoziński, *op. cit.*, s. 110, I. Rudawska, *op. cit.*, s. 31,

⁶⁵ J. Rifkin, *Wiek dostępu. Nowa kultura hiperkapitalizmu, w której płaci się za każdą chwilę życia*, Wrocław 2003, s. 93 cyt. za A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), *op. cit.*, s. 39

⁶⁶ A. Toffler, *The Third Wave*, New York 1980

⁶⁷ A. Toffler, *The Third Wave*, New York 1989, s. 4, 9, 10. Cytowana praca stanowi reprint wydania z 1980 r.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 13-14

⁶⁹ W ujęciu A. Tofflera przed nastaniem pierwszej fali większość ludzi żyła w małych, często migrujących, grupach egzystujących dzięki zbieractwu, rybołówstwu, łowiectwu i pasterstwu. Wynalezienie rolnictwa i zapoczątkowana przez nie „rewolucja agrarna” zapoczątkowała globalne rozprzestrzenienie się wiosek, osad, ziemi uprawnej i nowego sposobu życia. W ciągu prawie dziesięciu tysięcy lat pierwsza fala praktycznie opadła pozostawiając poza swoim zasięgiem jedynie nieliczne społeczności plemienne żyjące np. w odizolowanych

n.e., kiedy to wystąpiły pierwsze wydarzenia przyczyniające się do kolejnego przełomu, jakim była rewolucja przemysłowa dająca początek drugiej fali (fazy industrialnej)⁷⁰. Okres ten trwa do dziś, jednakże w opinii A. Tofflera, od dekady mającej swój początek około 1955 r. został wyhamowany przez trzecią falę, wywołaną takimi zjawiskami jak wzrost znaczenia sektora usług (w tym okresie liczba pracowników umysłowych oraz zajmujących się świadczeniem usług po raz pierwszy przekroczyła liczbę osób zatrudnionych w przemyśle), początek wykorzystywania komputerów oraz samolotów odrzutowych dla celów handlowych, wynalezienie pigułki antykoncepcyjnej i wielu innych przełomowych innowacji⁷¹. Ponadto, za charakterystyczne dla tej epoki A. Toffler uznaje decentralizację produkcji, szersze wykorzystanie odnawialnych źródeł energii, deurbanizację, popularyzację pracy na odległość oraz wysoki poziom prosumpcji⁷².

Pojęcie prosumenta jest istotnym elementem opisu tych okresów, ponieważ odnosi się ono do postaw przyjmowanych przez uczestników stosunków rynkowych w poszczególnych okresach dziejów. W trakcie pierwszej fali większość ludzi konsumowała dobra, które sama wytworzyła, dlatego też nie mogła być uznana ani za konsumentów ani za producentów, w znaczeniu powszechnie przypisywanym dziś tym słowom⁷³. W okresie drugiej fali, czyli w epoce industrialnej, produkcja na własny użytek ustąpiła produkcji na potrzeby wymiany handlowej, co spowodowało wyraźny podział uczestników stosunków rynkowych na konsumentów i producentów⁷⁴. Natomiast zacieranie się tej dychotomii jest jedną z cech charakterystycznych trzeciej fali, w trakcie której następuje przewartościowanie oraz zmiana podejścia do niektórych zdobyczy i koncepcji poprzedniego okresu⁷⁵. Od tego momentu bardziej istotną rolę zaczyna odgrywać prosumpcja, której upowszechnienie, nie oznacza jednak powrotu do rozwiązań właściwych dla pierwszej fazy, lecz sprowadza się do zaangażowania konsumenta w proces produkcji dóbr i świadczenia usług⁷⁶. W niektórych przypadkach może wręcz

regionach Ameryki Południowej czy Papui Nowej Gwinei. Zob. A. Toffler, *The Third Wave*, New York 1989, s. 14-15

⁷⁰ A. Toffler, *The Third Wave*, New York 1989, s. 14

⁷¹ *Ibidem*

⁷² Te cechy trzeciej fali, ze względu na podobieństwo do rozwiązań wykorzystywanych w trakcie pierwszej, skłaniają go do sformułowania tezy zgodnie z którą stanowią one przejaw skutków działania dialektycznego „prawa stałego ścierania się przeciwieństw”, za jakie można było uznać niektóre rozwiązania wypracowane w trakcie pierwszej i drugiej epoki. Zob. A. Toffler, *The Third Wave*, New York 1989, s. 336

⁷³ A. Toffler, *The Third Wave*, New York 1989, s. 266

⁷⁴ *Ibidem*

⁷⁵ *Ibidem*, s. 267-268

⁷⁶ Oprócz wspomnianych w poprzednim podrozdziale przykładów tego procesu A. Toffler wymienia m.in. wprowadzenie dzięki rozwojowi technologicznemu bezpośrednich połączeń telefonicznych pozwalających na wyeliminowanie ręcznie obsługiwanymi centrali telefonicznych i zastąpienie wykonywanych w nich działań

prowadzić do uzyskania przez świadczenie konsumenta dominującego znaczenia dla przebiegu całej transakcji czy też stworzenia możliwości zaspokojenia określonych potrzeb konsumpcyjnych bez udziału tradycyjnych producentów w drodze wymiany świadczeń pomiędzy „aktywnymi konsumentami”.

Koncepcja prosumenta wypracowana przez A. Tofflera spotkała się z zainteresowaniem przedstawicieli nauki – głównie socjologii (np. G. Ritzer⁷⁷) i marketingu (P. Kotler⁷⁸), którzy w swoich pracach posługiwali się wspomnianym wyrażeniem dla opisanie współcześnie zachodzących zmian społeczno-gospodarczych. Pierwszy ze wspomnianych autorów podjął nawet próbę rozwinięcia tej koncepcji przedstawiając propozycję jej przemodelowania i uzupełnienia o drugi element określony mianem „conducer”. Określenie to podobnie jak prosumer posłużyło G. Ritzerowi do opisanie konsumenta podejmującego działania wychodzące poza proces tradycyjnie rozumianej koncepcji dóbr. Jednakże, podczas gdy prosumer odnosił się do przypadku, w którym w ramach działalności danego konsumenta ważniejszy był czynnik produkcyjny (np. prowadzenie bloga dzięki usłudze hostingu świadczonej przez producenta-profesjonalistę), to conductor (neologizm utworzony z połączenia słów *consumer* i *producer*) opisywał sytuacje, w których element konsumpcji miał znaczenie dominujące względem działań związanych z szeroko rozumianą produkcją (np. spożywanie posiłku w jadalni typu fast-food)⁷⁹. Innymi słowy, produkcja w procesie konsumpcji jest udziałem *conducer'a* a konsumpcja w procesie produkcji *prosumer'a*.

G. Ritzer w ramach swoich analiz wskazuje na liczne przykłady działalności gospodarczej, w których element prosumpcji jest szczególnie widoczny. Oprócz powyżej

pracowników operatora wybieraniem numerów kierunkowych przez użytkownika telefonu. Innym zaprezentowanym zjawiskiem było upowszechnienie się benzynowych stacji samoobsługowych. Bezpośrednim impulsem dla ich szerszego spopularyzowania był wzrost cen ropy naftowej wywołany embargiem państw OPEC wobec USA wprowadzonym w 1974 r. Spowodował on wzrost udziału stacji samoobsługowych na rynku amerykańskim z 8% w 1974 r. do prawie 50 w 1977 r. A Toffler wymienia również mniej oczywiste przykłady prosumpcji takie jak infolinie obsługiwane przez serwisantów doradzających konsumentom jak samodzielnie przeprowadzić naprawy sprzętu AGD czy różnego rodzaju grupy wsparcia oferujące w ramach tzw. wzajemnego doradztwa (*cross-counseling*) usługi mogące stanowić substytut dla tych świadczonych przez psychologów czy psychoanalityków. Zob. A. Toffler, *The Third Wave*, New York 1989, s. 268-272

⁷⁷ G. Ritzer, *Focusing on the Prosumer: On Correcting an Error in the History of Social Theory* [w:], *Prosumer Revisited: Zur Aktualität einer Debatte (Konsumsoziologie und Massenkultur)*, pod red. B. Blättel-Mink, K.-U. Hellmann, Wiesbaden 2010, s. 61-80 We wskazanej pracy G. Ritzer stwierdził, że o prosumencie pisał również w swojej wcześniejszych pracy, tj. „*MacDonaldization of society*” wydanej po raz pierwszy w 1983 r., jednakże wówczas nie posługiwał się wprost tym pojęciem. W zamian opisał zjawisko skłonienia konsumenta do pracy „*putting consumer to work*”, widoczne w funkcjonowaniu jadalni typu fast-food, w których klient do pewnego stopnia sam jest zaangażowany we własną obsługę podczas posiłku wykonując zadania standardowo wykonywane przez kelnerów czy nawet sprzątaczy. Zob. *Ibidem*, s. 61

⁷⁸ P. Kotler, *Prosumers: A New Type of Consumer?*, *Futurist* 1986, Nr 20, s. 24-29.

⁷⁹ G. Ritzer, *op. cit.*, s. 61-62

wspomnianych zautomatyzowanych form sprzedaży i samoobsługi (supermarkety ze zautomatyzowanymi kasami czy odprawy na lotnisku przy wykorzystaniu automatów) zwraca on uwagę na zjawiska w rodzaju *reality-show*, gdzie konsumenci wstępują w rolę aktorów, czyli w znaczeniu ekonomicznym, producentów programów telewizyjnych *nota bene* cieszących się znaczną popularnością niejednokrotnie dużo większą niż tradycyjne widowiska⁸⁰. Innym ciekawym przykładem na który zwraca uwagę ten autor są towary oferowane przez sieć IKEA, które zanim staną się pełnowartościowym produktem z punktu widzenia konsumenta, w większości przypadków wymagają podjęcia szeregu działań przez przyszłego użytkownika (np. montażu części, lakierowania, malowania itp.)⁸¹. Ponadto, chyba najbardziej widoczną sferą wzmożonej aktywności konsumentów w procesie produkcji są usługi polegające na zapewnieniu treści dla serwisów internetowych (*content providing*) oraz udział w tworzeniu wolnego i otwartego oprogramowania⁸². Przejawem pierwszego rodzaju działalności są różnego rodzaju serwisy umożliwiające prezentowanie treści pochodzących (tj. stworzonych albo dostarczonych) od użytkowników (*User Created Content platforms*) takie jak np. serwisy społecznościowe w rodzaju YouTube, Facebook, Twitter, MySpace, Flickr itp., natomiast za przykłady drugiego można uznać programy współtworzone przez konsumentów (np. system operacyjny Linux).

W literaturze przedstawiane są również inne opisy przykładów usług szeroko wykorzystujących koncepcję prosumpcji. Formuła ta jest popularna w procesie korekty treści oprogramowania służącego nawigacji samochodowej. W tym kontekście jednak zauważa się, że mimo iż, przedsiębiorcy dostarczający tych produktów zachęcają konsumentów do zgłaszania błędów i korygowania map, to w żaden sposób nie rekompensują swoim spontanicznym współpracownikom nakładu pracy włożonego w ich aplikację koncentrując się na odpłatnym oferowaniu jej na rynku.⁸³

Formuła prosumpcji może również znaleźć zastosowanie w tych sferach stosunków prawnych, które na ogół raczej nie są postrzegane za innowacyjne, a które dzięki przedstawieniu ich w kategoriach obustronnej współpracy pomiędzy konsumentem a producentem (w ujęciu ekonomicznym) mogłyby przebiegać w bardziej sprawny sposób. Przykładem takiej dziedziny jest gospodarka odpadami komunalnymi w zakresie jej

⁸⁰ *Ibidem*, s. 74

⁸¹ *Ibidem*, s. 76

⁸² *Ibidem*, s. 75

⁸³ Tak na przykładzie produktów Google i TomTom M. Dodge, R. Kitchin, Mapping Experience: Crowdsourced Cartography, *Environment and Planning A* 2013, Nr 45, s. 19-36

pierwszego etapu, to jest odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości. Warunkiem efektywności takiego procesu jest prowadzenie go w sposób zapewniający tzw. selektywne zbieranie odpadów u źródła ich powstawania, czyli w przypadku odpadów komunalnych w gospodarstwach domowych. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że segregowanie odpadów przez ich bezpośrednich wytwórców stanowi niezbędny element zintegrowanych systemów gospodarki odpadami komunalnymi. Umożliwia on zastosowanie komplementarnych metod odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych (np. w instalacjach termicznego przetwarzania odpadów, kompostowniach i na składowiskach)⁸⁴. Prowadzenie selektywnego zbierania odpadów u źródła ich powstawania w przypadku odpadów komunalnych, wymaga zaangażowania ich wytwórców, czyli właścicieli nieruchomości, będących bardzo często osobami o niskiej świadomości ekologicznej. Wobec tego powstaje problem zachęcenia tych osób do prowadzenia działań skutkujących posegregowaniem odpadów na poszczególne frakcje. Odnoszący się do tej kwestii przedstawiciele doktryny wskazują, że poprawę stanu środowiska oraz czystości i porządku „mogłyby przynieść przepisy nakładające na właścicieli nieruchomości obowiązki polegające na selektywnym zbieraniu odpadów komunalnych w celu ułatwienia ich recyklingu”⁸⁵. Jednakże, mając na uwadze fakt nieprzestrzegania licznych przepisów⁸⁶, dotyczących zasad gospodarowania odpadami, wydaje się, że realizacja postulatów uregulowania tej kwestii jedynie w aktach prawa powszechnie obowiązującego, może nie przynieść oczekiwanych rezultatów. Za właściwe należałoby uznać więc, poszukiwanie dodatkowych mechanizmów umożliwiających poprawę stanu rzeczy, w kwestii zaangażowania właścicieli nieruchomości do prowadzenia selektywnej zbiórki odpadów komunalnych. Właśnie w tym kontekście właściwym rozwiązaniem wydaje się formuła prosumpcji za pomocą, której organy władzy publicznej odpowiedzialne za gospodarowanie odpadami komunalnymi mogłyby uświadamiać właścicielom nieruchomości wytwarzających odpady komunalne ich rolę aktywnego uczestnika procesu zagospodarowania tych odpadów. Dla urzeczywistnienia

⁸⁴ M. Żygadło, Technologie unieszkodliwiania odpadów (w:) Strategia gospodarki odpadami komunalnymi, red. M. Żygadło, Poznań 2001, s. 247-248 cyt. za W. Radecki, Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Komentarz, Warszawa 2008, s. 114

⁸⁵ Tak P. Zaborniak, Glosa do wyroku WSA z dnia 23 października 2007 r., II SA/Rz 59/07, Samorząd Terytorialny 2008, nr 3, s. 82

⁸⁶ Tytułem przykładu można wskazać na następujące przepisy, których naruszenie, stanowi powszechną praktykę: art. 174 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 992 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą o odpadach”, penalizujący pozostawianie odpadów poza miejscem ich przeznaczenia, art. 162 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 618 z późn. zm.) odnoszący się do pozostawiania odpadów w lasach czy art. 191 ustawy o odpadach zakazujący termicznego przekształcania odpadów poza spalarniami odpadów lub współspalarniami odpadów.

tej propozycji należałoby dokonać odpowiedniego opisanie przedmiotu stosunku zobowiązaniowego nawiązywanego na podstawie umowy, zawieranej pomiędzy właścicielem nieruchomości a przedsiębiorcą. Polegałaby ona na przedstawieniu treści zobowiązań właściciela nieruchomości nie tylko poprzez wskazanie świadczenia pieniężnego, lecz również dodatkowego świadczenia, którego przedmiotem byłoby wykonywanie czynności polegających na segregowaniu odpadów. Oczywiście obowiązek prowadzenia selektywnej zbiórki w takiej relacji powinien zostać odpowiednio ujęty pod względem marketingowym, tj. fakt jego nałożenia byłby prezentowany jako okoliczność umożliwiająca ograniczenie wysokości świadczenia pieniężnego. Takie przedstawienie obowiązków właściciela nieruchomości powinno wiązać się z wyeksponowaniem korzyści, które może osiągnąć prawidłowo realizując swe obowiązki. Przede wszystkim w postanowieniach kontraktu dla wykazania skali potencjalnie osiągalnych korzyści, należałoby czytelnie przedstawić stawki stosowane wobec osób prowadzących selektywną zbiórkę i kary nakładane na tych, którzy nie wywiązują się z tego obowiązku.

Innym przykładem tradycyjnego sektora gospodarki, którego funkcjonowanie może zostać poddane innowacyjnym przemianom dzięki zastosowaniu formuły prosumpcji jest energetyka. W przypadku tej sfery obrotu spopularyzowanie tej idei oznaczałoby, że dotychczasowi konsumenci energii, czyli jej indywidualni odbiorcy (np. gospodarstwa domowe) zostali by nie tylko zachęcani do świadomego i oszczędnego korzystania z tego dobra, lecz również zaangażowani w proces jego produkcji. W chwili obecnej energetyka prosumencka jest jeszcze koncepcją, która nie weszła w proces kompleksowej realizacji. Niemniej jednak powszechnie można zaobserwować pierwsze działania mające na celu jej urzeczywistnienie.

Konieczność zmiany podejścia do kwestii produkcji i dystrybucji energii została wymuszona przez obserwowane w ostatnich latach zmiany światowej gospodarki. Jednym z autorów, który podjął się opisanie i omówienia tych przemian jest J. Rifkin, nadający im nazwę Trzeciej Rewolucji Przemysłowej (*Third Industrial Revolution*)⁸⁷. Jej nastanie, w

⁸⁷ W ujęciu J. Rifkina w najnowszych dziejach światowej gospodarki można wyróżnić trzy rewolucje przemysłowe. Wszystkie z nich zachodziły w wyniku równoległego zaistnienia nowych technologii komunikacyjnych i nowych systemów energetycznych. Pierwsza Rewolucja Przemysłowa nastąpiła około drugiej połowy XIX w., wraz z powiązaniem pary i druku, tj. zastosowaniu urządzeń z napędem parowym w przemyśle drukarskim. To pozwoliło na zwiększenie szybkości drukowania oraz obniżenie kosztów produkcji materiałów drukowanych. Skojarzenie tych przemian z innymi zjawiskami takimi jak upowszechnienie się szkolnictwa, spadek analfabetyzmu, rozwój kolei parowych, energetyki węglowej oraz gospodarki fabrycznej skłoniło J. Rifkina do uznania tych okoliczności za przełomowe dla dziejów rozwoju gospodarczego. Kolejna, Druga Rewolucja Przemysłowa wybuchła w pierwszej dekadzie XX w. w rezultacie sprzężenia korzyści uzyskiwanych dzięki komunikacji elektrycznej (głównie telefonii oraz radiu i telewizji) oraz elektryfikacji i silnikom

jego ujęciu, stanowi wynik konwergencji technologii komunikacyjnych (Internetu) i przeobrażeń rynku energii (wzrost znaczenia energii pozyskiwanej ze źródeł odnawialnych)⁸⁸. J. Rifkin przewiduje, że w XXI w. setki milionów ludzi będą wytwarzać własną „zieloną energię” w swych domach, biurach i fabrykach oraz dzielić się nią za pośrednictwem inteligentnych sieci elektrycznych, zupełnie tak jak już obecnie dzielą się tworzonymi we własnym zakresie informacjami za pomocą Internetu⁸⁹. J. Rifkin wskazuje na kilka okoliczności stanowiących o potrzebie czy wręcz konieczności przyjęcia tego modelu.

Pierwszą przesłanką powodującą, według cytowanego autora, konieczność zmiany podejścia do kwestii zaspokajania potrzeb energetycznych ludzkości, jest stosunkowo nieodległa perspektywa całkowitego wykorzystania światowych zasobów konwencjonalnych surowców energetycznych. Dowodząc nieuchronności tego momentu, J. Rifkin, zauważa że według optymistów moment szczytowego wydobycia ropy naftowej na świecie, po którym pozyskiwanie tego surowca będzie stopniowo spadać, nastąpi pomiędzy rokiem 2025 a 2035⁹⁰. Natomiast według pesymistów, wśród nich autor ten dostrzega wiodących światowych geologów, to wydarzenie zajdzie wcześniej, tj. pomiędzy 2010 a 2020 r.⁹¹. Przy tym, J. Rifkin wspomina, że najdalej idące prognozy w tym zakresie przedstawia Międzynarodowa Agencja Energii (*International Energy Agency*), według której szczytowe wydobycie ropy naftowej miało już miejsce w 2006 r., kiedy to wydobywano siedemdziesiąt milionów baryłek dziennie⁹².

Wśród przyczyn nagłego wzrostu dynamiki światowej konsumpcji ropy naftowej, J. Rifkin, wymienia intensywny wzrost gospodarczy dwóch najludniejszych państw świata, czyli Indii i Chin⁹³. Wskutek przeniesienia do tych krajów znacznej części światowej produkcji od lat dziewięćdziesiątych XX w. tamtejsze gospodarki zaczęły odnotowywać

spalinowym, a także wynalezieniu samochodu. Ten stan rzeczy umożliwił masową produkcję towarów, zwiększył mobilność ludności skutkującą wzrostem popytu na ropę naftową. Dążenie do zapewnienia podaży tego surowca z kolei sprawiła, że Stany Zjednoczone wkrótce stały się wiodącym producentem na świecie. Skutkiem tych zmian był również rozwój infrastruktury transportowej (USA w ciągu dwóch dekad pokryły się siecią autostrad) oraz możliwy dzięki niemu przeobrażenia w zagospodarowaniu przestrzeni (gwałtowny wzrost osadnictwa na obrzeżach miast). Zob. J. Rifkin, *The Third Industrial Revolution: How Lateral Power Is Transforming Energy, the Economy, and the World*, New York 2011, s. 27

⁸⁸ J. Rifkin, *The Third Industrial Revolution: How Lateral Power Is Transforming Energy, the Economy, and the World*, New York 2011, s. 27

⁸⁹ *Ibidem*, s. 27-28

⁹⁰ *Ibidem*, s. 7

⁹¹ *Ibidem*

⁹² International Energy Agency, *World Energy Outlook. Executive Summary*, Paris 2010, s. 6 cyt. za J. Rifkin, *op. cit.*, s. 7

⁹³ J. Rifkin, *op. cit.*, s. 7

bezprecedensowy wzrost. W 2007 roku wyniósł on w przypadku Indii 9,6% i 14,2 w Chinach⁹⁴). Konsekwencją tak dynamicznego rozwoju było włączenie jednej trzeciej światowej populacji do grona konsumentów ropy naftowej, z uwagi na wzrost siły nabywczej mieszkańców tych państw. W ocenie J. Rifkina, zwiększony w ten sposób popyt doprowadził do wzrostu cen tego surowca prowadzący do osiągnięcia rekordowego poziomu 147 dolarów za baryłkę skutkującego nagłym podniesieniem się cen innych produktów, załamaniem się konsumpcji oraz globalnym kryzysem⁹⁵. W 2010 r. światowa gospodarka zaczęła powoli wychodzić z okresu spowolnienia, jednakże w miarę jak jej wzrost zaczynał nabierać tempa, cena ropy z końcem tego roku osiągnęła pułap 90 dolarów za baryłkę, co spowodowało ponowną podwyżkę cen⁹⁶. Podsumowując te obserwacje J. Rifkin stwierdza, że za każdym razem kiedy światowa gospodarka po okresie załamania zacznie nabierać tempa, trend ten ulegnie wyhamowaniu, gdy cena ropy osiągnie pułap około 150 dolarów za baryłkę, po czym znowu nastąpi okres krótkotrwałego wzrostu⁹⁷. Ten stan rzeczy sprawia, że dopóki światowa gospodarka nie uniezależni się od tego źródła energii jakim jest ropa naftowa, nie będzie mogła wejść w stan stabilnego i długotrwałego rozwoju.

Kolejny argument, który według J. Rifkina przemawia za koniecznością poszukiwania alternatywnych wobec paliw kopalnych źródeł energii i modyfikację podejścia do kwestii zaspokajania potrzeb gospodarki w tym zakresie, stanowią zmiany środowiska naturalnego powszechnie opisywane jako tzw. efekt cieplarniany. Autor ten zauważa, że dwieście lat spalania węgla, ropy oraz gazu ziemnego na potrzeby rozwoju gospodarki przemysłowej spowodowało uwolnienie do ziemskiej atmosfery ogromnych ilości dwutlenku węgla⁹⁸. Skutkiem zwiększenia udziału tego gazu oraz innych określanych zbiorczo mianem „cieplarnianych” (np. metanu) w składzie atmosfery jest wzrost temperatury mogący prowadzić do: masowego wymierania licznych gatunków flory i fauny⁹⁹, częstszych powodzi i dłuższych okresów suszy, liczniejszych burzy i

⁹⁴ *Ibidem*

⁹⁵ Dokonując powiązania tego przypadku wzrostu cen ropy z kolejnym światowym spowolnieniem gospodarki J. Rifkin powołuje się na opinię D. Blaira przedstawioną w artykule opublikowanym w *Financial Times*. Zob. D. Blair, Oil Price Rise Puts Pressure on OPEC, *Financial Times*, 2010, December 9 cyt. za J. Rifkin, *op. cit.*, s. 7

⁹⁶ J. Rifkin, *op. cit.*, s. 7

⁹⁷ *Ibidem*, s. 8

⁹⁸ *Ibidem*, s. 16

⁹⁹ W tej kwestii J. Rifkin przytacza dane zgodnie z którymi wzrost globalnej temperatury o 1,5 do 3,5 stopni Celsjusza może doprowadzić do wymarcia licznych gatunków w okresie krótszym niż sto lat. Zob. Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2007: Synthesis Report*, Valencia 2007, opublikowany pod adresem http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr.pdf [Dostęp 2018-07-10], cyt. za J. Rifkin, *op. cit.*, s. 16

sztormów¹⁰⁰, podwyższenia się poziomu oceanów i związanej z tym utraty obecnie istniejących linii brzegowych¹⁰¹ – m.in. na skutek topnienia lodowców¹⁰² – oraz zmniejszania się obszarów objętych tzw. wieczną zmarzliną (np. Syberii)¹⁰³. Ustalenia J. Rifkina sformułowane na podstawie cytowanych przez niego prac naukowych potwierdzają również inne źródła. Jednym z nich, którego rozpowszechnienie odbiło się najszerzym echem był tzw. Raport Sterna¹⁰⁴ opisujący ekonomiczne skutki zmian klimatycznych. Oprócz ustaleń i przewidywań dotyczących stanu środowiska takich jak stwierdzenie, że koncentracja gazów cieplarnianych w atmosferze już w 2035 roku może osiągnąć poziom dwukrotnie wyższy niż ich stężenie z okresu poprzedzającego rewolucję przemysłową, w opracowaniu tym wskazano na konsekwencje tych tendencji. W raporcie stwierdzono, że niepodjęcie żadnych działań mających na celu zahamowanie zmian klimatycznych pociągnie za sobą ogólne koszty i ryzyko zmian klimatycznych odpowiadające stracie co najmniej 5% (czy nawet do 20% przy uwzględnieniu szerszego zakresu ryzyka) globalnego PKB rocznie – począwszy od roku jego publikacji tj. 2006¹⁰⁵.

Przedstawiając powyżej opisane okoliczności¹⁰⁶ jako przesłanki konieczności zrealizowania koncepcji Trzeciej Rewolucji Przemysłowej J. Rifkin zauważa, że będzie

¹⁰⁰ W tym zakresie J. Rifkin cytując *Science* przywołuje dane zgodnie z którymi do lat siedemdziesiątych XX w. liczba huraganów czwartej i piątej kategorii uległa podwojeniu. Zob. P. J. Webster, G. J. Holland, J. A. Curry, H.-R. Chang, Changes in Tropical Cyclone Number, Duration, and Intensity in a Warming Environment, *Science* 2005, Vol. 309, Nr 5742 cyt. za J. Rifkin, *op. cit.*, s. 18

¹⁰¹ Skutkiem ziszczenia się tej prognozy, jak podaje J. Rifkin na podstawie ustaleń innych autorów zajmujących się tą problematyką, może być zatopienie Malediwów na Oceanie Indyjskim czy Wysp Marshalla na Pacyfiku.

¹⁰² W odniesieniu do lodowców w ramach naukowych przewidywań spodziewana jest 60% utrata ich objętości do roku 2050. Zob. C. Schneeberger, H. Blatter, A. Abe-Ouchi, M. Wild, Modelling changes in the mass balance of glaciers of the northern hemisphere for a transient 2×CO₂ scenario. *Journal of Hydrology* 2003, Nr 282(1–4). Szczególny przedmiot obaw naukowców stanowią lodowce arktyczne, co do których przewiduje się możliwość 75% utraty letniej pokrywy lodowej Arktyki do roku 2050. Zob. Polar Regions (Arctic and Antarctic) [w:] Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, pod red. M.L. Parry, O.F. Canziani, J.P. Palutikof, P.J. van der Linden I C.E. Hanson, Cambridge 2008 cyt. za J. Rifkin, *op. cit.*, s. 18

¹⁰³ Według cytowanego powyżej raportu *Intergovernmental Panel on Climate Change* rozmrożenie obszarów tzw. wiecznej zmarzliny może doprowadzić do uwolnienia ogromnych ilości dwutlenku węgla, który spowoduje dramatyczny wzrost stężenia tego gazu w ziemskiej atmosferze, prowadzący do osiągnięcia poziomów znacznie przewyższających obecnie formułowane prognozy.

¹⁰⁴ *Stern Review on the economics of climate change* opublikowany pod adresem http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100407172811/http://www.hm-treasury.gov.uk/stern_review_report.htm [Dostęp 2018-07-10].

¹⁰⁵ Podsumowanie wniosków Raportu Sterna, s. vi opublikowane pod adresem http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100407163041/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/CLOSED_SHORT_executive_summary.pdf [Dostęp 2018-07-10].

¹⁰⁶ Abstrahując od kwestii krytyki z jaką spotyka się J. Rifkin oraz jego poglądy należałoby zauważyć, że podobne diagnozy są formułowane również przez innych przedstawicieli nauki. Np. J. Popczyk podobnie jak J. Rifkin akcentuje rolę energetyki odnawialnej w funkcjonowaniu gospodarki w najbliższych latach. Ponadto, autor ten stwierdza, że w warunkach polskich dodatkowym argumentem uzasadniającym pilne podjęcie prac na przeobrażeniu systemu energetycznego jest brak zdolności krajowej elektroenergetyki korporacyjnej (tj. przedsiębiorstw elektroenergetycznych) do podjęcia skutecznych działań, za pomocą tradycyjnych środków

miała ona ogromny wpływ, podobnie jak dwie poprzednie, nie tylko na życie gospodarcze, lecz również i społeczne¹⁰⁷. Jej nastanie wiąże się w jego ocenie z odejściem od struktur hierarchicznych na rzecz wertykalnych przejawiających się we wzroście współpracy¹⁰⁸ (np. pomiędzy producentami a konsumentami). Ponadto, wychodząc z założenia, że każda, ze zidentyfikowanych przez tego autora, rewolucji miała swe początki w procesach sprzężenia korzyści wynikających z nowych technologii komunikacyjnych i nowych systemów energetycznych, przedstawia on główne cechy Trzeciej Rewolucji Przemysłowej posługując się koncepcją pięciu filarów.

Za pierwszy filar Trzeciej Rewolucji Przemysłowej J. Rifkin uznaje zwrot ku odnawialnym źródłom energii¹⁰⁹, drugiego upatruje się w przekształcaniu obiektów budowlanych na każdym kontynencie w mikroelektrownie umożliwiające produkcję odnawialnej energii elektrycznej na miejscu, za trzeci uważa stosowanie wodoru i innych technologii przechowywania okresowej energii we wszelkich budynkach i obiektach infrastruktury, za czwarty używanie technologii internetowych w celu przekształcenia sieci energetycznej każdego kontynentu w działającą niczym Internet intersieć umożliwiającą dzielenie się energią¹¹⁰, zaś za piąty przeistoczenie floty transportowej w mobilne ogniwa, które poza swoimi standardowymi funkcjami transportowymi będą służyły jako podłączane do inteligentnej, kontynentalnej oraz interaktywnej sieci elektrycznej baterie mogące sprzedawać i kupować energię w zależności od potrzeb¹¹¹.

takich jak budowa bloków wielkoskalowych (węglowych i jądrowych) mogących zapobiec potencjalnemu deficytowi energii elektrycznej po roku 2015. Poza tym, konieczność odejścia od konwencjonalnych sposobów produkcji energii wynika ze stanu sieci elektroenergetycznych, które na skutek niewystarczających nakładów inwestycyjnych są coraz mniej wystarczające do obsługi tradycyjnych systemów opierających się na źródłach wielkoskalowych i przesyłach na znaczne odległości. W rezultacie autor ten uznaje, że polska energetyka powinna zacząć rozwijać się w oparciu o strategię rozwoju odnawialnych rozproszonych źródeł energii, popularyzację postaw zrównoważonego podejścia do produkcji i użytkowania energii (w tym upowszechnienie oszczędzania) oraz włączenie dotychczasowych odbiorców w proces produkcji i wytwarzania energii jako prosumentów. Zob. J. Popczyk, *Energetyka rozproszona. Od dominacji energetyki w gospodarce do zrównoważonego rozwoju, od paliw kopalnych do energii odnawialnej i efektywności energetycznej*, Warszawa 2011, s. 9 i 14

¹⁰⁷ J. Rifkin, *op. cit.*, s. 28

¹⁰⁸ *Ibidem*

¹⁰⁹ Energia z tych źródeł może być pozyskiwana za pomocą technologii słonecznych (w szczególności hybrydowych łączących ogniwa fotowoltaniczne i kolektory słoneczne), mikrowiatrowych, geotermalnych (pompy ciepła), a także rolnictwa energetycznego. Są one postrzegane jako rozwiązania o znacznym potencjalnie redukcji kosztów oraz właściwe dla prosumentów. Tak J. Popczyk, *op. cit.*, s. 11

¹¹⁰ Tzw. *Smart Grid* również przez polskich autorów jest postrzegany jako kluczowy element nowych systemów energetycznych. Technologia ta jest charakteryzowana jako możliwa do wykorzystania na korzyść prosumenta, dzięki której może on podjąć aktywną działalność na rynku energii. Dlatego też ten rodzaj sieci powinien mieć zdecentralizowaną strukturę oraz niczym Internet gwarantować upodmiotowienie jego użytkowników, czyli prosumentów. Zob. J. Popczyk, *op. cit.*, s. 14 i 18

¹¹¹ J. Rifkin, *op. cit.*, s. 29

Odnosząc się do poglądów J. Rifkina należałoby stwierdzić, że ich sprawna realizacja wymagałaby wprowadzenia do praktyki obrotu prawnego odpowiednio skonstruowanych rozwiązań w zakresie sposobu ukształtowania stosunków obligacyjnych. Oczywiście wymiana świadczeń pomiędzy uczestnikami obrotu działającymi w warunkach ekonomicznych ukształtowanych przez Trzecią Rewolucję Przemysłową mogłyby funkcjonować w ramach standardowych kontraktów wykorzystywanych w działalności energetycznej. Niemniej jednak wydaje się, że efektywność funkcjonowania tej sfery obrotu prawnego znacznie by się zwiększyła, gdyby na szeroką skalę wykorzystać w niej umowy kompensacyjne. W tym kontekście tradycyjne umowy zobowiązujące jedynie jedną ze stron do świadczenia charakterystycznego mogłyby zostać zastąpione przez kontrakty, w których treści zaakcentowanoby element wymiany energii, który być może w określonych sytuacjach mógłby prowadzić do całkowitego wyeliminowania świadczenia pieniężnego. Ponadto taki sposób ukształtowania stosunków obligacyjnych dobrze odzwierciedlałby prosumencki charakter tych relacji zwracając uwagę dotychczasowych konsumentów na ich szczególną rolę w funkcjonowaniu systemów energetycznych. Mając na uwadze fakt, że głównym założeniem funkcjonowania nowych systemów energetycznych opartych na inteligentnej sieci zdolnej obsługiwać transfery energii w różnych kierunkach byłoby zaangażowanie gospodarstw domowych w produkcję tego dobra, umowy takie musiałyby odpowiednio regulować problematykę generowania dostaw za pomocą urządzeń dostępnych prosumentowi. Świadczeniami, do których mógłby zostać on zobowiązany, byłoby np. działanie polegające na zapewnieniu odpowiedniego funkcjonowania przydomowych ogniw folotwoltanicznych czy turbin wiatrowych, tak żeby produkowały odpowiednie ilości energii we właściwym czasie. W ramach tej samej umowy można by było uregulować kwestię wykorzystania elektrycznego pojazdu, którego podłączanie w odpowiednim momencie do sieci, w celu umożliwienia pobrania z niego energii, mogłoby zostać wskazane jedno ze świadczeń prosumenta. Umowy takie zawierane z operatorem sieci mogłyby być całkowicie rozliczane jednostkami energii, jako że założeniem Trzeciej Rewolucji Przemysłowej jest uczynienie gospodarstw domowych niemalże samowystarczalnymi podmiotami na rynku energii elektrycznej. Dlatego też przedmiotem takiego kontraktu byłoby nie tyle zapewnienie dostaw energii „zewnętrznej” i odbioru energii wygenerowanej przez danego prosumenta, co udostępnienie sieci dla zapewnienia stabilności funkcjonowania danego domowego systemu energetycznego, który w zależności od charakteryzujących go właściwości w poszczególnych okresach działałby w warunkach energetycznej

nadprodukcji albo deficytu¹¹². Jednakże ze względu na oparcie takiego systemu na źródłach odnawialnych i wynikającą stąd ciągłość produkcji rozliczenia pieniężne można by było zastąpić regulowaniem zobowiązań wobec operatora sieci za pomocą wytwarzanej w nadmiarze energii. Ten stan rzeczy można było osiągnąć stosując w każdym gospodarstwie komplementarne sposoby wytwarzania energii, czyli np. ogniwa fotowoltaiczne, turbiny wiatrowe oraz pompy ciepła¹¹³, których równoległe zastosowanie pozwalałoby na możliwie największe uniezależnienie się od warunków pogodowych. Oczywiście osiągnięcie stanu całkowitej niezależności byłoby niemożliwe dlatego też podłączenie do inteligentnej sieci gwarantowałoby możliwość posiłkowania się energią „zewnętrzną” w sytuacjach niedoboru tej pochodzącej z własnych źródeł.

Reasumując, powyżej przedstawione koncepcje wypracowane w teorii ekonomii i nauk społecznych można sformułować tezę o dominującej roli usług w funkcjonowaniu współczesnych stosunków gospodarczych. Argumentów przemawiających za słusnością takiego poglądu dostarczają również szacunki dotyczące stopnia zaangażowania usług w produkcję dóbr materialnych. Przykładowo, w tym zakresie szacuje się, że jedynie 25% kosztów składających się na cenę detaliczną samochodu można przypisać sferze przemysłu, co za tym idzie zdecydowana większość tego produktu powstaje w ramach działalności usługowej¹¹⁴. Mniej więcej od 1980 r., kiedy to ukazały się pierwsze opracowania Klubu Rzymskiego dotyczące znaczenia usług we współczesnej gospodarce zaczęto im przypisywać nową rolę, która nie wpisywała się w teorię trzech sektorów¹¹⁵. Zapoczątkowany wówczas dynamiczny rozwój technologii informacyjno-telekomunikacyjnych zaczął coraz bardziej oddziaływać na rozkwit usług, podważając panujące dotychczas przekonanie o nieistotności wpływu postępu technicznego na ten rodzaj działalności gospodarczej¹¹⁶. Pojawiły się usługi nowego typu, których wartość rynkowa, była rezultatem konieczności wykorzystania dla ich świadczenia informacji i

¹¹² Posługując się pojęciami zaproponowanymi przez J. Popczyka należałoby usługi świadczone przez operatora sieci opisać jako wsparcie zarządzania energią, a nie obsługę procesu jej produkcji. Zob. J. Popczyk, *op. cit.*, s. 14, który zauważa, że odpowiednie wykorzystanie *Smart Grid* prowadzi do stworzenia przewagi zarządzania energią nad jej produkcją.

¹¹³ W tym zakresie J. Popczyk wskazuje na takie rozwiązania jako układ hybrydowy M/O/A (mikrowiatrak, ogniwo fotowoltaiczne, akumulator), które mogłyby być dodatkowo uzupełnione o samochód elektryczny czy możliwe do zastosowania w gospodarstwach rolnych mikrobiogazownie lub biorafinerie rolnicze). Zob. J. Popczyk, *op. cit.*, s. 14

¹¹⁴ K. Rogoziński, *op. cit.*, s. 114

¹¹⁵ I. Rudawska, *op. cit.*, s. 32

¹¹⁶ A. Herman, *Przedsiębiorstwo w kapitalizmie giełdowym*, *Kwartalnik Nauk o Przedsiębiorstwie* 2007, Nr 2, s. 32-33

wiedzy. Obserwacja zmieniającej się rzeczywistości doprowadziła do sformułowania tezy, zgodnie z którą połowa kosztów wszelkiej działalności wytwórczej związana jest z działalnością usługową, a to przyczyniło się do zaproponowania pojęcia „gospodarki usług”¹¹⁷ czy też „gospodarki usługowej”¹¹⁸. Według obecnie przyjmowanych poglądów usługi nie stanowią odrębnego sektora gospodarki, obok rolnictwa i przemysłu, lecz stają się czynnikiem koordynującym wszelkie procesy wytwórcze i produkcyjne¹¹⁹. Zaczęto dostrzegać, że coraz trudniejsze jest wytyczenie granic i stwierdzenie różnic pomiędzy produktem a usługą¹²⁰. W rezultacie, dowodząc zmiernych teorii trzech sektorów, ekonomiści argumentują, że nastąpiła horyzontalna integracja wszystkich trzech tradycyjnie wyróżnianych sektorów, co przejawia się tym, że dystrybucja i konsumpcja surowców oraz produktów nie jest możliwa bez udziału usług¹²¹.

Odnosząc te ustalenia do sfery stosunków zobowiązaniowych należy podkreślić, że obecnie obowiązujące regulacje dotyczące problematyki świadczenia usług mają swój początek w okresie dominacji drugiego sektora, czy też w fazie industrialnej. Stanowią one odzwierciedlenie zupełnie innych stosunków, niż te które są obecnie obserwowane w gospodarce. Podczas, gdy wzorce kontraktowe stypizowane w aktach prawnych z XIX czy XX w. w dalszym ciągu mogą być z powodzeniem stosowane jako podstawa świadczenia usług określanych przez ekonomistów mianem starych czy komplementarnych, możliwość ich zastosowania do usług innowacyjnych np. informatycznych dostarcza poważnych problemów praktycznych. Nie bez przesady, w oparciu o argumenty zaczerpnięte z teorii ekonomii, można uznać, że współczesna regulacja problematyki świadczenia usług nie odzwierciedla stanu i potrzeb praktyki. W tym kontekście nieuniknionym jest podjęcie działań legislacyjnych obliczonych na zmianę istniejącego stanu rzeczy. Sugestie dotyczące zakresu niezbędnych nowelizacji, adresowane do polskiego ustawodawcy, zostaną przedstawione w kolejnych rozdziałach tej pracy.

¹¹⁷ Zob. przyp. 49

¹¹⁸ I. Rudawska, *op. cit.*, s. 32

¹¹⁹ *Ibidem*

¹²⁰ A. Herman, *op. cit.*, s. 32

¹²¹ I. Rudawska, *op. cit.*, s. 32

I. 4 Umowy o świadczenie usług a rynek pracy

W kontekście formułowania propozycji zmian przepisów regulujących problematykę świadczenia usług należy mieć na uwadze rolę, jaką umowy cywilnoprawne odgrywają w funkcjonowaniu rynku pracy. Wspomniane kontrakty zapewniają tzw. elastyczność rynku pracy (*flexibility*), rozumianą, z perspektywy pracodawców, jako łatwość prowadzenia polityki kadrowej (obowiązujące regulacje pozwalają na szybkie zwalnianie i zatrudnianie pracowników), natomiast z perspektywy pracowników, oznacza ona, takie ukształtowanie właściwych przepisów, które, w razie zwolnienia, pozwala na szybkie znalezienie nowej pracy. Zgodnie z inną definicją elastyczność rynku pracy rozumiana jest jako jego zdolność do szybkich reakcji na zmieniające się warunki gospodarcze i pojawianie się nowych technologii¹²². Analizowane pojęcie ma wieloaspektowy charakter, w związku z czym wyróżnia się następujące rodzaje elastyczności:

- numeryczną, czyli możliwość zatrudniania różnej liczby ludzi, gwarantującą swobodne zarządzania liczbą pracowników przedsiębiorstwa (łatwe zatrudnianie, łatwe zwalnianie);
- czasu pracy oznacza możliwość swobodnego kształtowania przez pracodawców czasu pracy przejawiającą się w dostępności szerokiej gamy rozwiązań w zakresie wyznaczania godzin pracy, takich jak praca na pół etatu, praca na zmiany, umowy na minimalną, maksymalną lub roczną liczbę godzin;
- kontraktową dotyczącą wyznaczania ludzi do dzielenia stanowisk (funkcjonująca w ramach koncepcji *job sharing*), przejawiającą się w możliwości zatrudniania pracowników na podstawie umów krótkoterminowych, a nawet angażowaniu personelu w ramach jeszcze mniej wiążących relacji z organizacją (odrębne zlecenie wykonania poszczególnych zadań); oraz
- finansowa, zwana również płacową, gwarantująca zmienność płac w zależności od wyników danego pracownika lub wyników przedsiębiorstwa (np. poprzez wprowadzenie tzw. wynagrodzenia prowizyjnego)¹²³.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że elastyczność czasu pracy i kontraktowa jest niekiedy łączona w jedną kategorię pojęciową – elastyczności funkcjonalnej – odnoszącą

¹²² N. Adnett, *European Labour Market: Analysis and Policy*, London-New York 1996, s. 12

¹²³ Ch. Brewster, M. Clemensson, G. Finnegan, A. Gladstone, J. Hardie, J. Heptonstall, M. Kubr, R. Kubr, M. Malmgren, K. North, J. Prokopenko, S. Rochlin, B. Schmitz, E. A. Stone, J. Tanburn, *Management consulting . A guide to the profession*, pod. red. M. Kubr, Geneva 2002, s. 411

się do możliwości zapewnienia odpowiedniego do potrzeb danego pracodawcy sposobu organizacji pracy¹²⁴. Ponadto elastyczność numeryczna dzielona jest na elastyczność zewnętrzną i wewnętrzną. Wewnętrzna odpowiada definicji przetoczonej powyżej zaś zewnętrzna oznacza takie ukształtowanie rynku pracy, w którym możliwy jest wysoki poziom przepływu pracowników pomiędzy przedsiębiorstwami¹²⁵. Inny podział został zaproponowany przez Z. Sekułę, który elastyczność rynku pracy postrzega w płaszczyźnie mikroekonomicznej oraz makroekonomicznej¹²⁶. W ramach pierwszego ujęcia wyróżnił elastyczność czasową, ilościową, funkcjonalną i organizacyjną, zaś w ramach drugiego elastyczność czasu pracy, płac, podaży pracy i zatrudnienia¹²⁷.

W literaturze z zakresu polityki społecznej podkreśla się, że obecnie w dobie globalizującej się gospodarki, elastyczność postrzegana jest jako niezbędny dla wzrostu gospodarczego warunek konkurencyjności¹²⁸. Dzieje się tak, ponieważ żeby utrzymać się na rynku przedsiębiorcy muszą szybko reagować na dynamicznie zmieniające się uwarunkowania ekonomiczne, również w sferze zatrudnienia, co wiąże się z koniecznością dysponowania możliwością płynnego zwiększania albo zmniejszania liczby pracowników, zmiany formy ich zatrudnienia oraz dostosowywania ich kwalifikacji do bieżących potrzeb pracodawcy¹²⁹. W literaturze są również formułowane poglądy, zgodnie z którymi zapotrzebowanie na rozwiązania zapewniające elastyczność w zatrudnieniu wynikają ze zmian strukturalnych zachodzących pomiędzy trzema sektorami gospodarki¹³⁰, opisanych w pierwszym rozdziale niniejszej pracy. Ten stan rzecz sprawa, że pracodawcy dążąc do utrzymania swojej pozycji rynkowej, pod wpływem coraz intensywniejszej konkurencji na rynku zaczynają wywierać presję na ustawodawcę obliczoną na ograniczanie kosztów związanych z zatrudnieniem. Przewodawcy, od których oczekuje się stwarzania warunków przyjaznych dla rozwoju przedsiębiorczości, starają się sprostać tym oczekiwaniom w ramach procesów tzw. deregulacji rynku pracy rozumianej

¹²⁴ M. Rymśza, W poszukiwaniu równowagi między elastycznością rynku pracy i bezpieczeństwem socjalnym. Polska w drodze do *flexicurity* [w:], D. Chlebosz, Z. Czepulis-Rutkowska, G. Firlit-Fesnak, E. Giermanowska, Á. L. S. Iglesias, M. Rymśza, M. Sewastianowicz, Elastyczny rynek pracy i bezpieczeństwo socjalne. Flexicurity po polsku?, pod red. M. Rymśzy, Warszawa 2005, s. 22

¹²⁵ *Ibidem*

¹²⁶ Z. Sekuła, Planowanie zatrudnienia, Kraków 2001, s. 65

¹²⁷ *Ibidem*

¹²⁸ Z. Czepulis-Rutkowska, Nietypowe formy zatrudnienia a zabezpieczenie społeczne. Czy realizowana jest koncepcja flexicurity? [w:] D. Chlebosz, Z. Czepulis-Rutkowska, G. Firlit-Fesnak, E. Giermanowska, Á. L. S. Iglesias, M. Rymśza, M. Sewastianowicz, Elastyczny rynek pracy i bezpieczeństwo socjalne. Flexicurity po polsku?, pod red. M. Rymśzy, Warszawa 2005, s. 35

¹²⁹ *Ibidem*

¹³⁰ E. Bąk, Nietypowe formy zatrudnienia na rynku pracy, Warszawa 2009, s. 13

jako zwiększenie swobody podmiotów gospodarczych i zmniejszenie zakresu regulacji oraz jej liberalizacji np. w odniesieniu do zbiorowych stosunków pracy, przepisów dotyczących czasu pracy, wynagrodzeń, ochrony stosunku pracy¹³¹ czy możliwości angażowania pracowników w ramach stosunków cywilnoprawnych.

Rozwiązanie umożliwiające zapewnienie elastyczności rynku pracy w sferze stosunków obligacyjnych oraz prawa pracy stanowią tzw. nietypowe formy zatrudnienia (*atypische Beschäftigung*, *atypical employment* albo *neue Beschäftigungsformen*, *new forms of employment*) zwane również elastycznymi¹³². Są to takie sposoby świadczenia pracy, które odbiegają od tradycyjnego modelu, za jaki uznaje się umowę o pracę zawartą na czas nieokreślony w wymiarze pełnego etatu, wykonywaną w siedzibie pracodawcy w określonych godzinach przez wiele lat¹³³. Wśród nietypowych form zatrudnienia wyróżnia się zatrudnienie pracownicze (umowy terminowe, umowy o pracę w niepełnym wymiarze godzin), niepracownicze (umowy cywilnoprawne wykonywane zarówno przez przedsiębiorców w ramach tzw. samozatrudnienia jak i osoby nie będące przedsiębiorcami) oraz mieszane (telepracę, pracę tymczasową, które w zależności od przyjętego rozwiązania mogą podlegać regulacjom pracowniczym albo przepisom prawa cywilnego)¹³⁴.

Również przedstawiciele doktryny prawa cywilnego dostrzegają potrzebę funkcjonowania w systemie prawnym różnych form zatrudnienia, w tym również takiego, które znajduje swą podstawę w umowach cywilnoprawnych¹³⁵. Przy tym podkreśla się, że fakt świadczenia na podstawie umów uregulowanych w k.c. pracy w warunkach niczym nie odbiegających od sytuacji pracowniczej nie powinien prowadzić do objęcia tych kontraktów zakresem regulacji prawa pracy, lecz powinien skutkować jedynie objęciem ochroną wynikającą z odpowiednich przepisów również świadczących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych¹³⁶. W tym kontekście umowy o świadczenie usług, o których mowa w art. 750 k.c. stanowią podstawę do nawiązania tzw. zatrudnienia niepracowniczego¹³⁷ (cywilnoprawnego) umożliwiającego świadczenie pracy w ramach

¹³¹ *Ibidem*, s. 2

¹³² *Ibidem*, s. 9 i cyt. tam literatura

¹³³ *Ibidem*, s. 9-10

¹³⁴ *Ibidem*, s. 11

¹³⁵ S. Wójcik, *Umowa...*, s. 310

¹³⁶ *Ibidem*, s. 310

¹³⁷ W literaturze prawa pracy podkreśla się, że termin zatrudnienie niepracownicze dotyczy wyłącznie zatrudnienia, które będąc opartym na umowie cywilnoprawnej, nie spełnia cech zatrudnienia pracowniczego, wskazanych w art. 22 § 1 k.p. To jest takiego, które nie służy ucieczce od przepisów prawa pracy. W przeciwnym wypadku, czyli gdy stosunek obligacyjny zaklasyfikowany przez strony, jako cywilnoprawny,

stosunku prawnego cechującego się swobodą nawiązania i rozwiązania, brakiem podporządkowania stron (w zasadzie, bowiem strony mogą tę kwestię uregulować umownie), możliwością zaangażowania osób trzecich w charakterze podwykonawców oraz, co do zasady, obowiązkiem świadczenia rzeczy i usług z zachowaniem należytej staranności, (z możliwością zastrzeżenia wyższego standardu staranności).

Oczywiście, w kontekście, przywołania problematyki zatrudnienia cywilnoprawnego należy zwrócić uwagę na powszechny problem wykorzystania umów o świadczenie usług dla obchodzenia przepisów prawa pracy. W praktyce polskiego obrotu prawnego, pracodawcy często wykorzystują umowy cywilnoprawne dla ukrycia, faktu nawiązania stosunków prawnych, które z mocy prawa na podstawie art. 22 § 1¹ ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy¹³⁸ zwanego dalej „k.p.” powinny zostać zakwalifikowane jako stosunki pracy, ze względu na chęć obniżenia kosztów zatrudnienia, na które przy zastosowaniu właściwych regulacji składają się wysokie składki ubezpieczeniowe oraz wyższe obciążenia fiskalne¹³⁹.

Zgodnie z art. 22 § 1¹ k.p. zatrudnienie w warunkach obejmujących wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, za wynagrodzenie, uznawane jest za zatrudnienie na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy. Oznacza to, że w sytuacji spełnienia przez dany stosunek prawny kryteriów wskazanych w art. 22 § 1 k.p., pomimo woli stron do nawiązania więzi o charakterze cywilnoprawnym, *de lege* powstaje pomiędzy nimi stosunek pracy. Niemniej jednak przepis ten nie wprowadza tzw. „domniemania stosunku pracy”. W praktyce ochrona pracownika, mająca wynikać z normy prawnej skodyfikowanej w tym przepisie jest trudna do wyegzekwowania, ponieważ umowy regulowane przez prawo pracy i niektóre umowy cywilnoprawne (przede wszystkim te mające z przedmiot świadczenie usług) charakteryzuje znaczne podobieństwo świadczeń wynikające m.in. stąd, że zarówno w

spełnia ww. kryteria, zgodnie z art. 22 § 1¹ k.p., powinien być uznany za stosunek pracy. Zob. L. Florek, Kodyfikacyjne problemy prawa pracy, Państwo i Prawo 2007, z. 11, s. 10

¹³⁸ t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 917 z późn. zm.

¹³⁹ Dążenie do obniżenia obciążeń fiskalnych jest szczególnie widoczne w przypadku umowy o dzieło, w przypadku której koszty uzyskania przychodu, w pewnych przypadkach, wynoszą aż 50%, co prowadzi do tego, że płacony przez pracownika świadczącego pracę na tej podstawie, podatek dochodowy od osób fizycznych wynosi połowę tej kwoty, którą zapłaciłby ten sam pracownik zatrudniony na podstawie umowy o pracę. Ponadto, o atrakcyjności umowy o dzieło w krótkim okresie stanowi fakt, że co do zasady nie jest ona tzw. tytułem ubezpieczeniowym, tj. od dochodów uzyskanych na jej podstawie nie trzeba odprowadzać składek ubezpieczeniowych.

jednym i drugim przypadku dochodzi do wypłaty wynagrodzenia w zamian za czynności faktyczne i prawne wykonywane na rzecz wypłacającego wynagrodzenie.

Skalę trudności objawiających się w kontekście stosowania ww. przepisu dość dobrze obrazuje orzecznictwo sądowe, w ramach którego wydawane są odmienne rozstrzygnięcia. W tym zakresie z jednej strony można odnotować wyroki w treści których ww. artykuł jest uznawany za podstawę ustalenia stosunku pracy. Przykładowo można wymienić wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 1999 r. (sygn. akt I PKN 562/98)¹⁴⁰, w którym wskazano, że jeżeli stosunek prawny łączący strony zawiera istotne elementy umowy o pracę, to odmienna ocena tej relacji narusza art. 22 § 1 i 1¹ k.p. Podobnie w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 1999 r. (sygn. akt I PKN 642/98)¹⁴¹ potwierdzono, że nazwa umowy jest bez znaczenia, gdy dany stosunek prawny charakteryzowany jest przez cechy wymienione w art. 22 § 1 k.p. Niemniej jednak, można odnotować również orzeczenia, w treści których sądy odmawiają stwierdzenia stosunku pracy pomimo spełniania przez daną więź zobowiązaniową umożliwiającą zakwalifikowanie jej jako podstawy zatrudnienia pracowniczego. Przykładem takiego judykatu może być wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 1999 r. (sygn. akt I PKN 432/99) w treści którego stwierdzono, że zatrudnienie nie zawsze musi mieć charakter pracowniczy, a praca może być świadczona również na podstawie umów cywilnoprawnych. Dobrym uzupełnieniem tej tezy może być konstatacja przedstawiona w orzeczeniu z dnia 7 marca 2006 r. (I PK 146/05) zgodnie z którą wyboru podstawy prawnej zatrudnienia dokonują same zainteresowane strony. Ponadto, w wyroku z dnia 23 września 1998 r. (II UKN 229/98)¹⁴² Sąd Najwyższy stwierdził, że art. 22¹ k.p. nie stwarza domniemania prawnego zawarcia umowy o pracę, ponieważ przepisy prawa pracy nie wskazują elementów przedmiotowo istotnych takiego kontraktu (art. 29 k.p.), a definicja legalna stosunku pracy określa jedynie jego podstawowe cechy pojęciowe. Konsekwencją tego stanu rzeczy, zgodnie z poglądem sformułowanym w ww. orzeczeniu, jest w razie wątpliwości co do typu zawartej umowy konieczność badania *in concreto* woli stron, wówczas gdy dany kontrakt wykazuje cechy wspólne dla umowy o pracę i umowy cywilnoprawnej w jednakowym nasileniu.

¹⁴⁰ Orzecznictwo Sądu Najwyższego Zbiór Urzędowy Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych 2000, Nr 6, poz. 22

¹⁴¹ Orzecznictwo Sądu Najwyższego Zbiór Urzędowy Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych 2000, Nr 11, poz. 41

¹⁴² Orzecznictwo Sądu Najwyższego Zbiór Urzędowy Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych 1999, Nr 19, poz. 627

Na podstawie zaprezentowanego orzecznictwa można stwierdzić, że problematyka kwalifikowania stosunków prawnych służących zatrudnieniu stanowi ten rodzaj relacji, który bardzo trudno kontrolować w kontekście zwalczania naruszeń prawa podatkowego czy prawa ubezpieczeń społecznych. Z uwagi na wysokie koszty pracy uczestnicy obrotu prawnego wykazują dążenie do ich minimalizacji w pierwszej kolejności poprzez „optymalizację” podstawy prawnej wykorzystywanej dla angażowania pracowników. W sytuacji, gdy sama zmiana tytułu umowy i niewielka modyfikacja jej treści może prowadzić do poważnej redukcji obciążeń finansowych związanych z pozapłacowymi kosztami pracy, nawet perspektywa kontroli i sankcji ze strony właściwych organów władzy publicznej nie wydaje się być okolicznością mogącą obniżyć atrakcyjność tej operacji. Wprawdzie taka modyfikacja stosunku prawnego pomiędzy pracownikiem i pracodawcą mogłaby zostać zakwestionowana, np. w rezultacie powołania się na jedno z ww. orzeczeń, jednakże w takiej sytuacji można podjąć kontrargumentację w oparciu o autonomię woli podmiotów prawa cywilnego i ich swobodę w kształtowaniu stosunków pomiędzy nimi również w zakresie podstawy prawnej ich nawiązania.

Praktyka obniżania przez przedsiębiorców pozapłacowych kosztów pracy przybiera szczególnie niekorzystną dla pracownika postać, gdy zostaje on zmuszony do świadczenia usług w ramach tzw. samozatrudnienia. Ten sposób pozyskiwania pracy stanowi zjawisko dość powszechne w skali Europy, dlatego jego przejawów można doszukać się w innych systemach prawnych, np. w Zjednoczonym Królestwie czy Niemczech angażowani w ten sposób kontrahenci są opisywani odpowiednio jako *freelancers* czy *freie Mitarbeiter*¹⁴³. W doktrynie wyjaśnia się, że stanowi on przejaw tzw. *outsourcing'u* personalnego, tj. dokonywanego przez przedsiębiorców, w ramach koncentrowania się na własnej działalności podstawowej, delegowania realizacji niektórych zadań osobnym podmiotom gospodarczym¹⁴⁴. Przykładem takich działań jest zawieranie umów o świadczenie usług z kancelariami prawniczymi albo biurami rachunkowymi zamiast zatrudniania własnych radców prawnych czy księgowych, co jak się zauważa jest często tańsze i bardziej efektywne¹⁴⁵.

Pojęcie samozatrudnienia jest definiowane na różne sposoby, ale w formułowanych wyjaśnieniach zazwyczaj akcentuje się osobiste wykonywanie pracy na rzecz zazwyczaj

¹⁴³ H. Moszyński, H. Ritter, Niezależni współpracownicy firmy jako wyzwanie dla zarządzania zasobami ludzkimi, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 2003, Nr 12

¹⁴⁴ E. Bąk, *op. cit.*, s. 89-90

¹⁴⁵ *Ibidem*, s. 90

jednego podmiotu. Tytułem przykładu można wskazać definicję zaproponowaną przez K. Lisa, który termin ten przedstawia jako świadczenie usług dla jednego lub głównie jednego przedsiębiorcy w ramach działalności gospodarczej usługodawcy¹⁴⁶. W innym wyjaśnieniu tego pojęcia wskazuje się, że jest to prowadzenie działalności gospodarczej przez osobę fizyczną „osobiście”, czyli bez wsparcia własnych pracowników¹⁴⁷. W kontekście analizowania treści wyrażenia „samozatrudnienie” zauważa się również, że jego brzmienie może sugerować, iż stanowi ono formę zatrudnienia pośrednią¹⁴⁸ pomiędzy umową o pracę samodzielną działalnością gospodarczą. Oczywiście, na podstawie obowiązujących przepisów, nie sposób znaleźć uzasadnienia dla tej tezy, a ich treść jasno wskazuje, że ten rodzaj relacji łączy niezależne podmioty gospodarcze, które w łączących je stosunkach handlowych przynajmniej teoretycznie występują na równoważnych pozycjach¹⁴⁹. Badania przeprowadzone przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości wskazują, że nie zawsze decyzja pracownika o wyborze samozatrudnienia jako formy świadczenia pracy spowodowana jest koniecznością dostosowania się do dążeń obecnego pracodawcy do redukcji kosztów zatrudnienia, choć niekiedy mogą one stanowić „przejaw ucieczki w przód”, gdy podjęcie własnej działalności gospodarczej stanowi alternatywę wobec utraconego albo zagrożonego miejsca pracy¹⁵⁰. Z powyżej wspomnianych ustaleń wynika, że niekiedy osoby wykonujące pracę na podstawie umów uregulowanych w kodeksie pracy decydują się na zmianę swojego statusu w nadziei na wyższe zarobki i poprawę własnej sytuacji ekonomicznej lub z uwagi na chęć stania się niezależnym¹⁵¹. Nie ulega wątpliwości, że cele te mogą być osiągnięte tylko przez tych zatrudnionych, których poziom kompetencji gwarantuje konkurencyjną pozycję na rynku pracy i którzy uzyskują na tyle wysokie wynagrodzenie, że redukcja związanych z nim pozapłacowych kosztów pracy, a następnie

¹⁴⁶ K. Lis, *Samozatrudnienie i inne formy minimalizacji kosztów pracy*, Gdańsk 2004, s. 9

¹⁴⁷ H. Tuchołka, *Samozatrudnienie*, *Monitor Prawa Pracy* 2004, Nr 10,

¹⁴⁸ Za przykład takiej „pośredniej” formy zatrudnienia pomiędzy umową o pracę a umowami cywilnoprawnymi nie przewidującymi szczególnych rozwiązań służących ochronie usługodawcy można uznać umowę agencyjną. Zgodnie z polską regulacją tej umowy stanowiącej w znacznym zakresie wynik implementacji przepisów *dyrektywy Rady Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej nr 86/656 z dnia 18 grudnia 1986 r. dotyczącej niezależnych agentów handlowych (przedstawicieli handlowych)* ochronie podlega zarówno wynagrodzenie agenta jak i trwałość stosunku prawnego w ramach którego świadczy on swe usługi. Z treści tych przepisów można wywnioskować, że ustawodawca uznał agenta za ekonomicznie słabszą stronę stosunku agencji (Tak np. E. Bąk, *op. cit.*, s. 86). Ponadto również charakter większości norm wyrażonych w tej regulacji (jednostronnie bezwzględnie wiążący albo semiimperatywny, czyli analogicznie jak w prawie pracy) świadczy o tym, że w celem przepisów prawa powszechnie obowiązującego dotyczących tej materii jest przede wszystkim ochrona usługodawcy (Zob. E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy...*, s. 264).

¹⁴⁹ Tak E. Bąk, *op. cit.*, s. 87

¹⁵⁰ R. Drozdowski, R. Matczak, *Samozatrudnienie – analiza wyników badań, raport na zlecenie PARP*, Warszawa 2004, s. 92

¹⁵¹ *Ibidem*

zaliczenie ich na poczet zwiększonego wynagrodzenia będzie stanowiła wymierną korzyść.

W warunkach polskich podjęcie działalności w formie samozatrudnienia wymaga zarejestrowania się przez usługodawcę jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą, czyli przedsiębiorca, zgodnie z przepisami prawa gospodarczego, tzn. *ustawy z dnia 30 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców*¹⁵². Wówczas dotychczasowy pracownik może skorzystać z atrakcyjnych rozwiązań podatkowych takich jak: możliwość opodatkowania dochodów zryczałtowanym podatkiem o stawce 19%, ryczałt od przychodów ewidencjonowanych czy karta podatkowa, które są niedostępne dla osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, z której dochody opodatkowane są na zasadach ogólnych tj. zgodnie z progresywną skalą podatkową¹⁵³. Oczywiście w celu ograniczenia wykorzystania formuły samozatrudnienia w przepisach podatkowych przewidziano rozwiązania mające na celu obchodzenie prawa w tym zakresie. W tym przypadku takim rozwiązaniem jest wyłączenie możliwości skorzystania z regulowania zobowiązań podatkowych zryczałtowanym podatkiem o stawce 19% w przypadku gdy przychody osiągnane przez samozatrudnionego pochodzą ze świadczenia usług na rzecz byłego lub obecnego pracodawcy o zakresie odpowiadającym czynnościom wykonywanym w roku poprzedzającym rok podatkowy w ramach stosunku pracy lub spółdzielczego stosunku pracy.

Ten stan rzeczy został opisany jako szczególnie niekorzystny dla pracownika, ponieważ wówczas całkowicie po jego stronie pozostają koszty związane z udziałem w systemie ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego. Niemniej jednak, mimo że ta forma zatrudnienia, w społecznym odbiorze jest zazwyczaj postrzegana jako krzywdząca dla pracownika, ze względu na ograniczenie przysługującej mu się ochrony to, z drugiej strony, wiąże się również z obniżeniem ciężarów związanych z udziałem w systemie ubezpieczeń społecznych¹⁵⁴. W tym kontekście, funkcjonuje ona jako swoiste remedium na wysokie koszty pracy w Polsce i dla wielu przedsiębiorców, w szczególności tych znajdujących się w nienajlepszej sytuacji ekonomicznej, stanowi jedyną alternatywę wobec tzw. zatrudnienia nieregistrowanego (pracy w szarej strefie).

¹⁵² Dz. U. z 2018 r. poz. 646

¹⁵³ E. Bąk, *op. cit.*, s. 91

¹⁵⁴ Z. Czepulis-Rutkowska, *op. cit.*, s. 39

Podsumowując, mimo że, umowy cywilnoprawne wykorzystywane do nawiązania zatrudnienia niepracowniczego w założeniu skonstruowane są według zasady autonomii woli stron i swobody umów, na podstawie których strony mogą dowolnie ułożyć wiążące ich więzi prawne, to w praktyce, na ich podstawie, dochodzi do narzucenia przez pracodawców korzystnych dla nich rozwiązań. Zazwyczaj ich przejawem jest ograniczenie ochrony trwałości stosunku prawnego poprzez takie uregulowanie kontraktu, które pozwala na jego jednostronne zakończenie, w każdym czasie, bez potrzeby przedstawienia uzasadnienia. Ponadto, w przypadku zatrudnienia cywilnoprawnego, co do zasady, nie przewiduje się płatnych urlopów. Powszechnie, dostrzega się fakt, że w wielu przypadkach ten rodzaj zatrudnienia stosowany jest w sytuacjach, w których zgodnie z prawem powinna być zawarta umowa o pracę¹⁵⁵. Jednocześnie, nie można pominąć korzystnych aspektów zatrudnienia niepracowniczego, które niewątpliwie przyczynia się do zwiększenia elastyczności numerycznej, zarówno zewnętrznej jak i wewnętrznej, czasu pracy, kontraktowej i finansowej rynku pracy, ponieważ dzięki wyłączeniu, co do tych kontraktów regulacji prawa pracy, ich strony nie podlegają żadnym ograniczeniom w tym zakresie i mogą ukształtować stosunki prawne pomiędzy sobą w możliwie najkorzystniejszy sposób. Niestety chociaż praktyka polskiego obrotu prawnego wskazuje, że możliwości te są zazwyczaj spożytkowane na korzyść pracodawcy, to należy uznać, że w kontekście formułowania wniosków *de lege ferenda* dotyczących kształtu regulacji umów cywilnoprawnych kwestię ochrony pracowników należałoby pozostawić w zakresie przedmiotowym prawa pracy oraz prawa ubezpieczeń społecznych. Obecne tendencje zmian na rynku pracy wskazują, że ze względu na konieczność ciągłego zwiększania konkurencyjności przedsiębiorstw, w coraz większym zakresie dochodzi do ograniczania liczby miejsc pracy stworzonych na podstawie typowej umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony i gwarantującej zatrudnienie w pełnym wymiarze godzin¹⁵⁶. Zwiększa się natomiast liczba pracowników określanych mianem „peryferyjnych” (ze względu na ich znaczenie dla funkcjonowania danej organizacji w wieloletniej perspektywie) dla których podstawą zatrudnienia są modele nietypowe, zazwyczaj niepracownicze, wykorzystujące umowy cywilnoprawne skutkujące luźnym powiązaniem z pracodawcą¹⁵⁷. Oczywiście z punktu widzenia interesów tych pracowników można się dopatrywać ich upośledzenia, wobec tych, którzy korzystają z ochrony gwarantowanej

¹⁵⁵ Z. Czepulis-Rutkowska, *op. cit.*, s. 39, L. Florek, *op. cit.*, s. 10

¹⁵⁶ E. Bąk, *op. cit.*, s. 19

¹⁵⁷ *Ibidem*

prawem pracy. Niemniej jednak należy zauważyć, że uwarunkowania prowadzenia działalności gospodarczej zazwyczaj umożliwiają jedynie taką formę zwiększenia zatrudnienia. Dlatego też nietypowe formy zatrudnienia trzeba postrzegać nie jako przejaw dyskryminacji osób o niższych kompetencjach zawodowych, lecz jako szansę wejścia na rynek pracy dla absolwentów oraz osób pozostających bez pracy¹⁵⁸. W tym zakresie niewątpliwie słuszna jest ocena M. Kabaja, który stwierdza, że w kontekście interesów jednostki jakakolwiek praca, nawet czasowa czy w niepełnym wymiarze godzin jest lepsza niż bezrobocie, a wynagrodzenie jest lepsze niż świadczenia socjalne¹⁵⁹. Natomiast w kontekście opisanych powyżej trudności należy stwierdzić, że kluczowym elementem w kształtowaniu polityki państwa w dziedzinie promowania zatrudnienia pracowniczego powinny być zachęty finansowe dla przedsiębiorców zwiększające atrakcyjność tej formy angażowania pracowników. Tylko takie działanie mogłoby ich zniechęcić do aktywnego poszukiwania sposobów na obniżanie kosztów zatrudnienia stanowiących poważny odsetek kosztów prowadzenia działalności szczególnie dla tzw. „małych przedsiębiorców”.

I. 5 Wybrane umowy o świadczenie usług w obrocie elektronicznym

Współcześnie na skutek wzrostu znaczenia usług jako środka zaspokajania różnorodnych potrzeb gospodarczych, w praktyce obrotu, można zaobserwować wykształcanie się szczególnych form ich świadczenia w ramach stosunków kontraktowych. Coraz częściej wymiana dóbr tego rodzaju odbywa się na podstawie umów, których konstrukcja odbiega od standardowych wzorców ujętych w przepisach prawa cywilnego.

Za przyczynę tego stanu rzeczy w pierwszej kolejności można uznać rozwój technologiczny. Obecnie odnotowuje się wzrost znaczenia technologii informatycznych dla funkcjonowania gospodarki i społeczeństwa. Tym samym coraz większy odsetek wszystkich transakcji rynkowych wpisuje się w kategorię tzw. handlu elektronicznego. Poza tym świadczenia stanowiące przedmiot wymiany pomiędzy uczestnikami „obrotu elektronicznego” częściej przybierają postać zdematerializowaną, co sprawia, że do ich opisanego coraz gorzej nadają się tradycyjne typy umowne w wielu przypadkach mające swój początek jeszcze w czasach antycznych. Ten stan rzeczy generuje w konsekwencji potrzebę

¹⁵⁸ *Ibidem*

¹⁵⁹ M. Kabaj, *Strategie i programy przeciwdziałania bezrobociu w Unii Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2004, s. 150

wypracowania nowych rozwiązań, które lepiej będą odpowiadały potrzebom uczestników obrotu.

Drugie zjawisko, które można uznać za przesłankę uzasadniającą konieczność podjęcia dyskusji o potrzebie nowych rozwiązań w tej części prawa zobowiązań, które typizuje umowy o świadczenie usług to wzrost znaczenia tzw. prosumpcji. Przedmiotowe pojęcie wspomniane w pierwszym rozdziale niniejszej pracy odnosi się do angażowania konsumenta w proces produkcji lub dystrybucji dóbr. Za jeden z pierwszych przykładów funkcjonowania tej idei uznano supermarkety, w których tradycyjnego sprzedawcę w dużej mierze zastąpił klient mający możliwość samodzielnego zebrania interesujących go towarów ze sklepowych półek oraz coraz częściej również możliwość zautomatyzowanego uregulowania płatności za nie. Przedmiotowa formuła wymiany dóbr może znaleźć zastosowanie nie tylko w przypadku obrotu towarowego. Obecnie coraz częściej odnotowuje się przypadki angażowania konsumentów w proces świadczenia usług. Należy podkreślić, że formy tego zaangażowania mogą przybrać stosunkowo prostą postać samoobsługi (*self-service*), w przypadku takich okoliczności jak powiązana z usługą świadczoną na podstawie umowy przewozu konieczność samodzielnego odprawienia się na lotnisku i wydrukowania karty pokładowej za pomocą odpowiedniego terminalu (co koncepcyjnie nie różni się od idei supermarketu). Niemniej jednak możliwe są również stosunki zobowiązaniowe w ramach, których świadczenie konsumenta jest na tyle ekwiwalentne wobec świadczenia przedsiębiorcy, że nie wymaga nawet uzupełnienia świadczeniem pieniężnym. Taka postać stosunków obligacyjnych będzie w tej pracy określana mianem umów lub transakcji wymiennych albo kompensacyjnych. Odnosząc się do drugiego z przytoczonych określeń należy wyjaśnić, że pojęcie transakcji kompensacyjnych wywodzi się z terminologii handlu międzynarodowego, w ramach której określa ono przedsięwzięcie prowadzące do zaistnienia uzależnionych od siebie świadczeń niepieniężnych ze strony importera i eksportera¹⁶⁰. W doktrynie zauważa się jednak, że stosunki zobowiązaniowe tego rodzaju mogą mieć miejsce również pomiędzy wyłącznie polskimi podmiotami¹⁶¹, dlatego też posłużenie się przedmiotową nazwą w odniesieniu do czynności prawnych dokonywanych w ramach obrotu krajowego wydaje się jak najbardziej uzasadnione¹⁶².

¹⁶⁰ A. Olejniczak [w:] E. Bagińska, M. Bączyk, Sz. Byczko, J. Gołaczyński, A. Kappes, W. J. Katner, W. Kocot, M. Nesterowicz, T. Mróz, A. Olejniczak, A. Opalski, U. Promińska, W. Robaczyński, M. Romanowski, M. Serwach, M. Stec, A. Walaszek-Pyziół, System Prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, t. 9, pod red. W. J. Katnera, Warszawa 2010, s. 87

¹⁶¹ *Ibidem*

¹⁶² Najprostsza postać transakcji kompensacyjnej sprowadza się do bezpośredniej i jednoczesnej wymiany świadczeń niepieniężnych o ekwiwalentnej wartości, bez jakichkolwiek rozliczeń niepieniężnych, według

Przykładem takich kontraktów mogą być konsumenckie transakcje wymienne w obrocie elektronicznym, umowy o świadczenie usługi polegającej na komercyjnym wykorzystaniu dóbr osobistych takie jak *personality merchandising*, usługowe umowy barterowe oraz świadczenie usług w ramach banków czasu (*barter houses*). We wszystkich tych umowach z różnych względów wartość niepieniężnego świadczenia konsumenta ma dla przedsiębiorcy albo drugiego konsumenta wystarczającą wartość dla zbilansowania jego świadczenia. Tym samym możliwe jest w tych stosunkach zobowiązaniowych całkowite wyeliminowanie świadczeń pieniężnych.

Wprawdzie tradycyjnie, umowy kompensacyjne są postrzegane jako rodzaj transakcji, który znajduje zastosowanie w okresach „gwałtownych perturbacji ekonomicznych lub politycznych” rozumianych jako czasy kryzysów, wojen czy zamieszek politycznych, kiedy np. na skutek towarzyszącej tym zjawiskom inflacji pieniądź przestaje być „miernikiem wartości”¹⁶³, to jednak wydaje się, że obecnie na skutek takich procesów gospodarczych jak upowszechnienie prosumpcji (prosumeryzmu) w różnych jej formach np. takich jak *crowdsourcing*, ten rodzaj stosunków zobowiązaniowych będzie zyskiwał na znaczeniu. Nie bez znaczenia jest również fakt, że według niektórych formułowanych obecnie prognoz (również powoływanych w pierwszym rozdziale niniejszej pracy), do czasu uniezależnienia się światowej gospodarki od paliw kopalnych, będzie ona wykazywała permanentną tendencję do popadania w dekoniunkturę, bo po każdym okresie lepszej sytuacji na rynku nieuchronnie prowadzącym do wzrostu popytu na surowce energetyczne będzie następowało załamanie konsumpcji wywołane podwyżkami cen nośników energii. W związku z powyższym, z pewną dozą prawdopodobieństwa można założyć, że okresy „perturbacji ekonomicznych”, kiedy to pieniądź będzie znacznie gorzej niż w czasach gospodarczo stabilnych spełniał funkcję środka płatniczego. Tym samym istnieje potencjał dla szerszego wykorzystania umów o charakterze kompensacyjnym, również, a może przede wszystkim w sektorze usług.

schematu towar za towar, towar za usługę albo usługą za usługę. Umowa będąca źródłem zobowiązania o opisanej powyżej treści zazwyczaj nosi miano barterowej. Ze względu na trudną do zapewnienia w praktyce idealną ekwiwalentność świadczeń kontrahentów, transakcje tego rodzaju dość rzadko występują w handlu międzynarodowym, który uwarunkowania zazwyczaj wymagają bilansowania wzajemnych świadczeń oraz ich rozliczania w pieniądzu. Zob. np. S. Włodyka, M. Spyra [w:] M. Bączyk, M. Jasiakiewicz, W. J. Katner, A. Klein, K. Kruczałak, K. Oplustil, J. Pisuliński, E. Rott-Pietrzyk, M. Spyra, M. Stec, J. Strzępka, G. Tracz, W. Uruszczak, S. Włodyka, P. Zapadka, *Prawo umów handlowych*, t. 5, pod red. S. Włodyki, Warszawa 2011, s. 658 czy A. Olejniczak [w:] E. Bagińska, M. Bączyk, Sz. Byczko, J. Gołaczyński, A. Kappes, W. J. Katner, M. Nesterowicz, T. Mróz, A. Olejniczak, A. Opalski, U. Promińska, W. Robaczyński, M. Romanowski, M. Serwach, M. Stec, A. Walaszek-Pyziół, *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane.*, t. 9, pod red. W. J. Katnera, Warszawa 2011, s. 89 i cyt. tam literature.

¹⁶³ Tak w odniesieniu do zamiany W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *op. cit.*, s. 456. Przy czym nie ulega wątpliwości, że refleksja ta jest równie trafna w odniesieniu do umów kompensacyjnych mających za przedmiot usługi.

Wobec tego zachodzi potrzeba stworzenia odpowiednich ram prawnych dla funkcjonowania tego rodzaju wymiany w obrocie gospodarczym. Jednakże przed zaprezentowaniem konkretnych propozycji w tym zakresie należałoby dokonać kompleksowej analizy powyżej wskazanych stosunków zobowiązaniowych mającej na celu wskazanie tych aspektów ich funkcjonowania, które wymagałyby opracowania przepisów typizujących nowe umowy nazwane lub zmiany czy uzupełnienia regulacji już istniejących.

Jak już powyżej wspomniano jedną z cech charakterystycznych współczesnych stosunków gospodarczych stanowi powszechne wykorzystanie technologii informatycznych w procesach wymiany dóbr i usług. Są one używane zarówno w celu zawierania umów, jak i ich wykonania. Znaczna część kontraktów związanych z tzw. obrotem elektronicznym to umowy mające za przedmiot świadczenie usług, a co za tym idzie powinny one zostać przeanalizowane w kontekście istotnej dla tej pracy propozycji nowelizacji polskiego prawa cywilnego w zakresie regulacji kontraktów odnoszących się do świadczeń tego rodzaju.

1.5.1 Świadczenie usług jako przedmiot umów elektronicznych

W doktrynie zwraca się uwagę na brak zarówno w prawie polskim jak i europejskim definicji legalnej pojęcia „umowy elektronicznej”¹⁶⁴. Niemniej jednak można wskazać na akty prawne regulujące zbliżone pojęcia. Jedynym z nich jest dyrektywa 2000/31/WE z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego na rynku wewnętrznym (dyrektywa o handlu elektronicznym)¹⁶⁵. Sekcja 3 rozdziału II tej dyrektywy zatytułowana została „Umowy zawierane drogą elektroniczną”, co wskazuje na pewien istotny zakres stosunków zobowiązaniowych mieszczących się w granicach pojęcia „umowy elektroniczne”. Również inne akty prawa europejskiego i krajowego dotyczące problematyki handlu elektronicznego zawierają nazwy instytucji, które powinny zostać skonfrontowane z ww. określeniem.

W tym kontekście należy wspomnieć o dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającą dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającą dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady ¹⁶⁶ (zwaną dalej „dyrektywą o prawach konsumenta”). W art. 2 pkt 7 tego aktu prawnego zdefiniowano pojęcie „umowy zawieranej na odległość”. Na potrzeby opisywanej

¹⁶⁴ J. Gołaczyński [w:] System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 412

¹⁶⁵ Dz. Urz. WE L 178 z 17 lipca 2000 r.

¹⁶⁶ Dz. Urz. UE L 304 z 22 listopada 2011 r.

dyrektywy wyrażenie to oznacza „każdą umowę zawartą między przedsiębiorcą i konsumentem w ramach zorganizowanego systemu sprzedaży lub świadczenia usług na odległość, bez jednoczesnej fizycznej obecności przedsiębiorcy i konsumenta, z wyłącznym wykorzystaniem jednego lub większej liczby środków porozumiewania się na odległość do chwili zawarcia umowy włącznie”. Dla ustalenia znaczenia tej definicji konieczne jest odwołanie się do jeszcze jednego określenia, czyli „środków porozumiewania się na odległość”¹⁶⁷. W doktrynie uznaje się, że desygnatami tej nazwy są zarówno sposoby komunikacji wykorzystujące: media drukowane (np. wymiana oświadczeń woli za pomocą sporządzonych na piśmie formularzy czy w ramach odpowiedzi na reklamy prasowe lub listy seryjne z wydrukowanym wzorem zamówienia), sieć telefoniczną (np. telefon, faks), a także radiową i telewizyjną (radio, telewizja) oraz Internet (poczta elektroniczna, strony internetowe, telefonia internetowa)¹⁶⁸. Przy tym, porozumiewanie się przy pomocy ww. środków będzie miało miejsce nawet wtedy, gdy na potrzeby zawarcia umowy jej przyszłe strony będą posługiwały się różnymi (np. jedna faksem, a druga pocztą elektroniczną)¹⁶⁹. Podsumowując zakres nazwy „umowy elektroniczne” będzie krzyżował się z zakresem nazwy „umowy zawierane na odległość”.

Kolejnym aktem prawnym, o którym należałoby wspomnieć przed przystąpieniem do zaprezentowania doktrynalnych definicji pojęcia „umowy elektroniczne” jest ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną¹⁷⁰, w której przepisach dokonano

¹⁶⁷ Pojęcie „środków porozumiewania się na odległość” nie zostało zdefiniowane w dyrektywie o prawach konsumenta. Ich definicja znajdowała się natomiast w art. 2 dyrektywy 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 maja 1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość (Dz. U. L 144 z 4 lipca 1997 r.). Zgodnie z art. 2 pkt 4 ww. aktu prawnego sformułowanie to oznaczało wszelkie środki, które bez jednoczesnej fizycznej obecności dostawcy i konsumenta mogą być wykorzystane do zawarcia umowy między tymi stronami. Ponadto w załączniku II dyrektywy 97/7/WE zawarto przykładowy katalog tych środków. Wśród nich można było znaleźć takie, które znajdą zastosowanie w kontekście zawierania umów elektronicznych. Niewątpliwie można było do nich zaliczyć wymienione wprost w treści załącznika: pocztę elektroniczną, a także „wideotekst (mikrokomputer i ekran telewizyjny) z klawiaturą lub ekranem dotykowym”, odnoszący się zapewne również do jednego z wielu możliwych sposobów wykorzystania możliwości kontaktu za pośrednictwem Internetu. Z uwagi na fakt, że zawarty w dyrektywie 97/7/WE katalog „środków porozumiewania się na odległość” miał charakter otwarty pod tym pojęciem można było zaklasyfikować także inne nie wymienione w niej sposoby komunikowania się przy wykorzystaniu technologii informatycznych umożliwiające zawarcie umowy między konsumentem i dostawcą bez ich jednoczesnej fizycznej obecności. Dlatego też w ówczesnym stanie prawnym uznawano, że „umowami zawieranymi na odległość” były również umowy zawierane przy wykorzystaniu stron internetowych, komunikatorów internetowych, SMSów, MMSów i innych środków komunikacji elektronicznej. Zob. np. J. Gołaczyński [w:] System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 411

¹⁶⁸ M. Jagielska, Umowy zawierane poza lokalem przedsiębiorstwa i na odległość, Monitor Prawniczy 2000, nr 9, s. 560

¹⁶⁹ M. Załucki [w:] J. R. Antoniuk, G. Bar, A. Grzesiok-Horosz, P. Horosz, A. Jaroszek, J. Kozińska, A. Kubiak-Cyruł, D. Mucha, P. Polański, M. Skory, B. Softys, B. Więzowska-Czepiel, M. Załucki, Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz, pod red. B. Kaczmarek-Templin, P. Steca, D. Szostka, Warszawa 2014, s. 10

¹⁷⁰ t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1219 z późn. zm.

implementacji dyrektywy o handlu elektronicznym. W ustawie tej występuje pojęcie „umów o usługi świadczone drogą elektroniczną”. Wprawdzie nie zostało ono wprost zdefiniowane, jednakże jego znaczenie można odtworzyć na podstawie analizy art. 2 pkt 4 zawierającego definicję „świadczenie usług drogą elektroniczną”. Zgodnie z tym przepisem przedmiotowe sformułowanie oznacza wykonanie usługi świadczonej bez jednoczesnej obecności stron (na odległość), poprzez przekaz danych na indywidualne żądanie usługobiorcy, przesyłanych i otrzymywanych za pomocą urządzeń do elektronicznego przetwarzania, włącznie z kompresją cyfrową, i przechowywania danych, która jest w całości nadawana, odbierana lub transmitowana za pomocą sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne. Odnosząc się do treści tego przepisu warto zwrócić uwagę na fakt, że w doktrynie uznaje się, że usługi świadczone drogą elektroniczną mogą być nieodpłatne, ale jednocześnie zastrzega się, iż „ze swej istoty” usługi raczej nie są zapewniane pod tytułem darmym¹⁷¹. W celu uzasadnienia tej tezy jej autorzy powołują się m.in. na treść motywu 17 preambuły dyrektywy o handlu elektronicznym. W tej części dyrektywy wskazano, że pojęcie „usług społeczeństwa informacyjnego”, za które można uznać również usługi świadczone drogą elektroniczną, obejmuje „usługi świadczone normalnie za wynagrodzeniem”. W tym kontekście należy przyznać rację autorom wspomnianego poglądu, jednocześnie podkreślając, że niejednokrotnie usługi świadczone drogą elektroniczną będą przedmiotem umów kompensacyjnych, na podstawie których konsument uzyska konkretną usługę w zamian za świadczenie niepieniężne. Oczywiście nie oznacza to, że w praktyce obrotu nie występują przypadki nieodpłatnego świadczenia takich usług, jednakże stanowią one raczej wyjątek. W związku z powyższym umowy o świadczenie usług drogą elektroniczną mogą zostać uznane za podtyp umów elektronicznych i jako takie niewątpliwie stanowią istotną kategorię umożliwiającą przybliżenie analizowanego pojęcia.

Podsumowując ten fragment opracowania można stwierdzić, że zarówno w przepisach prawa europejskiego jak i polskiego nacisk położony jest nie tyle na szczegółowym definiowaniu pojęć z zakresu handlu elektronicznego, co uregulowaniu określonych wymagań, które powinny być spełnione przy zawieraniu i wykonywaniu umów przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej (dynamicznych nośników danych elektronicznych, przede wszystkim cyfrowych) oraz elektronicznych nośników informacji (nośników statycznych danych elektronicznych)¹⁷².

¹⁷¹ J. Gołaczyński, K. Kowalik-Bańczyk, A. Majchrowska, M. Świerczyński, Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz, Warszawa 2009, s. 41

¹⁷² J. Jankowski, Kontrakty elektroniczne w obrocie prawnym, Warszawa 2008, s. 56

1.5.2 Rodzaje umów elektronicznych

Przytoczony powyżej opis niektórych aktów prawnych odnoszących się do problematyki handlu elektronicznego pozwala na sformułowanie tezy, zgodnie z którą w ramach umów elektronicznych można wyróżnić, kierując się kryterium sposobu wymiany oświadczeń i świadczeń pomiędzy stronami, dwie podstawowe grupy tych kontraktów. Pierwsza będzie obejmowała stosunki obligacyjne zachodzące w drodze komunikacji sieciowej (umowy *in-line*), druga natomiast te, które realizują się poza siecią (umowy *outside-line*)¹⁷³. Desygnatami pierwszej z wyżej wymienionych nazw będą kontrakty zawarte za pomocą środków komunikacji elektronicznej¹⁷⁴, czyli systemów informatycznych bądź sieci teleinformatycznych przystosowanych do wprowadzania, kodowania, transmitowania, dekodowania i prezentowania danych cyfrowych¹⁷⁵, tj. te zawarte lub wykonane za pośrednictwem Internetu czy sieci GSM (np. w drodze wymiany SMSów). Desygnaty drugiej nazwy stanowią, zaś umowy mające miejsce poza siecią, czyli takie, które zawarto lub wykonano za pomocą elektronicznych nośników informacji takich jak materiały magnetyczne (dyskietki) lub optyczne (*compact disc*) przystosowane do utrwalania i przechowywania danych binarnych¹⁷⁶. Przypadki takich kontraktów zapewne nie są częste, jednakże można założyć, że w pewnych okolicznościach wygodnym rozwiązaniem dla stron będzie zawarcie i wykonanie umowy w drodze fizycznej wymiany (wręczenia) nośników elektronicznych zawierających nie tylko pliki tekstowe z oświadczeniami woli (oferta i oświadczenie o jej przyjęciu), lecz również sam przedmiot świadczenia taki jak plik multimedialny zawierający projekt urządzenia, prezentację czy utwór¹⁷⁷.

¹⁷³ *Ibidem*, s. 68

¹⁷⁴ Zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną środkami komunikacji elektronicznej są rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną.

¹⁷⁵ J. Jankowski, *op. cit.*, s. 68

¹⁷⁶ *Ibidem*

¹⁷⁷ W doktrynie zauważa się, że do tak zawartych umów nie będą miały zastosowania przepisy regulujące komunikację prowadzoną za pośrednictwem środków elektronicznych zawarte w np. k.c. czy ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Uzasadnia się to brakiem ryzyka wystąpienia błędu przy składaniu oświadczenia czy zniekształcenia jego treści w toku transmisji danych. W tym kontekście przesłanie komunikatu na nośniku elektronicznym, uznaje się za oświadczenie zawarte w treści dokumentu, który różni się od standardowego pisma jedynie koniecznością skorzystania w celu odczytania jego treści z odpowiedniego sprzętu i oprogramowania. To zaś stanowi sytuację analogiczną do wyrażenia woli przez osobę dokonującą czynności prawnej za pomocą tekstu w języku obcym albo pismem stenograficznym uznawanych za skuteczne, jeśli adresat jest w stanie je odczytać. Zob. K. Korus [w:] M. Chudzik, A. Frań, A. Grzywacz, K. Korus, M. Spyra, *Prawo handlu elektronicznego*, Bydgoszcz-Kraków 2005, s. 67 i cyt. tam literatura.

Wspomniany powyżej brak definicji legalnej pojęcia „umowy elektronicznej” inspiruje przedstawicieli doktryny do formułowania licznych propozycji w tym zakresie. W tej kwestii znamieną jest mnogość określeń, jakie można odnotować w różnych opracowaniach. Oprócz powyżej wspomnianego występują dodatkowo takie wyrażenia jak „elektroniczne zobowiązania umowne” czy „kontrakty elektroniczne”, kojarzone z językiem prawniczym oraz, przypisywane terminologii ekonomicznej, „elektroniczne transakcje”¹⁷⁸.

Niewątpliwie trafne wyjaśnienie tego pojęcia przedstawił W. Kilian wskazując, że wspomnianą powyżej nazwę można zastosować do porozumień zawieranych pomiędzy podmiotami komunikującymi się ze sobą za pomocą środków technicznych (przez cyfrowe sieci komunikacyjne) w celu przeprowadzenia transakcji dotyczących dóbr niematerialnych (tzw. wykonanie *on-line* lub bezpośredni handel elektroniczny) lub stworzenie w drodze elektronicznej podstaw do wydania dóbr niematerialnych (tzw. wykonanie *off-line* lub pośredni handel elektroniczny)¹⁷⁹. Niekiedy obok nazwy „umowy elektroniczne” stosowane są pojęcia takie jak „umowy zawierane za pośrednictwem Internetu”¹⁸⁰ czy mniej precyzyjne „umowy zawierane w Internecie”¹⁸¹, jednakże w kontekście wyjaśnień poczynionych powyżej należy mieć na uwadze, że powinny być one postrzegane jedynie jako wyrażenia bliskoznaczne względem sformułowania umowy elektronicznej *in-line*, Autorzy używający tych określeń rozumieją je odpowiednio jako kontrakty zawarte w wyniku wymiany oświadczeń woli za pomocą Internetu albo „ogół stosunków prawnych, których istotnym elementem jest wykorzystanie stron sieci jako środka komunikowania i przekazywania oświadczeń woli w celu zawarcia umowy”. W doktrynie zauważa się również przypadki niewłaściwego posługiwania się terminologią dotyczącą tej sfery obrotu gospodarczego. W tym kontekście przedmiotem krytyki jest utożsamienie „umów elektronicznych” („umów zawieranych przez Internet”) z *umowami on-line*¹⁸², które, wydaje się, we właściwym ujęciu powinny być używane jako określenie kontraktów zawieranych w sytuacji aktywnego dostępu do Internetu tj. w momencie, w którym obie strony transakcji jednocześnie korzystają z sieci jako środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość¹⁸³. Wobec powyższego *a*

¹⁷⁸ J. Jankowski, *op. cit.*, s. 55

¹⁷⁹ W. Kilian, *Umowy elektroniczne* [w:] *Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2003 cyt. za J. Gołaczyński, *Umowy elektroniczne – próba definicji* [w:] W. Dubis, J. Jacyszyn, M. Leśniak, M. Podleś, M. Skory, B. Sołtys, *Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym*, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2005, s. 12

¹⁸⁰ A. Stosio, *Umowy zawierane przez Internet*, Warszawa 2002, s. 132

¹⁸¹ P. Podrecki [w:] P. Podrecki, Z. Okoń, M. Świerczyński, T. Targosz, M. Smycz, D. Kasprzycki, *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, Warszawa 2004

¹⁸² Tak J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawa*, Kraków 1998, s. 89 oraz P. Podrecki *et al.*, *op. cit.*, s. 40

¹⁸³ Tak. W. Kocot, *Elektroniczna forma oświadczeń woli*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2001, Nr 3, s. 2 oraz J. Gołaczyński [w:] W. Dubis *et al.*, *op. cit.*, s. 13

contrario można wyróżnić przeciwną kategorię umów elektronicznych, czyli umowy *off-line*, za które należy uznać kontrakty zawierane w chwili gdy kontrahenci nie mają jednoczesnego dostępu do Internetu, a tym samym nie mogą nawiązać bezpośredniej aktywnej wymiany informacji w czasie rzeczywistym¹⁸⁴. Ma to miejsce np. wówczas gdy oferent wysyła ofertę za pomocą poczty elektronicznej do oblata, który odczyta ją np. dopiero na drugi dzień, gdy uruchomi swój komputer jednocześnie wprowadzając go w tryb *on-line*. Podsumowując ten fragment i porządkując przytoczone powyżej pojęcia można dodatkowo nadmienić, że zbiorczym określeniem dla umów *on-line* i *off-line* może być sformułowanie umowy *in-line*, które należałoby przeciwstawić umowom *outside-line*, tj. zawieranych lub wykonywanych poza komunikacją sieciową¹⁸⁵.

W ramach uszczegółowienia przedstawionego powyżej podziału należy wspomnieć, że w doktrynie spotykany jest pogląd, iż zarówno pojęcia kontraktów *on-line* jak i *off-line* można używać w znaczeniu wąskim i szerokim¹⁸⁶. Jednakże, mając na względzie słuszny pogląd J. Jankowskiego przytoczony powyżej, uwagę tę należałoby raczej odnieść do umów *in-line* i *outside-line*. Wobec tego, określenie umowy *inside-line sensu largo*, będzie obejmować przypadki, w których zawarcie lub wykonanie stosunku zobowiązaniowego miało miejsce przy czynnym dostępie do sieci. Oznacza to, że ta kategoria będzie obejmować kontrakty zawarte za pośrednictwem Internetu, a następnie wykonane w trybie *outside-line* (np. umowa sprzedaży książki zawarta za pomocą formularza zamieszczonego na stronie sklepu internetowego, następnie dostarczona do klienta pocztą z płatnością uregulowaną za pobraniem) oraz te, które zostały zawarte poza siecią, a następnie są realizowane drogą elektroniczną (nabycie usługi dostępu do czytelni czasopism *on-line* w biurze usługodawcy). Natomiast, umowami *in-line sensu stricto* będą kontrakty zarówno zawarte jak i wykonane za pośrednictwem sieci.

Odrębną kategorią umów elektronicznych *in-line* są umowy internetowe. Należy nadmienić, że w praktyce kontrakty zawierane i wykonywane za pośrednictwem Internetu stanowią dominujący odsetek umów *in-line*, ponieważ inne sieci (np. sieć GSM) zdecydowanie rzadziej używane są zaciągania i wykonywania zobowiązań.

Pojęciem „umowy internetowe” określane są kontrakty „zawierane lub wykonywane w Internecie (środowisku internetowym) i przez Internet (za pomocą narzędzi

¹⁸⁴ W. Srokosz, Umowa rachunku bankowego on line, Prawo bankowe 2001, Nr 21, s. 21, J. Gołaczyński [w:] W. Dubis *et al.*, *op. cit.*, s. 13

¹⁸⁵ J. Jankowski, *op. cit.*, s. 68

¹⁸⁶ Tak m.in. J. Gołaczyński [w:] W. Dubis *et al.*, *op. cit.*, s. 14

internetowych)”¹⁸⁷. Według innej, bardziej szczegółowej, definicji oznacza ono ogół stosunków zobowiązaniowych, których istotnym elementem jest wykorzystanie przez strony środków komunikacji, dostępnych w Internecie (strony WWW, poczta elektroniczna, komunikatory internetowe), celem składania oświadczeń woli zmierzających do zawarcia umowy, a nawet wymiany świadczeń wynikających z zawartego już kontraktu¹⁸⁸.

W doktrynie zauważa się, że w przepisach prawa polskiego nie można znaleźć podstaw do wyodrębnienia tych umów jako oddzielnej kategorii jurystycznej, w szczególności nie można ich przyporządkować ani porównać, tylko i wyłącznie do jednego typu umów nazwanych w k.c.¹⁸⁹. W celu ustalenia treści tych kontraktów konieczne jest stosowanie reguł ogólnego prawa cywilnego, odpowiednich przepisów części ogólnej prawa zobowiązań (przede wszystkim art. 353¹ k.c.), a także jeśli jest to konieczne i uzasadnione przepisów o umowach nazwanych *per analogiam* lub wprost w zależności od podobieństwa celów danej umowy i właściwej umowy nazwanej¹⁹⁰. Natura tych stosunków jest zwykle bardzo złożona, funkcjonują w ich ramach elementy różnych kontraktów, mają one za przedmiot rozmaite dobra zarówno materialne jak i niematerialne, a także usługi¹⁹¹. W związku z tym od strony formalnej transakcje te należy postrzegać jak umowy mieszane lub umowy z elementami różnych stosunków zobowiązaniowych. Ponadto wobec uwag poczynionych powyżej zgodnie, z którymi przedmiotem tych umów może być świadczenie usług, to jeśli będzie ono realizowane w trybie *in-line* zajdzie konieczność zastosowania przepisów ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

W doktrynie proponuje się różne sposoby klasyfikowania umów internetowych. Oprócz wspomnianego powyżej podziału na kontrakty *on-line* i *off-line* można zaprezentować klasyfikacje skonstruowane w oparciu o takie kryteria podziału jak: strona podmiotowa, sposób wykonania umowy, charakter usług świadczonych w ich ramach przez konkretny podmiot oraz inkorporowanie elementów właściwych dla kontraktów stypizowanych w k.c.

Pierwszy podział skonstruowany jest w oparciu o kryterium statusu stron umowy. Na tej podstawie kontrakty zawierane w Internecie dzieli się na trzy kategorie: umowy zawierane pomiędzy przedsiębiorcami (określane jako B2B czyli *business-to-business*), umowy zawierane pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami (B2C *business-to-consumer*) oraz

¹⁸⁷ J. Jankowski, *op. cit.*, s. 75

¹⁸⁸ P. Podrecki, [w:] P. Podrecki *et al.*, *op. cit.*, s. 40

¹⁸⁹ *Ibidem*

¹⁹⁰ D. Szostek, Treść umowy zawieranej w postaci elektronicznej [w:] Handel elektroniczny. Prawne problemy, pod red. J. Barty i R. Markiewicza, Zakamycze 2005, s. i cyt. tam literatura.

¹⁹¹ P. Podrecki, [w:] P. Podrecki *et al.*, *op. cit.*, s. 40

umowy zawierane pomiędzy konsumentami (C2C *consumer-to-consumer*)¹⁹². Pierwsza grupa obejmuje kontrakty zawierane odpłatnie w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, druga transakcje występujące masowo w obrocie konsumenckim (jednostronnie profesjonalnym) np. w sklepach internetowych, zaś trzecia czynności prawne pomiędzy konsumentami dokonywane osobiście lub poprzez tzw. aukcje on-line¹⁹³.

Drugi z przytoczonych podziałów opiera się na kryterium sposobu wykonania świadczenia. W ramach tak skonstruowanej klasyfikacji wyróżnia się transakcje pośrednie i transakcje bezpośrednie¹⁹⁴ (czyli zachodzące w ramach *indirect* albo *direct electronic commerce*). Transakcjami pośrednimi będą te, w których występuje tzw. substrat materialny, a za pośrednictwem sieci dochodzi jedynie do ich zawarcia (przy wykorzystaniu środków komunikacji dostępnych w Internecie), natomiast do ich wykonania niezbędnym jest np. dostarczenie i związane z nim przeniesienie własności przedmiotu świadczenia, którym jest tu zwykle prawo własności rzeczy lub towaru konsumpcyjnego, w tradycyjny sposób, czyli za pomocą poczty lub przesyłki kurierskiej. Transakcjami bezpośrednimi są takie, w których konkretne prawa majątkowe bądź usługi występują w postaci zdigitalizowanej. Digitalizacja stanowi proces polegający na przekształceniu formy zapisu danych z analogowej na cyfrową, co np. przypadku tekstu, który powstał wskutek sporządzenia dokumentu na piśmie, osiąga się poprzez jego przepisanie do pliku tekstowego bądź zeskanowania jego treści do pliku graficznego, tak ażeby był dostępny na nośniku elektronicznym. Skutkiem tych działań jest powstanie produktu digitalnego, za który w doktrynie uznaje się produkt elektroniczny (rzecz albo usługę), którego fizyczne wyczerpanie jest niemożliwe¹⁹⁵. Ta właściwość sprawia, że programy komputerowe, pliki muzyczne, graficzne i wideo określane są mianem produktów odnawialnych¹⁹⁶. Zdigitalizowane usługi i prawa majątkowe mogą być świadczone za pośrednictwem sieci teleinformatycznych, co powoduje, że zarówno zawarcie jak i wykonanie umów, w ramach których są one realizowane zachodzi wyłącznie w cyberprzestrzeni. W ten sposób można dystrybuować programy komputerowe, elektroniczne bazy danych, a także świadczyć usługi takie jak poczta elektroniczna, komunikatory internetowe, itp.

Kolejny z podziałów przytoczony powyżej opiera się na wyróżnieniu kilku typów usługodawców w odniesieniu do świadczonych przez nich usług. W tym kontekście

¹⁹² *Ibidem*, s. 41-42

¹⁹³ J. Jankowski, *op. cit.*, s. 86

¹⁹⁴ P. Podrecki, [w:] P. Podrecki *et al.*, *op. cit.*, s. 42-43

¹⁹⁵ D. Szostek, *op. cit.*, s. 144, przyp. 3

¹⁹⁶ *Ibidem*

występujące w obrocie elektronicznym kontrakty można podzielić wg kategorii podmiotów z jakimi są one zawierane, czyli *Internet Access Providers*, *Internet Content Providers*, oraz *Internet Service Providers*, a także *Network Providers* i *Transmission Providers*¹⁹⁷. Będą to odpowiednio umowy o udzielenie dostępu do sieci internetowej, umowy o dostarczenie różnorodnych treści za pomocą Internetu np. informacji, multimediiów, umowy o świadczenie usług drogą elektroniczną oraz umowy z podmiotami udostępniającymi infrastrukturę telekomunikacyjną niezbędną do transmisji sygnału oraz z podmiotami świadczącymi usługi transmisji danych w sieci teleinformatycznej¹⁹⁸.

Następny zaproponowany podział skonstruowany został w odniesieniu do charakteru postanowień umów zawieranych *on-line* i ich podobieństwa do tych stypizowanych w części szczególnej k.c. Transakcje internetowe wykazują największe podobieństwo do takich kontraktów jak, najem, umowa o dzieło, zlecenie, a właściwie umowa o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c. W odniesieniu do kontraktów, których przedmiotem będzie wykonywanie czynności faktycznych można wyróżnić takie ich grupy jak umowy podobne do umowy zlecenia, umowy o dzieło i umowy mieszane. Jednocześnie należy zauważyć, że niemożność jednoznacznego przyporządkowania tych umów do jednego typu umownego prowadzi do licznych trudności praktycznych i niewątpliwie może zostać uznana za okoliczność uzasadniającą podjęcie prób nowego ujęcia tej problematyki w przepisach k.c.

Odrębnego opisanie, ze względu na stopień rozpowszechnienia wymaga kwestia licznie występujących w obrocie elektronicznym umów zawieranych w drobnych bieżących sprawach życia codziennego. Sformułowanie to zaczerpnięte jest z treści art. 14 § 2 k.c. i art. 384 § 2 k.c., choć w doktrynie podkreśla się, że to samo wyrażenie występujące w dwóch ww. przepisach w treści każdego z nich określa katalog różnych czynności¹⁹⁹. W przepisach tych uregulowano mechanizmy ograniczające funkcje ochronną prawa cywilnego w stosunku do pewnej kategorii powszechnie zawieranych kontraktów, tzw. umów bagatelnych²⁰⁰. Przyjmuje się, że obejmuje ona grupę umów wyróżnioną ze względu na częstotliwość zawierania, masowość (powszechność występowania) oraz wartość świadczenia, przy czym ostatnie ze wspomnianych kryteriów nie ma charakteru przesądzającego²⁰¹. W tym zakresie

¹⁹⁷ J. Jankowski, *op. cit.*, s. 83

¹⁹⁸ *Ibidem*

¹⁹⁹ D. Szostek, *op. cit.*, s. 159 i cyt. tam lit.

²⁰⁰ Sformułowanie „umowy bagatelne”, jako odwołujące się tylko do jednej cechy tego zbioru („zawierane w drobnych sprawach”), jest krytykowane przez Cz. Żuławska, która zauważa, że takie wyrażenie determinuje postrzeganie tej grupy kontraktów wyłącznie w kategoriach ekonomicznych. Zob. Cz. Żuławska [w:] G. Bieniek, H. Cieplą, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, Warszawa 2009, t. 1, s. 154

²⁰¹ D. Szostek, *op. cit.*, s. 159

przedstawiciele doktryny stwierdzają, uznając za pośrednią wskazówkę brzmienie art. 5 pkt 3 ustawy z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny²⁰², że umową bagatelną jest taka, która za przedmiot ma świadczenie o nieznaczej wartości np. do 10 euro²⁰³. Opisując ten typ umów wskazuje się również na kryterium „charakteru sprawy” rozumianego jako cecha wyznaczona przez częstotliwość i rodzaj potrzeb zaspokajanych przez świadczenie umowne uzyskiwane w ramach tych kontraktów, a odwołującego się do takich ustawowych określeń jak „bieżące” (potrzeby) i „życie codzienne” (częstotliwość występowania tych potrzeb)²⁰⁴. Ponadto, w poglądach doktryny dotyczących tej problematyki można zaobserwować rozbieżności co do kwestii włączenia do tej kategorii umów mających za przedmiot usługi, które ze względu na wysokość wynagrodzenia mogłyby zostać przypisane do opisywanej grupy, jednakże z uwagi na rodzaj świadczenia zachodzi, w ich przypadku konieczność powierzenia usługodawcy mienia o wartości przekraczającej wartość usługi (usługi pralnicze, serwisowe itp.). Wydaje się, że uznając argument o zbytnim zawężeniu zakresu pojęcia konsumenckich umów bagatelnych, należy poprzeć pogląd, według którego również te kontrakty trzeba przyporządkować do analizowanego zbioru²⁰⁵.

Mając na względzie powyżej opisane uwarunkowania należy uznać, że znaczna część umów zawieranych w obrocie elektronicznym będzie mogła zostać zaliczona do tej kategorii²⁰⁶. Wiele z nich, mimo, że w ich treści nie występuje świadczenie pieniężne (co nie oznacza, że uzyskiwane na ich podstawie usługi są świadczone pod tytułem darmym) ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia całym grupom konsumentów dostępu do podstawowych usług społeczeństwa informacyjnego (poczta elektroniczna, komunikatory internetowe, bramki SMSowe itp.). W niniejszej pracy umowy takie zostały określone mianem konsumenckich transakcji wymiennych. Podstawową konsekwencją wynikającą z możliwości uznania takich kontraktów za „bagatelne” będzie wynikająca z art. 14 § 2 k.c. ich ważność

²⁰² Dz. U. Nr 22, poz. 271. Przedmiotowy akt prawny stracił moc na podstawie art. 52 pkt 1 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 683 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą o prawach konsumenta”.

²⁰³ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *op. cit.*, s. 156, W. Popiołek [w:] Z. Banaszczyk, A. Brzozowski, J. Mojak, L. Ogiełło, M. Pazdan, J. Pietrzykowski, W. Popiołek, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, J. Szachulowicz, K. Zaradkiewicz, K. Zawada, Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449¹¹, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2008, t.1, s. 1080

²⁰⁴ Cz. Żuławska, *Komentarz...*, s. 154

²⁰⁵ Pogląd taki formułuje W. Popiołek. Zob. W. Popiołek, *op. cit.*, s. 1080-81, gdzie wskazano również stanowiska odmienne.

²⁰⁶ Twierdzenie takie formułuje m.in. D. Szostek, który wśród „elektronicznych umów bagatelnych” (nieodpłatnych umów dotyczących świadczeń spełnianych *on-line*) wymienia umowy o: udostępnienie baz danych, przesyłanie informacji, dostęp do portalu internetowego, świadczenie usługi poczty elektronicznej, dostęp do programów komputerowych. Zob. D. Szostek, *op. cit.*, s. 159

nawet pomimo zawarcia przez osoby niezdolne do czynności prawnych, która zaistnieje z chwilą wykonania, chyba że miała by się wiązać z rażącym pokrzywdzeniem osoby niezdolnej do czynności prawnych. Ponadto zgodnie z art. 384 § 2 k.c. w odniesieniu do stosunków zobowiązaniowych tego rodzaju będzie możliwe ich nawiązanie przy użyciu wzorca umownego, jeśli w stosunkach danego rodzaju jest to zwyczajowo przyjęte, nawet w sytuacji, gdy nie został on doręczony przed zawarciem umowy drugiej stronie, a jednocześnie mogła ona się z łatwością dowiedzieć o jego treści. W kontekście potrzeby odniesienia tych przepisów do umów elektronicznych zachodzi dodatkowo potrzeba skonfrontowania tych regulacji z art. 384 § 4 k.c., zgodnie z którym jeżeli jedna ze stron posługuje się wzorcem umowy w postaci elektronicznej, powinna udostępnić go drugiej stronie przed zawarciem umowy w taki sposób, aby mogła ona wzorzec ten przechowywać i odtwarzać w zwykłym toku czynności. W tej sytuacji należałoby uznać, że strona umowy bagatelnej posługująca się wzorcem nie musi dostarczać go stronie, a jedynie przed zawarciem umowy stworzyć możliwość zapoznania się z jego treścią w sposób o którym mowa w art. 384 § 4 k.c. W praktyce oznaczałoby to, że np. w treści oświadczeń woli składanych z zamiarem zawarcie umowy nie byłoby potrzeby bezpośredniego przytaczania treści odpowiedniego wzorca, a za wystarczające należałoby uznać zawarcie odnośnika (linku) do strony z tekstem tego dokumentu, który można by było z tej witryny zarówno odczytać jak i pobrać. Takie rozwiązanie może być korzystne w kontekście zawierania umowy przy wykorzystaniu krótkich wiadomości tekstowych (SMS), w przypadku których wyświetlenia w ich treści całego niejednokrotnie dość obszernego wzorca mogłoby być z przyczyn technicznych dość niewygodne.

1.5.3 Umowy z „pośredniczącymi dostawcami usług internetowych”

Rodzajem umów, który wymaga osobnej wzmianki są kontrakty zawierane z „pośredniczącymi dostawcami usług internetowych”. Pojęcie to występuje w dyrektywie o handlu elektronicznym i odnosi się je do stosunków zobowiązaniowych, na podstawie których świadczone są usługi prostego przesyłu (*mere conduit*), *caching’u* i *hosting’u*. Wyróżnienie to zostało dokonane ze względu na konieczność określenia sfer działalności korzystających z wyłączenia odpowiedzialności za treść danych będących przedmiotem tych świadczeń tj. odpowiednio przesyłanych albo przechowywanych przez usługodawców. Każde z tych pojęć zostało zdefiniowane w dyrektywie o handlu elektronicznym (artykuły 12, 13 i 14), która w

tym zakresie została implementowana do prawa polskiego w treści artykułów 11, 12 i 13 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Na podstawie art. 12 ust. 1 dyrektywy o handlu elektronicznym można stwierdzić, że „prosty przesył” oznacza usługę społeczeństwa informacyjnego polegającą na transmisji w sieci telekomunikacyjnej informacji przekazanych przez usługobiorcę lub na zapewnianiu dostępu do sieci telekomunikacyjnej, jeżeli usługodawca nie jest inicjatorem przekazu, nie wybiera odbiorcy przekazu; oraz nie wybiera oraz nie modyfikuje informacji zawartych w przekazie. Zgodnie z ustępem 2 wspomnianego przepisu czynności wykonywane w ramach usługi „prostego przesyłu” obejmują automatyczne, pośrednie i krótkotrwałe przechowywanie przekazywanych informacji, jednakże tylko w zakresie, w jakim służy to wyłącznie wykonywaniu transmisji w sieci telekomunikacyjnej, oraz jeżeli okres przechowywania nie przekracza czasu rozsądnie koniecznego do transmisji. Oznacza to, że usługa ta obejmuje czynności polegające na pasywnym udziale w transmisji danych sieci informacyjnej lub zapewniającej dostęp do sieci informacyjnej²⁰⁷.

Drugie z wymienionych powyżej pojęć, czyli *caching*, użyte w art. 13 dyrektywy o handlu elektronicznym oznacza działania mające na celu transmisję w sieci telekomunikacyjnej informacji przekazanych przez usługobiorcę polegającą na automatycznym, pośrednim i krótkotrwałym przechowywaniu tej informacji dokonywanym w celu usprawnienia późniejszej transmisji informacji na żądanie innych usługobiorców. *Caching*, który zapewnia usługodawcy skorzystanie z wyłączenia od odpowiedzialności za przechowywanie informacji wymaga, aby podmiot ten ich nie modyfikował, przestrzegał warunku dostępu do tych informacji, przestrzegał zasad dotyczących ich aktualizowania określonych w sposób szeroko uznany i używany w branży, nie zakłócał dozwolonego posługiwania się technologią, szeroko uznaną i używaną w branży w celu uzyskania danych o korzystaniu z informacji oraz niezwłocznie usuwał lub uniemożliwiał dostęp do przechowywanych informacji, gdy uzyska wiarygodną wiadomość, że informacje zostały usunięte z początkowego źródła transmisji lub dostęp do nich został uniemożliwiony albo gdy sąd lub organ administracyjny nakazał usunięcie informacji lub uniemożliwienie dostępu do niej. Podsumowując *caching* jest to usługa automatycznego i krótkotrwałego pośredniego przechowywania danych świadczona w celu przyspieszenia ponownego dostępu do nich²⁰⁸. Dzięki niej dane pozyskane z odległego serwera (*remote server*) i zapisane na pewien krótki czas na bliższym serwerze mogą być

²⁰⁷ P. Podrecki, Podział i rodzaje umów w Internecie [w:] Prawo Internetu, pod red. P. Podreckiego, Warszawa 2007, s. 52

²⁰⁸ *Ibidem*

wykorzystane bez potrzeby ponownego uzyskiwania ich z dalszego serwera, co przyczynia się do zwiększenia efektywności i szybkości funkcjonowania systemu²⁰⁹.

Trzeci rodzaj usług związanych z pośrednictwem w przekazywaniu danych, czyli *hosting*, wspomniany w art. 14 dyrektywy o handlu elektronicznym oznacza przechowywanie na żądanie usługobiorcy informacji przez niego przekazanych. W praktyce usługa ta jest świadczona w drodze udostępnienia zainteresowanemu podmiotowi podłączonych do sieci serwerów, określanych mianem *host* serwerów, w celu zapisania na nich różnego rodzaju danych, zazwyczaj tych które niezbędne są dla wyświetlania stron internetowych²¹⁰. W doktrynie zauważa się, że występują dwa rodzaje hostingu wyróżnione na podstawie kryterium liczby podmiotów, od których pochodzą przechowywane treści – pierwszy polega na utrzymywaniu materiałów dostarczonych przez jednego usługodawcę (np. utrzymywanie witryny internetowej), natomiast drugi wiąże z przechowywaniem danych pochodzących od wielu usługodawców (np. przechowywanie materiałów grup dyskusyjnych)²¹¹. Podobnie jak w przypadku wcześniej prezentowanych przepisów ustęp 2 artykułu 14 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną określa warunki, których spełnienia umożliwia skorzystanie z wyłączenia odpowiedzialności za przechowywane dane. Może ono mieć miejsce wówczas, gdy usługodawca: nie ma wiarygodnych wiadomości o bezprawnym charakterze działalności lub informacji, a w odniesieniu do roszczeń odszkodowawczych – nie wie o stanie faktycznym lub okolicznościach, które w sposób oczywisty świadczą o tej bezprawności lub gdy usługodawca podejmuje niezwłocznie odpowiednie działania w celu usunięcia lub uniemożliwienia dostępu do informacji, gdy uzyska takie wiadomości lub zostanie o nich powiadomiony.

Opisane rodzaje usługi mogą występować w ramach umów świadczonych drogą elektroniczną jako świadczenie główne jak i świadczenie uboczne. Hosting zazwyczaj stanowi świadczenie główne w ramach umowy o udostępnienie przestrzeni na serwerze i przechowywanie na nim danych²¹². Natomiast jako świadczenie uboczne występuje niekiedy w ramach umowy o świadczenie usługi poczty elektronicznej²¹³. Z kolei prosty przesył i *caching* są usługami świadczonymi w ramach umowy o zapewnienie dostępu do sieci telekomunikacyjnej wraz z przesyłem danych²¹⁴.

²⁰⁹ J. Gołaczyński, K. Kowalik-Bańczyk, A. Majchrowska, M. Świerczyński, *op. cit.*, Warszawa 2009, s. 13, G. Rączka, Prawne zagadnienia hostingu, *Przegląd Prawa Handlowego* 2009, Nr 4, s. 33

²¹⁰ P. Podrecki, Podział i rodzaje umów w Internecie..., s. 52

²¹¹ *Ibidem*

²¹² J. Gołaczyński [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane...*, s. 421

²¹³ *Ibidem*

²¹⁴ *Ibidem*

Przedstawiciele doktryny zauważają, że umowy, w których świadczenie główne stanowią usługi prostego przesyłu i *caching* 'u zazwyczaj należą do zbiorów umów odpłatnych i gospodarczych²¹⁵. Ponadto, uznaje się je za kontrakty o charakterze konsensualnym i wzajemnym²¹⁶. Natomiast, nawiązując do powyżej zaprezentowanych klasyfikacji można je przyporządkować do grupy umów elektronicznych *in-line*, a ściślej rzecz ujmując do kategorii umów internetowych albo umów *in-line sensu stricto*, ponieważ są one na ogół zarówno zawierane jak i wykonywane za pośrednictwem sieci.

1.5.4 Umowy z „pośredniczącymi dostawcami usług internetowych” a przepisy k.c.

Kontrowersyjną kwestią dotyczącą umów mających za przedmiot prosty przesył, *caching* jest określenie przepisów regulujących ten rodzaj stosunków zobowiązaniowych. W odniesieniu do tej kwestii przedstawiciele doktryny prezentują zróżnicowane, niekiedy sprzeczne poglądy, których przeanalizowanie i skonfrontowanie jest niezbędne dla sformułowania propozycji odnoszących się do ewentualnego uregulowania tej problematyki.

Zwolennicy pierwszego poglądu, czyli A. Krasuski²¹⁷ oraz B. Sołtys i M. Podleś²¹⁸ uznają powyżej wspomniany rodzaj stosunków zobowiązaniowych za umowy nazwane, ponieważ w ustawie z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne²¹⁹ zawarto przepisy odnoszące się do „umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych”. Konsekwencją takiego ujęcia jest, wskazywana przez wyżej wymienionych autorów, niemożność zastosowania do przedmiotowych stosunków obligacyjnych, kodeksowych przepisów o umowach nazwanych, a w szczególności uregulowań poświęconych zleceniu zgodnie z dyspozycją normy prawnej sformułowanej w art. 750 k.c. Uzasadniając tę tezę jej zwolennicy powołują się na ugruntowany w doktrynie pogląd, zgodnie z którym wskazany przepis znajduje zastosowanie tylko i wyłącznie w odniesieniu do kontraktów nieuregulowanych innymi przepisami przy czym w tym kontekście bez znaczenia jest czy są to regulacje kodeksowe czy pozakodeksowe²²⁰.

²¹⁵ B. Sołtys, M. Podleś [w:] W. Dubis, J. Jacyszyn, M. Leśniak, M. Podleś, M. Skory, B. Sołtys, Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2005, s. 144, J. Gołaczyński [w:] System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 422

²¹⁶ A. Stosio, *op. cit.*, s. 213-214, P. Podrecki [w:] Prawo Internetu, s. 42, J. Gołaczyński [w:] System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 431

²¹⁷ A. Krasuski, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2005, s. 221

²¹⁸ B. Sołtys, M. Podleś, *op. cit.*, s. 158

²¹⁹ t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1907 z późn. zm.

²²⁰ L. Ogieńko [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. t. 2, Warszawa 2000, s. 368, M. Sośniak, Umowy o świadczenie usług z art. 750 kodeksu cywilnego, Państwo i Prawo 1981, Nr 5, s. 66 cyt. za B. Sołtys, M. Podleś, *op. cit.*, s. 159

Zgodnie z drugim poglądem²²¹ do kontraktów, na podstawie których świadczy się usługi prostego przesyłu i *caching'u* można stosować przepisy dotyczące umowy o dzieło. Wśród argumentów mogących stanowić uzasadnienie takiej tezy wymienia się m.in. podobny charakter wspomnianych stosunków zobowiązaniowych. Wprawdzie umowy mające za przedmiot prosty przesył i *caching*, w przeciwieństwie do umowy o dzieło, raczej nie mogą zostać uznane za umowy o zobowiązanie rezultatu²²², to jednak w tych kontraktach występuje pewien element dający podstawę do zastosowania analogii. Za taki można uznać konieczność zapewnienia dostępu do usług w ściśle określonym czasie (wskazanym w treści umowy), a uchybienie temu obowiązкови, jak się wydaje, powinno skutkować możliwością żądania od usługodawcy zmiany sposobu wykonania usługi i wyznaczeniem w tym zakresie odpowiedniego terminu, co stanowiłoby wykorzystanie rozwiązań przewidzianych w przepisach k.c. dla umowy o dzieło²²³. Również obowiązek współdziałania stron wspomnianej umowy nazwanej, którego wyraz stanowią art. 636 § 1 oraz art. 640 k.c.²²⁴, jest przedstawiany jako argument potencjalnie uzasadniający tezę o podobieństwie pomiędzy tym kontraktem, a umowami, na podstawie których świadczy się usługi prostego przesyłu i *cachingu*²²⁵. Oczywiście należy mieć na uwadze, że współpraca ta nie jest każdorazowo niezbędna zarówno w przypadku pierwszej²²⁶ jak i drugiej z powyżej wymienionych umów.

²²¹ Autorstwo tego poglądu trudno, przypisać konkretnemu przedstawicielowi doktryny. Jest on prezentowany przez J. Gołaczyńskiego, który jednak w swojej pracy opowiada się za innym ujęciem analizowanej problematyki. Zob. J. Gołaczyński [w:] System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 431-432

²²² W doktrynie zauważa się, że świadczenie usług prostego przesyłu i *cachingu* wiąże się z wystąpieniem pewnego rezultatu, jednakże nie można przyrównać go z taki czynnościami jak „materialne wydanie dzieła”. Tak P. Podrecki, [w:] Prawo Internetu, pod red. P. Podreckiego, Warszawa 2007, s. 58-59. Mimo że wspomniany autor odniósł się do wydania dzieła w postaci materialnej, to jego teza mogła by również znaleźć zastosowanie do dzieła w postaci niematerialnej, za którego wydanie również nie może zostać uznane świadczenie ww. usług w ramach stosunków kontraktowych.

²²³ Tak J. Gołaczyński [w:] System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 432. Mimo, że w tym zakresie wspomniany autor uznaje za przepis stanowiący źródło tego uprawnienia art. 634 k.c., to wydaje się jednak, że bardziej właściwe byłoby powołanie w tym kontekście art. 636 § 1. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie.

²²⁴ W doktrynie podnosi się, że obowiązek współdziałania stron umowy o dzieło jest wynikiem szczególnego charakteru przedmiotu tej umowy. Konieczność nadania mu indywidualnych cech względem wyrobów oferowanych na podstawie umowy sprzedaży wymaga współpracy stron nie tylko na etapie oznaczania nie dzieła w kontekście składania zamówienia, lecz również w toku jego wykonywania, czemu służyć może obowiązek wykonywania dzieła według wskazań i poleceń zamawiającego pod rygorem odstąpienia od umowy zgodnie z art. 634 § 1 k.c. Tak. K. Kołakowski, Komentarz..., s. 203

²²⁵ J. Gołaczyński [w:] System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 432

²²⁶ Na fakt fakultatywnego charakteru elementu współpracy w przypadku umowy o dzieło zwraca się uwagę w kontekście jej odróżnienia od niektórych umów nienazwanych występujących w praktyce obrotu prawnego. Jedną z nich jest np. umowa consultingu, co do której wyrażono pogląd zgodnie z którym dla jej właściwego wykonania element współpracy pomiędzy stronami jest nieodzowny, co istotnie różni ją od umowy o dzieło. Tak. D. Krekora, Umowa consultingu, Wojskowy Przegląd Prawniczy 2007, Nr 4, s. 94

Wśród przepisów typizujących umowę o dzieło jako te, które mogłyby być potencjalnie stosowane również do analizowanych umów elektronicznych wskazano art. 536 k.c. w związku z art. 638 k.c., tj. uregulowania dotyczące odpowiedzialności za wady dzieła²²⁷. Prezentując pogląd o możliwości zastosowania przepisów tytułu XV księgi trzeciej k.c. do umów mających za przedmiot prosty przesył i *caching* J. Gołaczyński zwrócił również uwagę na argumenty świadczące o niesłuszności takiego podejścia. Autor ten zdecydowanie wyłącza dopuszczalność zastosowania, art. 641 k.c. dotyczącego utraty dzieła oraz art. 644 k.c. dającego możliwość odstąpienia od umowy przez złożenie oświadczenia woli, z zastrzeżeniem uiszczenia umówionego wynagrodzenia w wysokości pomniejszonej o kwotę zaoszczędzoną przez przyjmującego zamówienie z powodu niewykonania dzieła. Za przeszkodę uniemożliwiającą zastosowanie art. 644 k.c. uznano trudności w określeniu momentu zakończenia usługi w umowach, na podstawie których wykonywany jest prosty przesył i *caching*, dlatego też odstąpienie od takiego kontraktu prawdopodobnie powodowałoby naruszenie interesów usługodawcy²²⁸. Uzupełniając tę argumentację można zauważyć, że odstąpienie od umowy jest uprawnieniem prawokształtującym działającym z mocą wsteczną (*ex tunc*). W wyniku złożenia oświadczenia woli o odstąpieniu stosunek kontraktowy, którego ono dotyczy ulega unicestwieniu od początku (*ab initio*), a co za tym idzie prowadzi do wykreowania takiego stanu prawnego, jaki miałby miejsce gdyby umowa nigdy nie została zawarta. Zakończenie kontraktu w ten sposób wymaga od stron przeprowadzenia rozliczeń w ramach, których muszą one zwrócić sobie to co zostało przekazane wskutek spełnienia wzajemnych świadczeń. Z uwagi na fakt, że usługi ze swej istoty nie podlegają akumulacji i są „konsumowane” w momencie ich świadczenia, nie mogłyby być zwrócone od pewnego momentu wstecz. Wobec tego nie powinien również nastąpić zwrot wynagrodzenia w odpowiedniej części, które w tym stanie rzeczy zostałyby zaliczone przez usługodawcę na poczet poniesionych przez niego nakładów w związku z wykonaniem umowy. Innymi słowy, w tych okolicznościach stosunek prawny w przeszłości pozostaje nienaruszony, co wymaga dokonania odpowiednich rozliczeń pomiędzy stronami²²⁹. W tej sytuacji nie sposób dostrzec, że odstąpienie od umowy, nawet jeśli miałyby miejsce, wywarłoby taki sam skutek jak wypowiedzenie, dlatego też to właśnie ta instytucja

²²⁷ J. Gołaczyński [w:] System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 432

²²⁸ *Ibidem*

²²⁹ Natomiast w przypadku umowy o dzieło skutki zawiązania stosunku zobowiązaniowego w przeszłości są całkowicie eliminowane z mocą wsteczną poprzez zwrot tego co zostało świadczone przez strony. Zob. np. A. Brzozowski, [w:] Z. Banaszczyk, A. Brzozowski, J. Mojak, L. Ogiełło, M. Pazdan, J. Pietrzykowski, K. Pietrzykowski, W. Popiołek, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, J. Szachułowicz, K. Zawada, Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450-1088, t. 2, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2009, s. 398

powinna znaleźć zastosowanie w kontekście jednostronnego zakończenia analizowanego typu umów. Jest to typowa cecha umów, w których świadczeniem charakterystycznym jest świadczeniem ciągle. Jednostronne zakończenie takich stosunków zobowiązaniowego może nastąpić jedynie poprzez wypowiedzenie. W przypadku kontraktu uregulowanego przepisami tytułu XV księgi trzeciej k.c., ze względu na właściwość zobowiązania przyjmującego zamówienie, którego przedmiotem jest wykonanie określonego materialnego albo niematerialnego dzieła, zwrot wzajemnych świadczeń pomiędzy stronami jest możliwy, dlatego też w tej sytuacji, dla celów jednostronnego zakończenia takiego kontraktu znajduje zastosowanie instytucja odstąpienia.

Podsumowując, przepisy k.c. regulujące umowę o dzieło niezbyt dobrze nadają się do zastosowania w drodze analogii względem stosunku prawnego, którego źródłem są kontrakty mające za przedmiot usługi prostego przesyłu i *caching'u*. Przede wszystkim spowodowane jest to odmiennym względem dzieła charakterem tych umów. Nie są to umowy o zobowiązanie rezultatu, a świadczenie charakterystyczne w ich przypadku jest świadczeniem ciągłym. Dlatego też należy podzielić pogląd J. Gołaczyńskiego, zgodnie z którym przepisów mogących znaleźć zastosowanie do tej umowy należy poszukiwać poza tytułem XV księgi trzeciej k.c.

Zgodnie z trzecim poglądem opisanym przez J. Gołaczyńskiego²³⁰ do analizowanego rodzaju umów mających za przedmiot prosty przesył i dostęp do sieci, czyli czynności faktyczne, zgodnie z art. 750 k.c. należałoby odpowiednio zastosować przepisy o zleceniu. Taka teza wynika z uznania tych kontraktów za umowy o świadczenie usług nieuregulowane innymi przepisami. Wspomniany autor opisując to rozwiązanie zwraca uwagę na pewne cechy wspólne umowy zlecenia i umów o prosty przesył i *caching*. W tym zakresie obydwa rodzaje kontraktów klasyfikuje jako przynależące do grupy stosunków umownych stanowiących źródło zobowiązania staranności. Mimo, że za istotną cechę umów o prosty przesył i *caching* uznaje się konieczność osiągnięcia rezultatu, jakim jest zapewnienie dostępu do sieci o określonych parametrach, to uzyskanie tego celu musi nastąpić przy zachowaniu należytej staranności. Rozwiązanie takie wynika z charakteru czynności świadczonych na podstawie ww. umów, które, podobnie jak wszystkie usługi, mogą być ocenione dopiero po ich wykonaniu, dlatego też, z przyczyn obiektywnych, już przed zawarciem kontraktu mającego stanowić podstawę ich uzyskania należy określić standard działania wiążący dla

²³⁰ J. Gołaczyński [w:] System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 432

wykonawcy²³¹. Wśród cech wspólnych analizowanych kontraktów wymienia się również zaufanie jakim zleceniobiorca czy usługodawca musi darzyć drugą stronę. W tym kontekście w przypadku umowy o prosty przesył i *caching* przekłada się to na obowiązek zachowania poufności danych oraz ich właściwego zabezpieczenia przed dostępem osób trzecich. Nie bez znaczenia jest również wskazana powyżej cecha usług umożliwiająca ocenę poprawności ich świadczenia dopiero po ich wykonaniu. Dlatego dla zapewnienia ich jakości określa się standard działania²³², co do którego zachowania usługobiorca musi darzyć drugą stronę zaufaniem²³³, ponieważ w przeciwnym razie stosunek prawny pomiędzy nim a usługodawcą nie mógłby dojść do skutku. Kolejnym rozwiązaniem wynikającym z fiducyjnego charakteru zlecenia i porównywanych z nim kontraktów jest zasadnicza konieczność osobistego wykonywania czynności składających się na świadczenie charakterystyczne. Wiąże się to również z możliwością ograniczenia odpowiedzialności strony, która powierzy wykonanie umowy innej osobie. W przypadku zlecenia znajdzie wówczas zastosowanie jedynie możliwość dochodzenia roszczeń z tytułu winy w wyborze (*culpa in eligendo*). Natomiast w umowach o prosty przesył i *caching*, gdzie angażowanie przez usługodawcę do wykonania kontraktu wielu podmiotów trzecich stanowi regułę, stosuje się podobne rozwiązania mające na celu ograniczenie odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązań.

Kolejny przedstawiony przez J. Gołaczyńskiego pogląd dotyczący kodeksowych regulacji mogących znaleźć zastosowanie do umów o prosty przesył i *caching* stanowi on kombinację stanowiska A. Krasuskiego oraz B. Sołtysa i M. Podlesia z powyżej opisanym uznającym analizowane kontrakty za umowy o świadczenie usług objęte zakresem przedmiotowym art. 750 k.c. J. Gołaczyński, opowiadając się jako zwolennik takiego ujęcia, uznaje, że prosty przesył i *caching* świadczone są w ramach stosunków obligacyjnych będących umowami nienazwanymi, do których jedynie częściowo można zastosować przepisy Prawa telekomunikacyjnego i ustawy o świadczenie usług drogą elektroniczną, a w pozostałym zakresie należałoby stosować do nich przepisy o zleceniu.

Również w odniesieniu do umowy *hosting* 'u istnieje potrzeba wskazania przepisów mogących posłużyć za regulację tej umowy wobec braku jej bezpośredniego stypizowania w

²³¹ Taką opinię charakteryzując działalność usługową przedstawia się w literaturze ekonomicznej. Zob. np. P. Sadler, *Zarządzanie w społeczeństwie postindustrialnym*, Kraków 1997, s. 98-102

²³² W przypadku braku w treści danego kontraktu konkretnych postanowień umownych dotyczących standardu świadczenia usługi znajdzie wówczas zastosowanie art. 355 k.c. zgodnie z którym dłużnik zobowiązany jest do zachowania należytej staranności rozumianej jako staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju, określanej na potrzeby prowadzenia działalności gospodarczej z uwzględnieniem zawodowego charakteru takiej działalności.

²³³ Tak. P. Sadler, *op. cit.*, s. 98-102

przepisach prawa polskiego. Mimo, że w treści art. 14 dyrektywy o handlu elektronicznym *hosting* został opisany jako usługa społeczeństwa informacyjnego polegająca na przechowywaniu informacji przekazanych przez usługobiorcę²³⁴, to w doktrynie słusznie zauważa się, że celem ustawowego zdefiniowania tego pojęcia nie było stypizowanie umowy mającej za przedmiot taką usługę²³⁵, lecz wskazanie okoliczności, w których podmiot ją świadczący nie ponosi odpowiedzialności za treść przechowywanych danych ani działalność osób trzecich, do której prowadzenia są one wykorzystywane. Z uwagi na fakt, że na podstawie powyżej wskazanych przepisów nie ma możliwości wyróżnienia cech *hosting'u*, należy uznać ten kontrakt za umowę nienazwaną²³⁶. Wobec tego zachodzi potrzeba rozważenia możliwości odpowiedniego zastosowania do tej umowy przepisów regulujących określone kontrakty nazwane. W tej kwestii w literaturze można odnotować dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym, którego zwolennikami są B. Sołtys i M. Podleś²³⁷ oraz J. Gołaczyński²³⁸, do umowy mającej za przedmiot *hosting* należy odpowiednio stosować przepisy kodeksu cywilnego dotyczące zlecenia (zgodnie z art. 750 k.c.) oraz umowy przechowania. Konkurencyjny pogląd jest głoszony przez G. Rączkę uznającą, że do tego stosunku obligacyjnego należy stosować wyłącznie przepisy regulujące przechowanie²³⁹. Uzasadniając to stanowisko wspomniana autorka wyjaśniła, iż istotą *hosting'u* jest sprawowanie „pieczy nad danymi”, co stanowi o podobieństwie tego kontraktu do umowy przechowania. Ponadto, jej zdaniem, wybór tego reżimu prawnego wiąże się z istotnymi konsekwencjami prawnymi, dla zakresu uprawnień usługobiorcy, determinującymi przysługujące mu roszczenia czy określającymi zakres okoliczności faktycznych, które musiałyby być udowodnione przed sądem. Przy czym regulacje dotyczące przechowania lepiej przystają do uwarunkowań *hosting'u* niż odpowiednio stosowane przepisy o zleceniu, co w tym ujęciu powinno przesądzać o konieczności wykorzystania właśnie pierwszego zbioru norm. Jednocześnie G. Rączka odrzuca koncepcje stosowania do umowy *hosting'u* przepisów o zleceniu, ponieważ w jej opinii taki zabieg interpretacyjny nosiłby znamiona sztuczności²⁴⁰. Jednakże J. Gołaczyński odmiennie względem wspomnianej autorki dopuszcza uznanie analizowanego kontraktu za objęty zakresem przedmiotowym art. 750

²³⁴ Podobnie *hosting* opisano w art. 14 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, w którym mowa jest „udostępnianiu zasobów systemu teleinformatycznego w celu przechowywania danych przez usługobiorcę”.

²³⁵ J. Gołaczyński [w:] System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 433

²³⁶ Z. Radwański, Teoria umów, Warszawa 1977, s. 209 cyt. az J. Gołaczyński [w:] System Prawa Prywatnego.

Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 433

²³⁷ B. Sołtys, M. Podleś, *op. cit.*, s. 161

²³⁸ J. Gołaczyński [w:] System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 433

²³⁹ G. Rączka, Prawne zagadnienia *hostingu*..., s.36

²⁴⁰ *Ibidem*

k.c., ponieważ istotą tej umowy jest upoważnienie usługodawcy do udostępniania zarówno usługobiorcy jak i innym uprawnionym osobom danych przechowywanych na serwerze, które to działanie jako sprowadzające się do wykonywania czynności faktycznych dobrze wpisuje się w koncepcję odpowiedniego stosowania regulacji zlecenia. W kontekście charakteryzowania umowy hostingu warto wspomnieć o przepisach, które w żadnej mierze nie będą mogły znaleźć zastosowania do tego kontraktu. Wśród nich należałoby wymienić regulacji odnoszące się do pozornie podobnych stosunków obligacyjnych. Ich ewentualne wskazanie mogłoby wynikać z próby doszukania się analogii pomiędzy takimi działaniami jak udostępnianie rzeczy a oferowanie przestrzeni dyskowej czy zasobów systemu teleinformatycznego na potrzeby świadczenia usług drogą elektroniczną. Wobec powyższego z całą pewnością należałoby w tym kontekście wykluczyć ewentualność odpowiedniego zastosowania regulacji dotyczących najmu, dzierżawy i użyczenia. Brak możliwości zastosowania tych przepisów wynika z odmiennego określenia przedmiotu typizowanych przez nie umów. W przeciwieństwie do hostingu, który polega na udostępnieniu jedynie rodzajowo określonej przestrzeni na serwerze, świadczeniem charakterystycznym w przypadku ww. kontraktów jest zawsze udostępnienie rzeczy oznaczonej, co do tożsamości²⁴¹. Ponadto najem i dzierżawa są zawsze umowami odpłatnymi, a *hosting* może być świadczony pod tytułem darmym²⁴². J. Gołaczyński wskazuje też na istotne różnice pomiędzy umową hostingu a przechowaniem (pierwsza z nich jest umową konsensualną, podczas gdy druga realną), jednakże z uwagi na fakt, że obie z nich zobowiązują do świadczenia czynności przechowania, możliwe jest, zdaniem tego autora, odpowiednie zastosowanie przepisów wspomnianej umowy nazwanej do analizowanej umowy o świadczenie usług elektronicznych.

1.5.5 Znaczenie umów z „pośredniczącymi dostawcami usług internetowych”

W doktrynie wskazuje się, że umowy z „pośredniczącymi dostawcami usług internetowych”, takie jak prosty przesył, *caching*, *hosting* czy ogólnie kontrakty zapewniające dostęp do Internetu, z uwagi na ich cechy charakterystyczne i funkcje gospodarcze można porównać do umów przesyłowych mających za przedmiot dostarczanie różnych postaci energii, wody oraz odbiór ścieków, których istotą jest zapewnienie pośrednictwa w sensie ekonomicznym i funkcjonalnym, lecz nie prawnym²⁴³.

²⁴¹ J. Gołaczyński [w:] System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 433

²⁴² *Ibidem*

²⁴³ B. Sołtys, M. Podleś, *op. cit.*, s. 158 oraz J. Gołaczyński [w:] System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 422 i 431

Niemniej jednak należy zwrócić uwagę, że podczas gdy kontrakty zapewniające energię, odbiór ścieków i dostarczanie wody, w przypadku konsumentów, mają na celu głównie zabezpieczenie ich potrzeb bytowych, to już umowy elektroniczne związane z zapewnieniem dostępu do Internetu i oferowanych w nim usług są potencjalnym środkiem gospodarczej aktywizacji tej grupy uczestników relacji rynkowych. Usługa dostępu do Internetu, w szczególności do Internetu szerokopasmowego (*broadband network*) jest postrzegana w literaturze ekonomicznej jako sposób na ekonomiczne zaktywizowanie niektórych grup konsumentów, a także na włączenie osób wykluczonych z grona użytkowników niektórych usług. Konsument posiadający dostęp do szerokopasmowego Internetu mogą zacząć aktywnie uczestniczyć w procesie produkcji określonych dóbr, czyli przeobrazić się w prosumentów²⁴⁴, a niekiedy wręcz przy użyciu tej technologii podjąć działania klasyfikowane nie jako przejaw konsumpcji, lecz jako produkcja określonych dóbr czy świadczenie usług. Wśród licznych przykładów mogących stanowić potwierdzenie tej tezy można wymienić np. internetowe odprawy poprzedzające podróże lotnicze, których można dokonać przez Internet czy możliwość dokonywania zakupów za pośrednictwem stron internetowych. Przykładem na to jak dostęp do szerokopasmowego Internetu może sprzyjać włączeniu określonych grup społecznych do grona konsumentów niedostępnych lub trudnodostępnych usług, jest możliwość korzystania z takich rozwiązań jak tele-medycyna (np. wykonywanie czynności diagnostycznych przez lekarza za pośrednictwem połączenia wideofonicznego realizowanego za pośrednictwem Internetu) czy różnego rodzaju kursy czy inne formy nauczania prowadzone *on-line*. Dzięki usługom dostępu do Internetu również osoby zamieszkujące tereny znacznie oddalone od centrów medycznych czy dydaktyczno-naukowych mogą korzystać z wysoce specjalistycznych świadczeń. Natomiast procesem obrazującym znaczenie Internetu dla gospodarczej aktywizacji jego użytkowników jest tele-praca czy inne formy świadczenia usług na odległość. Umożliwia ona podjęcie zatrudnienia osobom dotychczas pozbawionym szansy na ekonomiczną aktywizację (mieszkańcom obszarów oddalonych od głównych ośrodków gospodarczych, niepełnosprawnym, rodzicom pozbawionym możliwości powierzenia opieki nad dziećmi osobom trzecim). Ponadto, analizowane usługi przyczyniają się do obniżenia kosztów transakcyjnych w bardzo różnych rodzajach czynności handlowych począwszy od sprzedaży a skończywszy na świadczeniu pracy. W przypadku sprzedaży ograniczają koszty zawierania umów, zarówno po stronie sprzedawcy jak i kupującego. Pierwszy z nich może ograniczyć nakłady na magazynowanie i eksponowanie towarów

²⁴⁴ R.D. Atkinson, The Case for a National Broadband Policy, The Information Technology and Innovation Foundation 2007, s. 7-8

(dzięki możliwości ich przedstawiania na stronach internetowych), natomiast drugi nie musi ponosić wysokich kosztów związanych z podróżami do sklepów, porównywaniem cen itp. działaniami. W odniesieniu do obrotu dobrami niematerialnymi takimi jak utwory muzyczne czy audiowizualne albo oprogramowanie Internet umożliwia wykonywanie umów *on-line* gwarantujące wyeliminowanie kosztów produkcji materialnych nośników ww. treści (np. płyt), ich transportu oraz magazynowania. Natomiast w przypadku telepracy usługi dostępu do Internetu prowadzą do redukcji kosztów przygotowania stanowisk pracy po stronie pracodawcy i kosztów podróży do miejsca pracy po stronie pracowników.

Opisane procesy bardzo dobrze uzmysławiają rolę i znaczenie kontraktów mających za przedmiot zapewnienie dostępu do Internetu i świadczonych za jego pośrednictwem usług dla funkcjonowania obywateli społeczeństwa informacyjnego. Podobnie jak umowy przesyłowe są niezbędne dla zabezpieczenia podstawowych potrzeb bytowych właścicieli nieruchomości, tak kontrakty zawierane z „pośredniczącymi dostawcami usług internetowych” umożliwiają udział w globalnej wymianie informacji. Brak dostępu do tych usług albo dostęp na warunkach utrudniających swobodne korzystanie z nich, nie bez przesady, może być uznany za okoliczność sprzyjającą społecznemu wykluczeniu. Będzie to miało miejsce szczególnie wtedy, gdy niemożność uzyskania takich świadczeń stanie się udziałem osób zamieszkujących tereny w jakimś znaczeniu peryferyjne np. oddalone od dużych skupisk ludności.

1.5.6 Konsumenckie transakcje wymienne w obrocie elektronicznym

Osobnego opisanie wymaga rodzaj stosunków zobowiązaniowych, które można określić mianem konsumenckich transakcji wymiennych w obrocie elektronicznym. Pojęciem tym zostaną określone umowy zawierane i wykonywane za pośrednictwem Internetu lub innych sieci teleinformatycznych pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami. Przedmiotem tych kontraktów jest z jednej strony świadczenie rozmaitych usług, zaś z drugiej udzielenie zgody na naruszenie jednego z dóbr osobistych, czyli prywatności w różnych jego aspektach. Cechą konstytutywną umów przynależących do tego typu stosunków zobowiązaniowych będzie występowanie w ramach ich strony przedmiotowej świadczeń konsumenckich powstałych na skutek wykorzystania dóbr osobistych usługobiorcy dla celów komercyjnych. W chwili obecnej, przynajmniej w praktyce polskiego obrotu elektronicznego, wydają się być one najbardziej rozpowszechnioną formą ekwiwalentu za usługi świadczone drogą

elektroniczną takie jak poczta elektroniczna, komunikatory internetowe, bramki SMSowe czy oprogramowanie typu *adware*, powszechnie określane jako „bezpłatne”.

Wyodrębnienie świadczeń polegających na komercjalizacji różnorodnych dóbr osobistych konsumenta wiąże się z uznaniem powyżej wymienionych umów za dwustronnie zobowiązujące, co stanowi ujęcie, kwestionujące przyjętą w tym zakresie praktykę, w ramach której treści różnych ofert, regulaminów, ogłoszeń czy reklam przedstawiających tego rodzaju usługi jako „bezpłatne” pośrednio sugerują, że są one świadczone na podstawie umów jednostronnie zobowiązujących. W tym wypadku dostrzega się jedynie wyraziste świadczenie przedsiębiorcy polegające na dostarczeniu odpowiedniej usługi drogą elektroniczną, natomiast nie zauważa się świadczenia konsumentckiego, polegającego na znoszeniu szeregu niedogodnych działań usługodawcy, co samo w sobie posiada wymierną wartość ekonomiczną.

Wskazane powyżej praktyki są ewidentnie sprzeczne z prezentowanym w literaturze prawniczej rozumieniem czynności prawnych nieodpłatnych²⁴⁵. W tym zakresie przedstawiciele nauki prawa cywilnego formułują dość podobne definicje tego pojęcia. Według A. Woltera „czynność prawna jest odpłatna, jeżeli strona, która dokonała przysporzenia, otrzymuje lub ma otrzymać w zamian korzyść majątkową stanowiącą ekwiwalent tego przysporzenia; czynność jest nieodpłatna, jeżeli takiego ekwiwalentu brak”²⁴⁶. Natomiast, zgodnie z poglądem prezentowanym przez Z. Radwańskiego czynności prawne odpłatne to takie, które umożliwiają obydwu ich stronom uzyskanie korzyści majątkowej, a co za tym idzie inne czynności prawne klasyfikowane są jako nieodpłatne²⁴⁷. Autor ten zwraca również uwagę na fakt, że ten rodzaj czynności zgodnie z prawem polskim korzysta ze słabszej ochrony niż czynności odpłatne. Skutkiem tego jest formułowanie poglądu, zgodnie z którym „nabycie darne jest tytułem »gorszym«” od nabycia odpłatnego²⁴⁸. W związku z powyższym za niewłaściwe należy uznać przedstawianie umów mających za przedmiot świadczenie usług drogą elektroniczną w zamian za ekwiwalenty

²⁴⁵ W polskim języku prawnym funkcjonowało również pojęcie „rozporządzenia bezpłatnego”. Zob. art. 20 dekretu z dnia 11 października 1946 r. prawo rzeczowe (Dz. U. Nr 57, poz. 319).

²⁴⁶ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, Warszawa 2001, s. 268-269

²⁴⁷ Tak Z. Radwański, A. Olejniczak, Prawo cywilne - część ogólna, Warszawa 2011, s. 226 podając przykłady konkretnych przepisów k.c. art. 59 (możliwość żądania przez osobę trzecią uznania umowy nieodpłatnej za bezskuteczną, wówczas gdy powoduje całkowitą lub częściową niemożność zadośćuczynienia jej roszczeniu) czy art. 83 § 2 (bezskuteczność nieodpłatnej czynności prawnej dokonanej na podstawie pozornego oświadczenia woli), art. 407 (obowiązek wydania korzyści majątkowej przez osobę trzecią uzyskanej bezpłatnie od nabywcy, który nabył ją bez podstawy prawnej), czy art. 896 (możliwość odwołania niewykonanej darowizny w razie pogorszenia stanu majątkowego darczyńcy).

²⁴⁸ A. Wolter, Czynności prawne nieodpłatne *inter vivos* w projekcie k.c. [w:] Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej K. Przybyłowskiego, Kraków-Warszawa 1964, s. 497

niepieniężne jako „bezpłatne” czy „nieodpłatne”. Takie ujęcie nie tylko prowadzi do deprecjonowania roli konsumenta takich usług we właściwej realizacji obowiązków kontraktowych, lecz również może dodatkowo prowadzić do niewłaściwej klasyfikacji przedmiotowych stosunków zobowiązaniowych. Odmowa statusu równoprawnej strony transakcji elektronicznej mającej na celu uzyskanie dostępu do określonych usług informatycznych, konsumentowi, który wyraża zgodę na naruszenie własnych dóbr osobistych w skrajnych przypadkach mogłoby wykluczyć znaczne grupy osób ze społeczeństwa informatycznego. Wielu uczestników obrotu elektronicznego nie dysponując bowiem wystarczającymi środkami pieniężnymi albo umiejętnościami umożliwiającymi obsługę płatności elektronicznych bez dostępu, uzyskuje możliwość partycypacji w tej sferze życia społecznego dzięki konsumenckim transakcjom wymiennym. Właśnie ze względu na te uwarunkowania zapewnienie tym osobom odpowiedniej ochrony w ramach tych stosunków cywilnoprawnych stanowi bardzo istotną kwestię w kontekście zapobiegania wykluczeniom społecznym.

Jak już wspomniano, w odczuciu wielu użytkowników usług świadczonych drogą elektroniczną będących konsumentami funkcjonuje przeświadczenie o jednostronnie zobowiązującym charakterze tego typu umów, dodatkowo podsycane przez oferujące je podmioty. Niniejszy stan rzeczy jest zapewne spowodowany m. in. powszechnym utożsamianiem pojęcia odpłatności jedynie ze świadczeniami pieniężnymi²⁴⁹, podczas gdy rolę „środka płatniczego” w tych kontraktach stanowi przyzwolenie konsumenta na naruszenie jego dóbr osobistych i dalsze tolerowanie tego stanu rzeczy, polegające, np. w przypadku świadczenia usługi poczty elektronicznej, na obowiązku znoszenia niedogodności związanych z przesyłaniem przez usługodawcę niezamówionych listów elektronicznych, które w innych okolicznościach uznane byłyby za tzw. *spam*. W przytoczonym przykładzie bezprawność działania przedsiębiorcy jest wyłączona na mocy zgody konsumenta (która *nota bene* stanowi zdarzenie inicjujące jego świadczenie), wyłączając możliwość zaskarżenia takiego działania na podstawie art. 23 ustawy z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (dalej jako „ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną”) kwalifikującego *spamming* jako wykroczenie zagrożone karą grzywny i ścigane na wniosek pokrzywdzonego. Tego typu sytuacje bywały opisywane w doktrynie za pomocą paremii *volenti non fit iniuria*. Ponadto w tym przypadku naruszenie dóbr osobistych konsumenta postępuje o wiele dalej niż

²⁴⁹ Bezasadność takiego założenia potwierdzają wypowiedzi przedstawicieli doktryny klasyfikujące wśród czynności odpłatnych umowę zamiany – tak Z. Radwański [w:], E. Drozd, B. Kordasiewicz, M. Pazdan, Z. Radwański, A. Zieliński, System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, t. 2, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2008, s. 207

konieczność odbioru niezamówionej korespondencji o charakterze reklamowym. W opisywanym typie stosunków zobowiązaniowych dochodzi niekiedy do procederu, który można określić mianem naruszenia integralności korespondencji, polegającego na konieczności zaakceptowania przez usługobiorcę ingerencji przedsiębiorcy w treść listów elektronicznych lub podobnych nośników, które przesyła w ramach korzystania z usługi świadczonej przez profesjonalistę. Sprowadza się to do zaopatrzenia każdego wysyłanego komunikatu w tzw. stopkę reklamową, która sprawia, iż także adresat takiego maila musi zapoznać się z komunikatem reklamowym.

Prawna dopuszczalność tego typu transakcji wynika z fundamentalnej dla obrotu cywilnoprawnego zasady swobody umów, zasady autonomii woli stron oraz z art. 353¹ k.c., na podstawie, których kontraktujące strony mogą ułożyć dany stosunek prawny całkowicie według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości tego stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego²⁵⁰. Umowy te biorąc pod uwagę ich treść należy sklasyfikować jako umowy mieszane bądź umowy z elementami różnych stosunków prawnych²⁵¹. Mechanizm wymiany świadczeń pomiędzy stronami stosunku zobowiązaniowego, którego źródłem jest opisywany rodzaj umowy przypomina ten zastosowany w umowie zamiany²⁵², zaś główną różnicą jest odmienny przedmiot świadczenia, który sprawia, iż w tym zakresie należy doszukiwać się podobieństw do świadczeń przewidzianych w umowach o świadczenie usług, o których mowa w art. 750 k.c. Szczególną cechą zamiany jest tożsamość podstawowych obowiązków obu stron oraz treści ich świadczeń przy odmiennym przedmiocie świadczenia każdej z nich²⁵³. W umowie zamiany każda ze stron zobowiązuje się do przeniesienia na drugą stronę własności rzeczy w zamian za zobowiązanie się do przeniesienia własności innej rzeczy. Ponadto uznaje się, iż przedmiotem zamiany mogą być nie tylko rzeczy (a właściwie prawo własności rzeczy), lecz także inne prawa majątkowe, dobra zbywalne i niezbywalne, np. wierzytelności²⁵⁴. Jednakże w doktrynie podkreśla się, iż przedmiotem zamiany nie mogą być usługi²⁵⁵. Oznacza to, że

²⁵⁰ tak P. Podrecki [w:] P. Podrecki, Z. Okoń, M. Świerczyński, T. Targosz, M. Smycz, D. Kasprzycki, Prawo Internetu, pod red. P. Podreckiego, Warszawa 2004, s. 40

²⁵¹ *Ibidem*

²⁵² Oczywiście nie oznacza to, że do tych stosunków można stosować przepisy o zamianie, chodzi tu wyłącznie o podobieństwo na bardzo wysokim poziomie ogólności, którego bodaj jednym przejawem jest wyeliminowanie świadczenia pieniężnego w obydwu przypadkach.

²⁵³ Cz. Żuławska, Komentarz..., s. 117

²⁵⁴ tak Cz. Żuławska, Komentarz..., s. 117 i A. Olejniczak [w:] A. Brzozowski, J. Frąckowiak, W. J. Katner., J. Napierała, M. Nestorowicz, L. Ogiegło., A. Olejniczak, M. Stec L. Stecki, A. Stelmachowski, J. Strzępka, System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2001, t.7, s. 145

²⁵⁵ A. Olejniczak, System..., s. 145

omawiane umowy muszą być uznane za kontrakty nienazwane, bowiem świadczenie przedsiębiorcy polega w nich właśnie na wykonaniu usługi *on-line*, zaś świadczenie konsumenta jest trudne do sklasyfikowania, jako że sprowadza się nie do działania, lecz do znoszenia skutków postępowania usługodawcy tzn. odbiorze jego reklamowych komunikatów przybierający różną formę.

W celu scharakteryzowania takiego świadczenia można odwołać się do tradycyjnego podziału świadczeń o rzymskim rodowodzie, do których nawiązywał Kodeks zobowiązań, gdzie tego typu zachowania były klasyfikowane, jako *pati* czyli znoszenie²⁵⁶ jednocześnie będące w tym przypadku przejawem komercjalizacji dóbr osobistych konsumenta. Konieczność funkcjonowania opisywanych umów w krajowym obrocie prawnym, wiąże się z przyjętym przez polskiego ustawodawcę systemem dopuszczalności rozsyłania za pomocą Internetu komunikatów o charakterze komercyjnym, czyli tzw. systemem *opt-in*. Niniejsze rozwiązanie uzależnia rozsyłanie tzw. informacji handlowej, zawartej w listach elektronicznych lub podobnych nośnikach, do adresatów od uzyskania od nich uprzedniej zgody. Oznacza to, że każdy komunikat nawet ten pierwszy potencjalnie zdolny do uzyskania aprobaty odbiorcy wymaga jego uprzedniej akceptacji²⁵⁷. Może być ona wyrażona w dowolny, lecz zrozumiały sposób, przy czym to nadawca jest obciążony ciężarem dowodu na okoliczność jej otrzymania.

System *opt-in* podobnie jak opisywane umowy stanowi dorobek praktyki obrotu elektronicznego. Wywodzi się on z koncepcji *permission marketing* tzn. „marketingu za przyzwoleniem klienta” opracowanej przez Seta Godina w latach 1998-2000 członka kierownictwa Yahoo! Inc. spółki, do której należy portal Yahoo!. U podstaw tej idei leży przekonanie o kompletnym nasyceniu rynku reklamy, co uniemożliwia dotarcie z informacją reklamową do potencjalnego klienta oraz całkowicie wyklucza możliwość zainteresowania go treścią takiego komunikatu. Prowadzi to do wzrostu natężenia przekazu takich wiadomości, co wywiera skutek całkowicie odwrotny od zamierzonego, w postaci zniechęcenia potencjalnych odbiorców. Taki sposób reklamowania, który zakłada prowadzenie działalności marketingowej względem potencjalnego odbiorcy, aż do momentu sformułowania przez niego wyraźnego żądania zaprzestania przesyłania tych komunikatów, określa się mianem *interruption marketing*²⁵⁸. Podejście odmienne zakłada stopniowe budowanie więzi pomiędzy reklamodawcą, a adresatem komunikatów reklamowych począwszy od jego zgody.

²⁵⁶ R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, § 7

²⁵⁷ D. Kasprzycki [w:] P. Podrecki *et al.*, *Prawo Internetu...*, s. 492

²⁵⁸ S. Godin, *Permission Marketing: Turning Strangers into Friends and Friends into Customers*, Nowy Jork 1999 cyt. za D. Kasprzycki [w:] P. Podrecki *et al.*, *Prawo Internetu...*, s. 492-493

Stwierdzenie prawidłowości, jaką jest nasycenie rynku reklamy i konieczność poszukiwania zainteresowania potencjalnych odbiorców reklam sprawia, że konsumenckie transakcje wymienne wykształciły się i funkcjonują również w systemach prawnych nie znających takich jurydycznych ograniczeń swobody obrotu cywilnoprawnego jak system *opt-in*.

Natomiast w krajach, gdzie funkcjonują obwarowania nakładane przez ten system omijane są poprzez uzyskanie zgody adresata na odbiór komunikatów reklamowych w zamian za zobowiązanie się do świadczenia określonych usług elektronicznych (np. usługi poczty elektronicznej) na jego rzecz.

1.5.7 Podsumowanie

Podsumowując niniejszy podrozdział należy zwrócić uwagę na najistotniejsze kwestie, które zostały w nim przedstawione. Zarówno polskie regulacje jak i dorobek przedstawicieli nauki prawa pozwalają na zidentyfikowanie ram prawnych dla istotnych umów umożliwiających funkcjonowanie stosunków gospodarczych w tzw. obrocie elektronicznym. Jednakże niezadawalającym może być pewien stopień niejasności, co do prawa obserwowany w kontekście potrzeby wskazania właściwych regulacji dla stosunków obligacyjnych tego rodzaju. Niepewność przedstawicieli doktryny i ich odmienne poglądy odnośnie zastosowania konkretnych grup przepisów sprawia, że zarówno judykatura jak i uczestnicy obrotu prawnego pozbawieni są perspektywy obniżenia kosztów transakcyjnych prowadzenia swojej działalności. Oznacza to, że sędziowie nie mogący podeprzeć się w swej działalności orzeczniczej ugruntowanymi poglądami doktryny oraz przedsiębiorcy muszący uwzględnić wyższe koszty funkcjonowania na rynku w związku z brakiem przejrzystych rozwiązań prawnych, będą przyczyniali się do spadku efektywności stosunków gospodarczych. Dlatego też, mimo że obecny stan rzeczy można uznać za zadowalający, to jednak w ramach działań legislacyjnych powinno uwzględnić się konieczność stworzenia bardziej odpowiednich rozwiązań dla funkcjonowania obrotu prawnego. Stosowanie wnioskowania *per analogiam* w procesie interpretacji prawa stanowi rozwiązanie obarczone dużym ryzykiem popełnienia błędów, dlatego też w tym kontekście powinno się rozważyć dwa rozwiązania.

Pierwsze polegałoby na stworzeniu szczegółowych rozwiązań prawnych dla tych stosunków obligacyjnych, których przedmiotem jest świadczenie usług przez „pośredniczących dostawców”. W tym zakresie można by było wykorzystać stworzone w praktyce obrotu wzorce odpowiednio dostosowane do uwarunkowań danego systemu

prawnego. Niestety wadą tego wariantu jest jego obiektywna nietrwałość. W konfrontacji z dynamiką obrotu elektronicznego, którego uwarunkowania ulegają nieustannym zmianom determinowanym przez szybki rozwój technologiczny, wkrótce mogłoby się okazać, że szczegółowe rozwiązania wypracowane dla uregulowania stosunków obligacyjnych nawiązywanych dla zaspokojenia potrzeb gospodarczych uczestników obrotu prawnego w tym zakresie, są przestarzałe i nie odpowiadają nowym technologiom. Dlatego też działania ustawodawcy chcącego wesprzeć przedsiębiorców w kwestii odpowiedniego regulowania zawieranych przez nich kontraktów powinny raczej zmierzać w kierunku wypracowania rozwiązań ogólnych, a przez to na tyle elastycznych, żeby mogły one przystawać do różnych rozwiązań technologicznych. W oparciu o tę konstatację została przedstawiona propozycja przemodelowania polskich przepisów poprzez wprowadzenie regulacji typizujących umowę o usługi, które zawarto w kolejnych rozdziałach niniejszej pracy.

Wypracowanie właściwych rozwiązań w tym zakresie jest szczególnie istotne ze względu na przedstawioną w niniejszym podrozdziale rolę kontraktów mających za przedmiot usługi dla funkcjonowania obrotu elektronicznego będącego ekonomicznym fundamentem dla istnienia społeczeństwa informacyjnego. Dlatego też prawo w tym zakresie powinno być elastyczne, odporne na dynamiczne zmiany warunków gospodarczych, rozwój technologii oraz powszechnie akceptowalne, a także inspirujące dla dużych grup uczestników relacji rynkowych.

Jednym z możliwych sposobów uwzględnienia tego postulatu byłoby pozostawienie dla wciąż funkcjonujących tradycyjnych stosunków zobowiązaniowych dotychczas sprawdzonych rozwiązań, a dla zjawisk nowych (np. usług informatycznych) należałoby wypracować nowe regulacje uwzględniające ich specyfikę. Jednakże, w odniesieniu do przedmiotowego wariantu warto jednak zauważyć, że w doktrynie poddaje się krytyce tendencje nadmiernego „rozdrabniania”²⁵⁹ regulacji umów poprzez podnoszenie podtypów umownych stosunków zobowiązaniowych do rangi samodzielnych konstrukcji²⁶⁰. Uznając ten pogląd za zasadny, niewłaściwe byłoby proponowanie wprowadzenia odrębnych umów nazwanych mających za przedmiot np. świadczenie poszczególnych usług internetowych. Wydaje się, że mogłyby one znaleźć właściwą regulację jako podtypy w ramach ogólnie sformułowanych przepisów dotyczących umowy o usługi. Nawiązując do wspomnianego

²⁵⁹ Negatywy przykład w tym zakresie może stanowić prawo rosyjskie, w którym identyfikuje się około stu typów i podtypów umów stypizowanych w kodeksie cywilnym. Zob. M. Pecyna, Zarys rosyjskiej koncepcji regulacji świadczenia usług, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2014, nr 3, s. 127

²⁶⁰ Tak R. Szostak, *Problem systematyki umów...*, s. 68

poglądu R. Szostaka należy zauważyć, że z czasem, np. w rezultacie wciąż wzrastającej roli usług informatycznych, mogłoby się okazać, że takie umowy, ujęte w formie podtypów, rozwinęły by się tak dalece, że konieczne byłoby ich uregulowanie jako odrębnych umów nazwanych²⁶¹.

²⁶¹ Tak R. Szostak powołując przykład umowy przewozu. Zob. R. Szostak, Problem systematyki umów..., s. 68

Rozdz. II Świadczenie usług w ramach stosunków umownych

Z uwagi na fakt, że świadczenie usług stanowi bardzo ważny element stosunków ekonomicznych, zachodzących w ramach rynkowej wymiany dóbr, umowy służące realizacji tego przedsięwzięcia spotykane są w wielu systemach prawnych. Odpowiednie konstrukcje, których przedmiotem jest świadczenie usług nie są obce zarówno systemom prawnym kultury *common law* jak i prawa kontynentalnego.

Właśnie dzięki temu, że ten sam zakres stosunków społecznych jest tak istotny, a przez to powszechny dla każdego systemu prawnego stał się on przedmiotem zainteresowania władz prawodawczych, które doprowadziły do nadania regulacjom tego rodzaju stosunków prawnych rangi prawa powszechnie obowiązującego. Ten stan rzeczy umożliwia podjęcie odnośnie przedmiotowej materii badań prawnoporównawczych.

Niemniej jednak opis obecnego stanu właściwych uregulowań należałoby poprzedzić analizą historyczną, ponieważ już od początków myśli prawniczej kwestia świadczenia usług zajmowała istotne miejsce wśród zagadnień uznanych za prawnie relewantne, a przeszłe rozwiązania przyjęte w tej materii determinują obecny stan rozwiązań normatywnych. Zastosowanie metody historyczno-prawnej jest tym bardziej uzasadnione, że skutkiem posłużenia się nią jest nie tylko ujęcie całej złożoności procesu historycznego prowadzącego do ukształtowania się określonych rozwiązań, lecz również zidentyfikowanie roli, jaką analizowane instytucje prawne odgrywały w przeszłości, a niekiedy wciąż odgrywają współcześnie²⁶². Innymi słowy umożliwia ona ukazanie ewolucji obowiązującego systemu prawnego, zarówno w

²⁶² H. Olszewski, *Podjęcie historyczne w prawoznawstwie*, [w:] *Metody badania prawa*, Polska Akademia Nauk, Instytut Nauk Prawnych, Materiały Sympozjum Warszawa 28-29 IV 1971 r., pod red. A. Łopatki, Wrocław 1973, s. 15

zakresie prezentacji rozwoju jego zasad ogólnych, jak i poszczególnych instytucji²⁶³. Jednocześnie, zauważa się, że badania historyczne nie mogą ograniczać się do jednego porządku prawnego²⁶⁴, a co za tym idzie w sposób oczywisty przenikają się z badaniami komparatystycznymi²⁶⁵.

II. 1 Umowy o świadczenie usług w rzymskim prawie prywatnym

Problematyki świadczenia usług w starożytnym Rzymie nie można rozpatrywać w oderwaniu od społeczno-gospodarczych uwarunkowań tamtego okresu. Czynnikiem zapewniającym dostęp do usług były przede wszystkim niewolnictwo i system patriarcalny.

Fakt, że niewolnicy zaspokajali znaczną część popytu zarówno na pracę wykwalifikowaną jak i niewykwalifikowaną znacząco wpływał na ograniczenie liczby stosunków obligacyjnych mających za przedmiot usługi. Jako że niewolnik w świetle prawa stanowił rzecz²⁶⁶, to korzystanie z jego pracy przez właściciela było przejawem prawa do używania rzeczy własnej (*ius utendi*) mieszczących się w zakresie uprawnień wynikających z prawa własności²⁶⁷. Również wynajęcie niewolnika traktowane było jako wynajęcie rzeczy (*locatio conductio rei*) a nie jego pracy (*locatio conductio operarum*), co więcej także świadczenie pracy przez wyzwolenców na rzecz patronów nie było ujęte w ramy stosunków kontraktowych, a środkami zabezpieczającymi jej wykonania była przysięga albo stypulacja gwarantujące dłużnikowi ochronę na podstawie *actio operarum*²⁶⁸.

²⁶³ Tak wprawdzie w odniesieniu do nauki prawa administracyjnego i nauki administracji M. Gromadzka-Grzegorzewska, *Narodziny polskich nauk administracyjnych*, Warszawa 1985, s. 56. Przy czym należy zauważyć, że niniejsze spostrzeżenie jest oczywiście aktualne również w szerszym kontekście.

²⁶⁴ W tym kontekście można wspomnieć, że pogląd przeciwny głosił, jeden z najwybitniejszych przedstawicieli, szkoły historycznej, czyli F. C. von Savigny, który odrzucał sensowność studiów nad jakimkolwiek systemem prawa poza prawem rzymskim i niemieckim. Za R. A. Tokarczyk, *Kształtowanie się myśli komparatystyki prawniczej*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia* 1987, vol. XXXIV, 22, sectio G, XXXIV, 22, sectio G, s. 378

²⁶⁵ K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction To Comparative Law*, Oxford 1998, s. 8

²⁶⁶ Gaius uznawał niewolników za rzeczy cenne (*res Mancipi*) traktowane na równi z gruntami i cenniejszymi zwierzętami domowymi. Zob. G. 2, 13-14a cyt. za K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2001, s. 185

²⁶⁷ K. Kolańczyk, *op. cit.*, s. 292 Cytowany autor wspomina również, że najbardziej skrajnym przejawem prawa używania było prawo zużywania (tzw. *ius abutendi*), które w odniesieniu do niewolników mogło zostać wykonane poprzez porzucenie chorego niewolnika. *Ibidem*

²⁶⁸ R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 387

Ponadto, w starożytnym Rzymie funkcjonował system patriarchalny, którego głównym założeniem było pozbawienie zdolności prawnej w sferze stosunków majątkowych wszystkich osób posiadających status *alieni iuris*, tj. podlegających władzy *pater familias* (zdolności prawna potomka zwierzchnika rodzinnego nie zależała od wieku, ani od płci – przesłanką jej nabycia było niepodleganie *patria potestas*)²⁶⁹. W związku z tym wszyscy członkowie rzymskiego rodu, niewolnicy, wyzwolenicy²⁷⁰ i klienci²⁷¹ zaciągali zobowiązania odpowiednio na rzecz swego zwierzchnika rodzinnego, właściciela, *manumissoris* (wyzwoliciele) czy patrona (w szerokim znaczeniu). Ten stan rzeczy sprawiał, że członków rzymskiego rodu określa się w literaturze mianem „wyciągniętego ramienia” *pater familias*²⁷². Oznacza to, że niewolnicy oraz osoby *alieni iuris* pomimo braku zdolności prawnej posiadali zdolność do czynności prawnych²⁷³. Opisywane uwarunkowania pomagały zniwelować negatywne konsekwencje wynikające z podejścia przedstawicieli elity społeczeństwa rzymskiego do osobistego angażowania się w działalność gospodarczą. Chociaż ten rodzaj aktywności nie licował z honorem przedstawicieli wysokich stanów np. senatorów, to z uwagi na fakt, że stanowił intratne źródło dochodów, był obiektem zainteresowania wspomnianych osób, które w celu jej wykonywania posługiwały się członkami rodziny złożonej z niewolników, wyzwolenców, klientów i przyjaciół²⁷⁴. Organizacji życia gospodarczego przy wykorzystaniu rozwiązań systemu patriarchalnego sprzyjały zasady *ius civile*, zgodnie z którymi osoby *alieni iuris* i niewolnicy dokonywali wszystkich czynności, skutkujących przysporzeniami

²⁶⁹ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, Prawo rzymskie. Instytucje, Warszawa 2000, s. 85

²⁷⁰ Wyzwolenicy podlegali prawu patronatu (*ius patronatus*), którego rezultatem było ukształtowanie stosunków pomiędzy nimi a patronami na wzór relacji pomiędzy ojcem a dziećmi. Tak. K. Kolańczyk, *op. cit.*, s. 192 Powodowało to, że pomimo wyzwolenia wyzwolenicy byli uzależnieni od swoich byłych właścicieli. Poza tym obowiązek dochowywania przez nich lojalności wobec swoich patronów wynikał również z istnienia innych różnorodnych więzów zależności. Zob. I. Biezuńska-Małowist, M. Małowist, Niewolnictwo, Warszawa 1987, s. 195. Przykładem takich więzów może być spoczywający na wyzwolencu obowiązek szacunku (*reverentia*), posłuszeństwa (*obsequium*) oraz zakaz pozywania patrona bez zgody pretora czy wnoszenia przeciwko niemu skarg infamujących oraz podnoszenia wobec niego określonych zarzutów. Zob. W. Rozwadowski, *Patronus* [w:] J. Kamiński, W. Rozwadowski, W. Wołodkiewicz, Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny, pod red. W. Wołodkiewicza, Warszawa 1986, s., 115

²⁷¹ Klienci (*clientes*) byli ludźmi wolnymi przebywającymi stale w Rzymie mającymi status poddanych jednego z rodów patrycjuszowskich. Nie zaliczali się oni w skład członków takiego rodu, a jedynie pozostawali pod jego opieką wykonywaną przez patrona w znaczeniu szerokim (w znaczeniu wąskim określenie „patron” odnosiło się *manumissora*, czyli byłego właściciela niewolnika. Klienci w zamian za ochronę osobistą i polityczną byli obciążeni obowiązkiem posłuszeństwa i wierności (*obsequium et fides*) wobec patrona oraz zobowiązani do ponoszenia na jego rzecz określonych świadczeń (finansowanie posagu córek, pokrywanie kosztów sprawowania przez niego urzędu). Zob. J. Kamiński, *Clientes* [w:] J. Kamiński, W. Rozwadowski, W. Wołodkiewicz, *op. cit.*, s., 33

²⁷² Tak np. K. Zweigert, H. Kötz, *op. cit.*, s. 432

²⁷³ W. Rozwadowski, Prawo rzymskie. Zarys wykładu z wyborem źródeł, Poznań 1992, s. 85

²⁷⁴ J. Krzynówek, Odpowiedzialność przedsiębiorcy (*exercitor*) w prawie rzymskim, Warszawa 2000, s. 1

majątkowymi, na rzecz zwierzchnika familijnego stającego się bezpośrednio uprawnionym ze stypulacji lub innych umów zawieranych przez podległe mu osoby²⁷⁵. Co prawda dużą niedogodność w tym zakresie stanowiła niemożność pociągnięcia do odpowiedzialności za zobowiązania zaciągane przez osoby *alieni iuris* ich beneficjenta, czyli *pater familias*, jednakże szybko wyeliminowano to ograniczenie poprzez wprowadzenie przez pretora do edyktu *actio exercitoria* oraz *actio institoria*, które wyeliminowały te problemy²⁷⁶. Podsumowując, możliwość korzystania przez zwierzchników familijnych z pracy podległych im osób bez nawiązywania stosunków obligacyjnych była czynnikiem nie sprzyjającym wykształcaniu się kontraktów w ramach, których świadczone by różnego rodzaju czynności faktyczne i prawne.

Pomimo opisanych powyżej trudności w systemie rzymskiego prawa prywatnego wypracowano jednak obligacyjne formy świadczenia usług. Wśród nich należy wymienić dwa kontrakty konsensualne *mandatum* i *locatio conductio*²⁷⁷ oraz powstałe w późniejszym okresie niektóre rodzaje *contractus reales innominati*.

II.1.1 Mandatum i locatio conductio

Pierwszą kwestią, którą należy poruszyć w kontekście opisu różnic pomiędzy dwoma umowami mogącymi stanowić źródło zobowiązania do świadczenia usług jest zakres ich zastosowania. To zagadnienie ściśle wiąże się z pojęciem *artes liberales* zwanych również *opere liberales*. Za *artes liberales* przyjęło się uznawać te zajęcia, których wykonywanie nie stanowiło ujemy dla wolnego człowieka²⁷⁸. Zaangażowani w tę działalność świadczyli tzw. „usługi umysłowe”²⁷⁹, czyli „czynności wymagające

²⁷⁵ *Ibidem*, s. 19-20

²⁷⁶ *Ibidem*, s. 20

²⁷⁷ Mimo, że formalnie *locatio conductio* stanowiła jeden kontrakt, to w praktyce występowała w trzech typowych zastosowaniach – jako najem rzeczy (*locatio conductio rei*), najem pracy (*locatio conductio operarum*), najem dzieła *locatio conductio operis*. Zob. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2001, s. 395. Z uwagi na fakt, że ogólnie rozumiane świadczenie usług zachodziło w ramach *locatio conductio operarum* w niniejszej pracy zostanie przeanalizowany właśnie ten wariant przedmiotowego kontraktu.

²⁷⁸ R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 387, W.B. Fish, *Professional Services*, [w:] *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VIII *Specific Contracts*, pod red. W. Lorenza, Tübingen, Dordrecht, Boston, Lancaster 1999, s. 9

²⁷⁹ W. Osuchowski, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, pod red. W. Litewskiego i J. Sondla, Warszawa 1986, s. 366

kwalifikacji intelektualnych²⁸⁰, tj. adwokatów, lekarzy²⁸¹, nauczycieli²⁸², filozofów oraz innych adeptów *studia liberalia*²⁸³.

Teoretycznie odpłatne świadczenie czynności kwalifikowanych jako *opere liberale* było dopuszczalne, jednakże przedstawiciele wyższych warstw społeczeństwa starożytnego Rzymu nie wyobrażali sobie możliwości wykonywania jakiegokolwiek pracy w zamian za wynagrodzenie²⁸⁴, dlatego też w celu zobowiązania takiej osoby do świadczenia profesjonalnej usługi (podejmowanie się innych działań nie wchodzących w rachubę) nie korzystano z kontraktu mającego za przedmiot pracę najemną, czyli *locatio conductio operarum*²⁸⁵. Była to umowa odpłatna, nieakceptowana przez zamożnych Rzymian, dla których ideałem było wielokrotnie powoływane w dziełach Cyserona *otium cum dignitate* („zaszczytny odpoczynek”) – stan umożliwiający skierowanie całej życiowej aktywności na służbę dobru powszechnemu – dostępny tylko dla tych, których status majątkowy nie wymagał osobistego podejmowania działań zarobkowych²⁸⁶. Nie bez znaczenia dla tej grupy był zapewne fakt, że istotą kontraktu *locatio conductio*, było zobowiązanie *locatoris* do umieszczenia u drugiej strony tej umowy swojej osoby do pracy („ulożenia”), natomiast powinnością *conductoris* było „odprowadzenie” czy „zabranie ze sobą” osoby *locatoris* do pracy²⁸⁷. Tak daleko idące uprzedmiotowienie jednego z kontrahentów prowadziło do tego, że wolni Rzymianie z wyższych sfer uważali pracę opłacaną w ramach umowy najmu za zajęcie godne niewolnika²⁸⁸. Wobec

²⁸⁰ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *op. cit.*, s. 231

²⁸¹ W odniesieniu do usług świadczonych przez lekarzy zupełnie inny pogląd przedstawia W. B. Fish. Według wypowiedzi cytowanych przez tego autora w klasycznym Rzymie usługi medyczne były początkowo domeną niewolników i wyzwolenców i jako takie mogły być przedmiotem *locatio*. Z czasem stały się jednak zajęciem dozwolonym dla ludzi wolnych, niemniej jednak nawet wówczas nie podlegały kontraktom konsensualnym, a jedynie wynagrodzenie dochodzone z tego tytułu mogło być zasądzone w postępowaniu *extra ordinem*. Pomimo to, zdaniem tego autora, medycyna nigdy nie uzyskała statusu *ars liberale*, a co za tym idzie wykonywanie czynności z zakresu tej dziedziny na podstawie mandatu było niedopuszczalne. Zob. W.B. Fish, *op. cit.*, s. 94.

²⁸² W. Osuchowski, *op. cit.*, s. 366

²⁸³ R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 388

²⁸⁴ Należy mieć na względzie, że w literaturze prezentowane są poglądy głoszące, że nieodpłatność w stosunkach między obywatelami, podobnie jak skromność życia i surowość obyczajów, była elementem republikańskiego etosu obywatela rzymskiego, „o którym dużo się mówiło, a którego nie realizowało się na co dzień”. Zob. A. Pikulska-Robaszkiewicz, Ustawowa regulacja obyczajów w prawie rzymskim. Wykład habilitacyjny, *Studia Iuridica* 1999, Nr XXXVII, s. 213. Prawdziwość tej tezy zdaje się potwierdzać dopuszczenie, poprzez zastosowanie różnorodnych instytucji, faktycznej odpłatności *mandatum* w późniejszych okresach rozwoju prawa rzymskiego.

²⁸⁵ R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 388

²⁸⁶ *Ibidem*

²⁸⁷ K. Kolańczyk, *op. cit.*, s. 395

²⁸⁸ *Ibidem*, s. 399

powyższego *locatio conductio* znajdowało zastosowanie do sezonowego lub okazjonalnego zatrudniania niskokwalifikowanych pracowników fizycznych wywodzących się ze stosunkowo niewielkiego kręgu wolnych najemników (*mecennarii*), będących zazwyczaj proletariuszami²⁸⁹. W ramach tej umowy *locator* (najemnik) zobowiązywał się do osobistego świadczenia na rzecz, pod nadzorem i według wskazówek pracodawcy (*conductor*) określonych prac (*operae*), a pracodawca zobowiązywał się do zapłaty umówionego wynagrodzenia (*pensio*) za pracę efektywnie wykonaną zazwyczaj odmierzaną w dniówkach roboczych²⁹⁰. Wynagrodzenie należało się pracownikowi również wtedy kiedy z powodu okoliczności, na które nie miał wpływu nie mógł świadczyć pracy, choć deklarował taką gotowość (np. w sytuacji braku narzędzi, czy nieodpowiednich warunków atmosferycznych)²⁹¹.

Powyżej opisane podejście do świadczenia usług właściwe dla rzymskiej arystokracji nie oznaczało jednak, że jej przedstawiciele zajmowali się wyłącznie sprawowaniem urzędów. Kwestią honoru dla dobrze urodzonych było wspieranie innych swoimi umiejętnościami, jednakże nie mogło to być działanie za wynagrodzeniem, które było postrzegane jako „sprzedanie się”²⁹². W związku z tym przesłanką zobowiązania się do określonych czynności była wola wyświadczenia komuś przysługi z grzeczności lub z uwagi na łączące kontrahentów więzi przyjaźni. Względami honoru należy też tłumaczyć chęć nadawania tym relacjom formy stosunków zobowiązaniowych, która objawiała się w zawieraniu kontraktów określanych mianem *mandatum*, co zwykle tłumaczy się na język polski jako „zlecenie”. To właśnie ta umowa stanowiła podstawę świadczenia tzw. *operae liberale* przez osoby stanu wolnego²⁹³.

W kontekście zakwalifikowania pracy wykonywanej przez prawników do kategorii *operae liberale* warto wspomnieć o różnorodności sytuacji faktycznych i stosunków prawnych stanowiących podstawę świadczenia usług prawniczych, którą można było stwierdzić również na podstawie analizy uwarunkowań społeczno-gospodarczych starożytnego Rzymu. Przede wszystkim praktykowanie prawa polegające na dostarczaniu opinii prawnych przez przedstawicieli doktryny, tzw.

²⁸⁹ *Ibidem*

²⁹⁰ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *op. cit.*, s. 227, K. Kolańczyk, *op. cit.*, s. 398-399

²⁹¹ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *op. cit.*, s. 227

²⁹² R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 389-390

²⁹³ W.B. Fish, *op. cit.*, s. 9

*iurisprudentes*²⁹⁴, stanowiło czynność, której wykonywanie następowało bez zawarcia jakiegokolwiek umowy²⁹⁵. Działo się tak dlatego, że wydanie opinii, w ówczesnym ujęciu, nie stanowiło czynności wykonywanej na rzecz klienta, wobec tego nie mogło być przedmiotem zobowiązania powstałego np. na podstawie mandatu²⁹⁶. Wszystkie czynności związane z praktykowaniem prawa mieściły się w ramach kategorii *artes liberales* w związku z czym mogły być świadczone tylko przez osoby wolne, a co za tym idzie nie mogły stanowić przedmiotu umowy najmu (*locatio*), ponieważ ze względu na wspomniane powyżej okoliczności najęcie pracy ludzi wolnych zajmujących się *opere liberales* było niemożliwe²⁹⁷. Kolejny przejaw praktyki prawniczej, czyli wykonywanie zastępstwa procesowego, które dopiero z czasem stało się zajęciem pracujących za wynagrodzeniem profesjonalnych prawników (określanych mianem *advocatus*), również realizowane było poza ramami stosunków obligacyjnych, a usługodawca w tym zakresie korzystał z ochrony prawnej jedynie w ramach postępowania sądowego *extra ordinem*²⁹⁸. Wreszcie sporządzanie umów oraz testamentów, o ile było wykonywane przez niewolników pełniących funkcje sekretarzy albo skrybów stanowiło przedmiot *locatio*, natomiast w takim zakresie w jakim czynność ta wymagała zastosowania profesjonalnej wiedzy prawniczej dostępnej jedynie wolnym, uczonym jurystom była ona świadczona pod tytułem darmym²⁹⁹. Na zakończenie tej części wywodu należy wspomnieć o świadczeniu usług związanych z jeszcze jedną formą praktykowania prawa tj. o nauczaniu prawa. Tą działalnością zajmowali się tzw. *magistri*, których nie dotyczyła reguła bezpłatnego świadczenia usług, mimo, że nauczanie należało do *opere liberales* i nie godziło się pobierać za nie wynagrodzenia³⁰⁰. Niemniej jednak, nawet jeszcze za czasów Ulpiana profesorowie prawa, co do zasady, nie mogli pobierać honorarium³⁰¹

²⁹⁴ O społecznym statusie tej grupy prawników, wyposażonych w tzw. *ius respondendi*. świadczy fakt, że przygotowywane przez nich opinie, udzielane w formie *responsa iurisprudentium* – odpowiedzi na pytania zainteresowanych osób (zazwyczaj stron sporów sądowych) dotyczące interpretacji prawa, stanowiły jedno ze źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Dodatkowo należy wspomnieć, że większość *iurisprudentes* w okresie wczesnego imperium była senatorami, często o wysokiej randze. Zob. M. Goodman, *The Roman World, 44 BC-AD 180*, London 1997, s. 96

²⁹⁵ W.B. Fish, *op. cit.*, s. 9

²⁹⁶ *Ibidem*

²⁹⁷ *Ibidem*

²⁹⁸ *Ibidem*, s. 10

²⁹⁹ *Ibidem*

³⁰⁰ W. Rozwadowski, Nauczanie prawa w państwie rzymskim, *Czasopismo Prawno-historyczne* 2003, z. 1, s. 19

³⁰¹ W tym zakresie odnotowuje się znamienne wyjątki. Pomponius wspominał w digestach o Masuriusie Sabinusie, który ze względu na nienajlepszy stan majątkowy był wspierany finansowo przez swych uczniów. Zob. W. Rozwadowski, *Nauczanie prawa...*, s. 19

za przekazywanie swej wiedzy³⁰². Było to spowodowane charakterem tych świadczeń, które jako niemierzalne w pieniądzu, nie mogły być ekwiwalentem wynagrodzenia dochodzonego na drodze sądowej³⁰³.

Kolejną sytuacją, w której znajdowało zastosowanie *mandatum*, było świadczenie usług przez *procuratora*, czyli zarządcy majątku, na rzecz jego właściciela. W początkowym okresie osobami wykonującymi tę funkcję byli wyzwolenicy albo nawet niewolnicy, którzy sprawowali taki zarząd, bez nawiązywania stosunków zobowiązaniowych, w ramach odpowiednio stosunku patronatu albo pozostając pod władzą swojego właściciela³⁰⁴. Jednakże od czasów republiki instytucja *procuratio omnium bonorum* zaczęła się cieszyć coraz większym społecznym poważaniem, co doprowadziło do tego, że podstawą świadczenia usług związanych z zarządzaniem majątkiem drugiej osoby stało się *mandatum*³⁰⁵. Fakt, że *procuratores* poświęcali cały swój czas na sprawowanie pieczy nad majątkiem mandansów³⁰⁶ doprowadził do wykształcenia się zwyczaju wypłacania im, w regularnych odstępach czasu, świadczenia pieniężnego określanego mianem *salarium*³⁰⁷. Nazwa ta wzięła się z stąd, że świadczenie to stanowiło ekwiwalent soli, przy czym z biegiem lat zmieniło swój charakter, tak, że od czasów Papiniana, podobnie jak wypłacane prawnikom *honorarium* mogło być dochodzone przed sądem³⁰⁸.

Na podstawie zlecenia mogły być również świadczone, o ile działo się to pod tytułem darmym, różne prace fizyczne, będące zazwyczaj przedmiotem umowy najmu (*locatio conductio operarum*) lub dzieła (*locatio conductio operis*)³⁰⁹. Choć według niektórych poglądów *mandatum* w ramach którego świadczone czynności

³⁰² W. Rozwadowski, *Nauczanie prawa...*, s. 19

³⁰³ *Ibidem*

³⁰⁴ R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 417

³⁰⁵ *Ibidem*, s. 417-418

³⁰⁶ Nieco inaczej relację pomiędzy rzymskim mandatem a prokuraturą przedstawia R. Szostak. Autor ten uznaje, że prokuratura funkcjonowała obok zwyczajnego mandatum stanowiąc podstawę udzielenia władzy działania za kogoś innego, zwłaszcza w zakresie sprawowania stałego zarządu majątkiem skarbowym. Tym samym początkowo było to umocowaniem publiczno-prawnym związanym ze sprawowaniem urzędu konsula, prefekta, skarbnika itp. Natomiast, zdaniem ww. autora opartym na cytowanej przez niego literaturze, dopiero od III w. n.e. opisywany rodzaj umocowania znalazł szersze zastosowanie we wszelkich stosunkach majątkowych, bez żadnych ograniczeń podmiotowych. Zob. R. Szostak, O potrzebie usprawnienia kodeksowej regulacji umów o świadczenie usług na warunkach zlecenia [w:] *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, pod red. A. Olejniczaka, J. Haberko, A. Pyrzyńskiej, D. Sokołowskiej, Warszawa 2015, s. 691 i cyt. tam literaturę.

³⁰⁷ R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 418

³⁰⁸ *Ibidem*

³⁰⁹ W. Wołodkiewicz, *Mandatum* [w:] J. Kamiński, W. Rozwadowski, W. Wołodkiewicz, *op. cit.*, s. 99

faktyczne było przypadkiem wyjątkowym³¹⁰, to w tekstach źródłowych odnotowano występowanie umów będących źródłem zobowiązań do takich działań. Tytułem przykładu można wspomnieć o wymienionym w Digestach zobowiązaniu do wybudowania pomnika po śmierci wierzyciela czy też zobowiązaniu pilśniarza do wyczyszczenia odzieży za darmo³¹¹.

Przedstawione w poprzednim akapicie zastosowania mandatu były jednak rzadkie, częściej spotykanym było to, które w literaturze przedstawia się jako przyczynę niewykształcenia się w prawie rzymskim instytucji pełnomocnictwa³¹². W tym kontekście wskazuje się, że *mandatum* stanowiło instytucję wykorzystywaną do zapewnienia reprezentacji niebezpośredniej tj. dokonania przez *mandatari* na własną rzecz i na własny rachunek wobec osoby trzeciej czynności prawnej (takiej jak pożyczka, udzielenie poręczenia, kupno lub sprzedaż gospodarstwa rolnego czy wynajęcie albo oddanie w najem niewolnika), z której pochodzące przysporzenie majątkowe było następnie przekazywane mandansowi³¹³.

W celu identyfikacji cech mandatu, które legły u podstaw rozwiązań późniejszych kontraktów mających za przedmiot świadczenie usług należy zwięźle przedstawić jego najważniejsze założenia. *Mandatum* definiuje się jako „kontrakt na podstawie którego jedna osoba zobowiązuje się wobec drugiej do bezpłatnego załatwienia określonych czynności”³¹⁴ przy czym jak już powyżej wspomniano zakres tych czynności obejmował zarówno czynności prawne jak i faktyczne³¹⁵. Geneza mandatu wciąż stanowi przedmiot sporów w nauce prawa rzymskiego, ponieważ według niektórych poglądów jego początki wiążą się z instytucją zarządu majątkiem rodowym przez prokuratora, natomiast według innych wywodził się on ze zwyczajów handlowych świata śródziemnomorskiego³¹⁶.

Z całą pewnością usługi świadczone na podstawie rzymskiego *mandatum* były świadczone bezpłatnie, nie oznacza to jednak, że mandat rodził zobowiązanie jednostronne. *Mandatarius*, czyli zleceniobiorca, po wykonaniu swego zobowiązania mógł dochodzić zwrotu kosztów poniesionych przy wykonywaniu zlecenia i

³¹⁰ W. Ludwiczak, *Umowa zlecenia*, Poznań 1955, s. 23

³¹¹ F. Förster, M. E. Eccius, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, t. II, s. 303 cyt. za W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 23

³¹² K. Zweigert, H. Kötz, *op. cit.*, s. 432

³¹³ R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 421

³¹⁴ W. Osuchowski, *op. cit.*, s. 365

³¹⁵ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *op. cit.*, s. 230

³¹⁶ *Ibidem*

zwolnienia z zobowiązań zaciągniętych w związku z wykonywaniem mandatu³¹⁷. Mógł także dochodzić odszkodowania za szkody poniesione w związku z wykonaniem powierzonych czynności³¹⁸. Nieodpłatność zlecenia, początkowo stanowiąca jego cechę konstytutywną, w razie jej niezachowania skutkowałą nieważnością umowy³¹⁹ (*mandatum nisi gratuitum nullum est*), czy też według innych ujęć, w przypadku zastrzeżenia odpłatności świadczenia dochodziło do zawarcia *locatio conductio*, a nie *mandatum*³²⁰. Zleceniobiorca mógł jednak przyjąć po wykonaniu zlecenia dobrowolnie ofiarowywane wynagrodzenie za świadczone usługi zwane *honorarium*³²¹, które dopiero w okresie pryncypatu mogło być dochodzone w postępowaniu kognicyjnym³²². Inną formą płatności, którą mógł uzyskać *mandatarius* było wspomiane już *salarium*³²³.

³¹⁷ *Ibidem*

³¹⁸ R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 413

³¹⁹ W. Osuchowski, *op. cit.*, s. 366

³²⁰ R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 413

³²¹ W odniesieniu do słowa *honorarium* w doktrynie wskazuje się, że jego etymologia, wynika z faktu, że świadczenie określone tym mianem było udziałem osoby, którą chciano uhonorować w zamian za świadczone usługi. Tytułem dygresji warto przytoczyć pogląd, którego autor doszukuje się źródłowo angielskiego słowa *remuneration* w podobnym założeniu zgodnie, z którym wywiedzione jest ono od łac. *munus* oznaczającego prezent ofiarowany w zamian za coś – w tym przypadku za wyświadczone usługi. Zob. R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 413

³²² W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *op. cit.*, s. 231

³²³ Słowo *salarium* pochodzi od łac. *sal* oznaczającego sól. Genezę tej nazwy łączy się z istotną rolą jaką ta przyprawa odgrywała w czasach antycznych, związanej nie tylko z pełnieniem przez nią roli środka wymiany, używanego w szczególności dla opłacenia usług lub armii, lecz również istotnych funkcji w rzymskiej obrzędowości (stanowiła istotny element rytuałów odprawianych przez Westalki). *Salarium* od czasów Augusta zaczęto wypłacać również niektórym wysokim urzędnikom imperialnym, co społecznie zostało odebrane jako przyzwolenie na odpłatne świadczenie czynności wykonywanych przez osoby cieszące wysoką pozycją społeczną, np. wykonujących tzw. *artes liberales* tj. lekarzy i prawników. Zob. R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 413, A. J. Nijboer, M. Maaskant-Kleibrink: *Linking Ritual with Economy: Papers on Mediterranean Archaeology*, Groningen 1998, s. 55. W tym kontekście można wspomnieć, że angielskie słowo *salary* tradycyjnie oznaczające wynagrodzenie wypłacane pracownikom umysłowym wywodzone jest właśnie od *salarium*. Niemniej jednak, jeszcze w połowie XIX w. w amerykańskiej terminologii prawniczej funkcjonowały różne definicje tego słowa. Według pierwszej oznaczało wynagrodzenie płatne za usługi, którego wysokość określona była jako kwota za rok, przy tym wynagrodzenie, którego stawka została określona w inny sposób było nazywane *honorarium*. Zgodnie z drugą definicją, przypisywaną M. Duvergier'owi, *salary* było wynagrodzeniem wypłacanym robotnikom albo służbie domowej, zaś zapłatę za usługi świadczone przez profesjonalistów ww. autor określał jako *honorarium*. Zob. J. Bouvier, *A Law Dictionary: Adapted to the Constitution and Laws of the United States of America, and of the Several States of the American Union; with References to the Civil and Other Systems of Foreign Law*, Philadelphia 1856, s. 493. Obecnie obowiązującą definicją jest pierwsza z ww. wymienionych zgodnie z którą *salary* jest wynagrodzeniem za usługi świadczone przez profesjonalistów lub „pół-profesjonalistów” (fizykoterapeutów, pielęgniarzy, księgowych, agentów ubezpieczeniowych, techników laboratoryjnych) wypłacanym w regularnych odstępach czasu, określonym stawką za rok, a nie za godzinę. Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 2004, s. 1364

Nieodpłatność zlecenia tłumaczona była tym, że opierało się ono na osobistych stosunkach przyjaźni i zaufania³²⁴. Nie oznaczało to jednak, że świadczenie na podstawie *mandatum* różnego rodzaju czynności odbywało się poza sferą stosunków zobowiązaniowych („w sferze społecznej”) i nie było prawnie sankcjonowane – w tym zakresie kwestionowano pracę za pieniądze, a nie sam fakt określenia praw i obowiązków stron za pomocą umowy³²⁵. Ta cecha opisywanej umowy wiązała się z systemem wartości przyjętej w społeczeństwie rzymskim (rozumianym jako ogół wolnych obywateli), którego członkowie, gdy zostali poproszeni o wykonanie jakiejś czynności dla innej osoby czuli się honorowo zobowiązani do jej wykonania. Działali wówczas z pobudek altruistycznych, a nie dla osobistego zysku, co wykluczało możliwość zwrócenia się o wynagrodzenie, jednakże nie wyłączało możliwości przyjęcia prezentu jako wyrazu wdzięczności za dobrze wykonane zadanie³²⁶. Ponadto, należy wspomnieć, że zlecenie było wykonywane według zasad dobrej wiary³²⁷ oraz, że zobowiązanie, którego źródłem był mandat, wygasało wraz ze śmiercią jednej ze stron³²⁸.

W tym kontekście odpłatności mandatowi należy przeciwstawić kontrakt *locatio conductio operarum* którego podstawową cechą była właśnie odpłatność realizowana poprzez zapłatę w pieniądzu (*merx*) za świadczone usługi (*operis*)³²⁹. Ponadto, podczas gdy zlecenie było prawną podstawą świadczenia powyżej wspomnianych *operae liberales*, to *locatio conductio operis* służyło zatrudnieniu pracowników fizycznych świadczących tzw. *operae illiberales*³³⁰.

Ostatnią kwestią, do której należy się odnieść w ramach opisu rzymskiego mandatu, istotną o tyle, że w późniejszych okresach stanowiła o różnicach pomiędzy rozwiązaniami konkretnych systemów prawnych, jest jego powiązanie z instytucją pełnomocnictwa. Według dominującej liczby poglądów mandatariusz występował wobec osób trzecich w imieniu własnym, a fakt zawarcia kontraktu zlecenia nie wiązał się z umocowaniem do działania ze skutkiem wprost dla mandansa³³¹. Wynikało to przede wszystkim z ogólnych założeń prawa rzymskiego, wśród których

³²⁴ W. Wołodkiewicz, *Mandatum* [w:] J. Kamiński, W. Rozwadowski, W. Wołodkiewicz, *op. cit.*, s. 99

³²⁵ R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 413

³²⁶ *Ibidem*, s. 415

³²⁷ W. Osuchowski, *op. cit.*, s. 366

³²⁸ W. Wołodkiewicz, *Mandatum* [w:] J. Kamiński, W. Rozwadowski, W. Wołodkiewicz, *op. cit.*, s. 99

³²⁹ W. Osuchowski, *op. cit.*, s. 360

³³⁰ *Ibidem*

³³¹ W. Wołodkiewicz, *Mandatum* [w:] J. Kamiński, W. Rozwadowski, W. Wołodkiewicz, *op. cit.*, s. 99

istotne miejsce zajmowała zasada działania osobistego (*per liberam personam nihil nobis adquiri potest*)³³². Początkowo mandat rzymski funkcjonował w ramach uwarunkowań prawnych nieprzewidujących możliwości przeniesienia praw i obowiązków mandatariusza na mandanta, co w doktrynie postrzega się za sytuację dostarczającą znacznych trudności w zakresie wyjaśnienia istoty tej instytucji w jej ówczesnym stadium³³³. Następnie zaś wykształciła się instytucja *ratihabitio* będąca jednostronnym aktem mandanta uznającego w ten sposób wszelkie zobowiązania, zaciągnięte przez mandatariusza w ramach realizacji zlecenia, za bezpośrednio wiążące zleceniodawcę³³⁴.

II.1.2 *Contractus innominati*

W literaturze wskazuje się, że wraz z załamaniem się w rzymskiego systemu gospodarki towarowo-pieniężnej, które nastąpiło w III w. n.e., szczególnie odczuwalne stało się niedostosowanie schematów klasycznego prawa kontraktowego do coraz to nowych potrzeb w zakresie wymiany dóbr i usług³³⁵. Od tego momentu ze wzmożoną częstotliwością, w praktyce obrotu, zaczęły występować „nowe operacje ekonomiczne”, (tzw. *nova negotia*), a fakt udzielania im zaskarżalności stanowił o rozszerzeniu rzymskiego systemu kontraktowego³³⁶. Efektem wspomnianego załamania był powrót do mechanizmów gospodarki naturalnej polegających na bezpośredniej wymianie dóbr i usług bez wykorzystania pieniądza, które w prawie justyniańskim zostały zakwalifikowane do nowej kategorii kontraktów określanej mianem kontraktów nienazwanych (beziemiennych) lub kontraktów realnych nienazwanych (*contractus reales innominati*)³³⁷. Umowy te uzyskały miano realnych, ponieważ znajdujące w nich źródło stosunki obligacyjne nie powstawały z mocy samego porozumienia stron, gdyż dla jego zawiązania niezbędne było spełnienie świadczenia przez jedną ze stron, przy czym zauważa się, że używanie słowa realne jest o tyle nietrafione, że świadczenia kontrahentów mogły polegać nie tylko na przeniesieniu własności rzeczy, lecz także na wykonaniu usługi³³⁸.

³³² W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 9

³³³ *Ibidem*

³³⁴ *Ibidem*

³³⁵ K. Kolańczyk, *op. cit.*, s. 408

³³⁶ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *op. cit.*, s. 231, K. Kolańczyk, *op. cit.*, s. 408

³³⁷ K. Kolańczyk, *op. cit.*, s. 408

³³⁸ *Ibidem*

W ramach klasyfikacji tej grupy kontraktów wyodrębniono cztery układy typowe: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*. Aż trzy z nich były związane ze świadczeniem usług.

Pierwszy, który wiązał się z wykonaniem na rzecz drugiej strony umowy określonej czynności – „daję, ażebyś uczynił” – polegał na przeniesieniu własności rzeczy w zamian za przyrzeczenie świadczenia usługi. W tym zakresie w tekstach źródłowych wskazuje się na takie przykłady jak przeniesienie własności jednego niewolnika w zamian za obietnicę wyzwolenia drugiego³³⁹.

Drugi – „czynię, ażebyś dał” – mógł być wykorzystany dla wynagradzania w pieniądzu albo naturze, osób wskazujących właścicielom miejsca pobytu ich zbiegłych niewolników w zamian za przyrzeczenie świadczenia pieniężnego albo rzeczowego³⁴⁰.

Wreszcie – „czynię, ażebyś czynił” – obietnica wykonania usługi uzyskana w zamian za wyświadczenie innej, musiała być szczególnie częsta w rzymskich społecznościach rolniczych, objawiając się w takich zdarzeniach jak wypożyczenie od sąsiada woła do zaorania pola w zamian za udostępnienie własnego w przyszłości, pomoc w winobraniu udzielona za przyrzeczenie takiej samej pomocy w innym dniu zbiorów³⁴¹, czy zobowiązanie się do wybudowania domu za zbudowanie domu dla składającego obietnicę³⁴². Ten rodzaj umowy również mógł mieć związek z obrotem niewolnikami na dowód czego w doktrynie wskazuje się na opisany przez Paulusa przypadek zobowiązania się do wyzwolenia przez dwie osoby należących do nich dwóch niewolników z uwagi na fakt, że każdy z kontrahentów jest naturalnym ojcem niewolnika należącego do drugiej strony kontraktu³⁴³. Często występującym przykładem umowy wpisującej się w ten schemat była ugoda (*transactio*) polegająca na zrzeczeniu się spornego uprawnienia bądź odstąpienia od dochodzenia niepewnego roszczenia na drodze procesu w następstwie zobowiązania się drugiej strony sporu do podobnego ustępstwa³⁴⁴. Ten rodzaj kontraktu spopularyzował się w okresie

³³⁹ R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 535

³⁴⁰ K. Kolańczyk, *op. cit.* s. 409

³⁴¹ R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 535

³⁴² K. Kolańczyk, *op. cit.* s. 409

³⁴³ *Ibidem*

³⁴⁴ *Ibidem*, s. 410

poklasycznym i justyniańskim ze względu na występującą wówczas niepewność stosunków prawnych oraz wzrastające wpływy chrześcijaństwa³⁴⁵.

Podsumowując, rzymskie kontrakty konsensualne takie jak *mandatum*, czy też *locatio conductio operarum* stały się swoistymi wzorcami konstrukcyjnymi dla późniejszych obligacyjnych uregulowań świadczenia usług.

Wprawdzie, drugą z powyżej wymienionych umów postrzega się jako pierwowzór umowy o pracę, niemniej jednak w wielu systemach prawnych funkcjonują umowy o świadczenie usług, w których zobowiązanie jednej ze stron polega na wykonaniu określonych czynności faktycznych odpłatnie i w sposób niepodporządkowany, co pozwala na przypisanie im zarówno cech mandatu jak i *locatio conductio*. Tytułem przykładu można w tym kontekście wskazać na uregulowaną w § 611 i następnych *Bürgerliches Gesetzbuch – Dienstvertrag*, która wykorzystywana jest do nawiązywania stosunków zatrudnienia nie podlegających regulacji prawa pracy np. świadczenia usług przez przedstawicieli tzw. wolnych zawodów m.in. prawników, lekarzy, biegłych rewidentów³⁴⁶.

Wskazując, na fakt, że współczesna umowa o pracę wyewoluowała z rzymskiej *locatio conductio* pod wpływem tzw. socjalizacji i publicyzacji stosunku pracy³⁴⁷, należy zauważyć, że był to proces długotrwały o czym świadczy fakt, że jeszcze do początków dwudziestego wieku praca była postrzegana jako towar, a podejście do jej świadczenia nie różniło się znacznie od podejścia do świadczeń rzeczowych zachodzących w ramach umowy sprzedaży, czego konsekwencją było to, że pracodawca w ramach stosunku pracy uzyskiwał kontrolę nie tylko nad sposobem świadczenia pracy, lecz również nad osobą pracownika³⁴⁸. Stanowiło to znamienne konsekwencję rzymskiego podziału na *opere liberales* i *illiberales*, z których te drugie za czasów starożytnego Rzymu były przecież przedmiotem najmu.

Odnosząc się do mandatu, na podstawie powyżej przytoczonych faktów za uprawnioną należy uznać tezę, zgodnie z którą umowy o świadczenie usług

³⁴⁵ *Ibidem*

³⁴⁶ R. Zimmermann, op. cit., s. 393

³⁴⁷ B. Wagner, Związki prawa pracy z prawem cywilnym, [w:] Dziedzictwo prawne XX wieku. Księga pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego, pod red. A. Zolla, J. Stelmacha, J. Halberdy, Kraków 2001, s. 423-424

³⁴⁸ M. W. Finkin, Menschenbild: The Concept of the Employee as a Person in Western Law, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2004, vol. 23, s. 579

występujące w wielu systemach prawnych wzorowane są na tym kontrakcie. W prawie rzymskim wykształcił się pewien model umowy opartej na zasadach dobrej wiary, na podstawie której dochodziło do nieodpłatnego świadczenia czynności prawnych lub faktycznych pomiędzy ludźmi pozostającymi ze sobą w bliskich kontaktach i z tej przyczyny darzących siebie wzajemnym zaufaniem. Równolegle funkcjonowała umowa *locatio conductio operarum* służąca odpłatnemu wykonywaniu pracy fizycznej. Miała ona jednak stosunkowo niewielkie znaczenie w związku z powszechnym wykorzystaniem pracy niewolników, stając się z czasem wzorcem konstrukcyjnym raczej dla przyszłych umów o pracę, a nie kontraktów, na podstawie których świadczone pracę niepodporządkowaną czy też pojedyncze czynności faktyczne lub prawne. Ponadto, możliwością działania za pośrednictwem posiadanych przez wielu wolnych Rzymian niewolników oraz niewielkim obszarem państwa rzymskiego w okresie klasycznym tłumaczy się brak instytucji pełnomocnictwa wynikającej z faktu nawiązania stosunku prawnego w postaci mandatu. Zdarzenie polegające na zawarciu tej umowy nie wiązało się z jednoczesnym umocowaniem zleceniobiorcy do jakichkolwiek działań w imieniu zleceniodawcy. Niemniej jednak wraz z rozwojem państwa rzymskiego, zarówno w aspekcie politycznym jak i gospodarczym, zaszła potrzeba wykształcenia uniwersalnego mechanizmu wymiany na pieniądź ludzkiej pracy, również tej, z którą wiązało się dokonywanie czynności prawnych na rzecz drugiej osoby. Właśnie w tym kontekście należy postrzegać późniejsze rozszerzenie formuły *mandatum* na odpłatne świadczenie różnego rodzaju czynności. Prawidłowe postrzeżenie istoty rzymskiego mandatu pozwala na właściwą ocenę później wykreowanych kontraktów pod kątem tego, które z ich cech stanowią faktycznie niezbędny element, a która są jedynie reminiscencją wykształconej w starożytności umowy, bez znaczenia dla użyteczności danej instytucji.

II. 2 Świadczenie usług w przepisach wielkich kodyfikacji początku XIX w.

Pod koniec funkcjonowania państwowości Cesarstwa Rzymskiego w prawie justyniańskim doszło do połączenia dwóch instytucji tzn. pełnomocnictwa i mandatu³⁴⁹. Ten fakt zaważył na sposobie stypizowania tego kontraktu w późniejszych aktach prawnych, do których należy zaliczyć również pierwsze z tzw.

³⁴⁹ W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 12

wielkich kodyfikacji, ponieważ wskutek recepcji prawa rzymskiego w kontynentalnej Europie został uznany za uprawniony tylko ten wariant mandatu, który na wzór odpowiednich uregulowań z *Corpus Iuris*, zawierał w sobie pełnomocnictwo. Cechą wspomnianych kodyfikacji jest również to, że utrzymany w nich został konstrukt umowy najmu, na wzór rzymskiej *locatio conductio*, w odniesieniu do tzw. „najmu pracy i przemysłu”. W związku z tym utrzymane zostały w tych aktach prawnych dwie możliwości świadczenia usług w ramach stosunków obligacyjnych. Jeden oparty na umowie zlecenia i drugi wywodzący się z umowy „najmu pracy i przemysłu”. W ramach pierwszego świadczone były usługi, co do których zachodziła konieczność reprezentowania zleceniodawcy w zakresie wykonywanych na jego rzecz czynności prawnych, natomiast drugi rodzaj umowy ograniczał się do czynności faktycznych.

W takiej formie zlecenie zostało uregulowane w kodeksach cywilnych przyjętych na początku XIX w., czyli we francuskim *Code civil des Français* z 1804 r.³⁵⁰, znanym jako *code civil* lub kodeks Napoleona i austriackim *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* z 1811 r., oraz uznawanym za kodyfikację „okresu przejścia od feudalizmu kapitalizmu”³⁵¹ tzw. Landrechcie pruskim z 1794 r.

Landrecht pruski, który wszedł w życie 1 kwietnia 1794 r. jako *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (co tłumaczy się jako Powszechne Prawo Krajowe dla Państw Pruskich), był zbiorem przepisów całości pruskiego prawa materialnego, początkowo stosowanych jedynie subsydiarnie wobec praw poszczególnych prowincji Królestwa Pruskiego³⁵². W związku z tym, że zawierał on normy skonstruowane na potrzeby społeczeństwa feudalnego, które z czasem stając się przestarzałymi były uchylane, ostatecznie stał się aktem prawnym złożonym jedynie z przepisów prawa cywilnego³⁵³.

Zawarta wśród przepisów prawa cywilnego Landrechtu regulacja zlecenia znajduje się w § 5 tytułu XIII cz. 1. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie woli, poprzez które jedna osoba udziela drugiej prawa prowadzenia dla niej lub za nią interesu zwana jest zleceniem albo pełnomocnictwem³⁵⁴. Sposób sformułowania

³⁵⁰ Wszedł w życie 21 marca 1804 r.

³⁵¹ K. Sójka-Zielińska, *Historia Prawa*, Warszawa 2000, s. 236

³⁵² *Ibidem*, s. 235

³⁵³ M. Szczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 1979, s. 330

³⁵⁴ „Die Willenerklärung, wodurch Einer dem Anderen das Recht erteilt, ein Geschäft für ihn oder statt seiner zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt.“ cyt. za W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 15

przepisu odzwierciedla typową cechę późniejszych kodyfikacji z początku XIX w., w których podobnie jak w Landrechcie powiązano instytucje pełnomocnictwa i zlecenia.

Pierwszym z powyżej wspomnianych kodeksów okresu kapitalizmu przemysłowego, które powieliły konstrukcje zlecenia połączonego z pełnomocnictwem jest *code civil* z 1804 r. Bezpośrednio konsekwencją przyjęcia rzymskich rozwiązań w tej dziedzinie było oparcie umów mających za przedmiot czynności faktyczne na rzymskiej *locatio conductio operis*. Jednym z takich kontraktów był najem usług (*le louage d'ouvrage*), nieformalnie określany również mianem *contrat d'entreprise*, wspomniany obok najmu rzeczy (*le louage de choses*) w art. 1708. *Louage d'ouvrage* stanowi rodzaj umowy umożliwiający świadczenie bardzo różnorodnych usług na rzecz innej osoby w sposób niepodporządkowany, obejmujący nie tylko usługi mające za przedmiot nieruchomości i rzeczy ruchome, lecz również zgodnie z orzecznictwem *Cour de cassation*³⁵⁵, dobra niematerialne. Do kontraktów wymienionych w ww. przepisie odnosi się treść art. 1711, w którym dokonano podziału dwóch rodzajów najmu na dalsze podrodzaje, wśród których odnośnie świadczenia usług istotnym jest *le louage du travail ou du service* tłumaczony w polskiej literaturze cywilistycznej jako „najem robót i przemysłu”³⁵⁶. Ten rodzaj umów traktowany jest w doktrynie jako swoista kategoria zbiorcza różnych typów kontraktów, których wspólną cechą jest to, że zobowiązania powstałe na ich podstawie mają za przedmiot świadczenia polegające na czynieniu, rzadziej na nieczynieniu³⁵⁷. W tej grupie można odnaleźć kontrakt bezpośrednio związany ze świadczeniem czynności faktycznych, tj. *le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un*, czyli najem pracowników.

W kontekście analizy różnych sposobów świadczenia usług znanych prawu francuskiemu, należy wspomnieć również o odrębnej wobec wszelkich rodzajów najmu uregulowanych we francuskim kodeksie cywilnym, instytucji określonej jako *le mandat*, której poświęcono artykuły od 1984 do 2010 umiejscowione w tytule XIII księgi III. Z uwagi na fakt, że kodeks Napoleona był aktem prawnym obowiązującym również w Księstwie Warszawskim w latach od 1808- 1815 można przytoczyć przepis definiujący pojęcie *le mandat* w języku polskim: „Pełnomocnictwo lub umocowanie, iest akt, przez który osoba daie drugiey władzę czynienia iakiey rzeczy,

³⁵⁵ Cass. Civ. III, 28 lutego 1984, Bull. Civ. III, no. 51) cyt. za PEL SC, s. 150

³⁵⁶ cyt. za L. Ogiegło, Usługi..., s. 88

³⁵⁷ *Ibidem*

za siebie i w swoim imieniu. Kontrakt nie następuje, gdy pełnomocnik nie przyymuje³⁵⁸. Wobec powyższego należy zauważyć, że *le mandat* stanowił przedmiot kontrowersji również dla tłumaczy, ponieważ mimo, że ustawodawca francuski użył nazwy zbliżonej semantycznie do rzymskiego *mandatum*, osoby które opracowały polski przekład *code civil* zdecydowały się na posłużenie się sformułowaniem „pełnomocnictwo”. Podobne rozwiązania terminologiczne stosowane są również w literaturze prawniczej, której autorzy opisując francuskie uregulowania w tym zakresie posługują się niekiedy sformułowaniem „umowa pełnomocnictwa”³⁵⁹.

Sposób zdefiniowania zlecenia w tym kodeksie prowadzi do oczywistego wniosku, że ustawodawca francuski, podobnie jak autor Landrehtu pruskiego, utożsamia ze sobą instytucję pełnomocnictwa czy też umocowania (*procuracion*) ze zleceniem (*le mandat*)³⁶⁰, co stanowi bezpośrednią konsekwencję ukształtowania tych instytucji w kodeksach początku XIX w. na wzór justyniański. Ponadto, z analizy treści tego przepisu wynika, choć niebezpośrednio, że przedmiotem mandatu w ujęciu *code civil* może być tylko czynność prawna – świadczy o tym właśnie zespolenie zlecenia z pełnomocnictwem³⁶¹. Przy tym nie ulega wątpliwości, że francuski *le mandat* jest umową. Świadczy o tym znaczenie przepisu ustalone na podstawie wykładni językowej. W jego treści wprost bowiem wskazano, że dla powstania tego stosunku prawnego potrzebne jest zgodne oświadczenie jego drugiej strony. Ponadto należy również przytoczyć trafny pogląd doktryny oparty na wykładni systemowej. Zgodnie z nim fakt umiejscowienia tytułu XIII w ostatniej, trzeciej, księdze kodeksu (*nota bene* odzwierciedlającym systematykę Instytucji Gaiusa), zatytułowanej „O rozmaitych sposobach nabywania własności”, wśród tytułów zawierających przepisy typizujące poszczególne kontrakty nazwane jest dowodem na to, że *le mandat* w ujęciu ustawodawcy francuskiego nie był jednostronną czynnością prawną³⁶². Zlecenie w ujęciu *code civil* jest niekiedy przedstawiane w literaturze jako prawna podstawa świadczenia pracy niepodporządkowanej, którą można również określić

³⁵⁸ W brzmieniu oryginalnym: „Le mandat ou procuracion est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.”

³⁵⁹ M. Sośniak, *Francuski system umów obligacyjnych*, Katowice 1989, s. 171

³⁶⁰ A. Całus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 348

³⁶¹ L. Ogiegło, *op. cit.*, s. 142

³⁶² tak W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 16

jako niezależną bądź samodzielną³⁶³. Wobec powyższego można przyjąć, że *le mandat* stanowi podstawę do nawiązania tzw. „zatrudnienia niepracowniczego” wówczas, gdy wiąże się ono z koniecznością reprezentowania zleceniodawcy np. poprzez dokonywanie w jego imieniu lub na jego rzecz czynności prawnych. Oznacza to, że zawarcie tego kontraktu nie wiąże się z powstaniem stosunku pracy, a co za tym idzie może być wykorzystywane celem pozyskania usług świadczonych przez pracowników niezależnych (*travailleurs indépendants*)³⁶⁴. Do tej grupy zalicza się: kupców (*commerçants*) – osoby wpisane do rejestru handlowego, rzemieślników (*artisans*) – osoby wpisane do rejestru zawodów oraz przedstawiciele wolnych zawodów (*professionel libéral*)³⁶⁵.

Podobne rozwiązania dotyczące umowy zlecenia przyjęto w ostatniej z najważniejszych kodyfikacji europejskich początku XIX w. tj. kodeksie cywilnym austriackim znanym jako *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* z 1811 r. Instytucja mandatu została w tym akcie prawnym uregulowana w § 1002. Zgodnie z tym przepisem umowa, poprzez którą jedna osoba podejmuje się prowadzenia w imieniu drugiej powierzonej jej sprawy, nazywa się umową pełnomocnictwa³⁶⁶. Umowa ta mogła stanowić jedynie źródło zobowiązań mające za przedmiot czynności prawne. Natomiast kontraktami mającym za przedmiot czynności faktyczne była uregulowana w § 1151 ABGB umowa o usługi najemne (*der Lohnvertrag*). Obecnie w prawie austriackim wyróżnia się dwa kontrakty mogące stanowić podstawę świadczenia czynności faktycznych: umowę o usługę (*Dienstvertrag*) i umowę o dzieło (*Werkvertrag*). Obydwie uregulowane są w części ABGB poświęconej umowom o świadczenie usług (*Sechszundzwanzigstes Hauptstück Von Verträgen über Dienstleistungen*), a ich definicja zawarta jest w znowelizowanym § 1151³⁶⁷. Czynności faktyczne wykonywane w warunkach braku podporządkowania pomiędzy kontraktującymi stronami są zazwyczaj przedmiotem pierwszej z wymienionych

³⁶³ zob. L. Ogiegło, op. cit., s. 88-89

³⁶⁴ Kategorię pracowników niezależnych w prawie francuskim przeciwstawia się kategorii pracowników najemnych (*salariés*).

³⁶⁵ A. Machowska [w:], A. Machowska, K. Wojtyczek, Prawo francuskie, pod red. K. Wojtyczka, Zakamycze 2004, t. 1, s. 277

³⁶⁶ W brzmieniu oryginalnym: „Der Vertrag wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des Anderen zur Besorgung übernimmt, heisst Bevollmächtigungsvertrag. Pojęciem „umowa pełnomocnictwa“ (*contract of authority*) na potrzeby opisu tej instytucji posługują się również K. Zweigert i H. Kötz. Zob. K. Zweigert, H. Kötz, op. cit., s. 434

³⁶⁷ § 1151 (1) ABGB Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag.

umów, zaś działania związane z koniecznością osiągnięcia określonego rezultatu, tj. produkcja, remonty, prace na dobrach materialnych, a także tworzenie dzieł niematerialnych (napisanie sztuki czy programu do przetwarzania danych) uznawane są za przedmiot drugiego ze wspomnianych kontraktów³⁶⁸. W praktyce niektóre rodzaje stosunków obligacyjnych sprawiają trudności w kontekście ich przyporządkowania do konkretnej kategorii, np. umowa o leczenie (*Behandlungsvertrag*) bywa klasyfikowana zarówno jako *freier Dienstvertrag* jak *Werkvertrag*³⁶⁹.

Podsumowując zaprezentowane powyżej rozwiązania należy stwierdzić, że wobec powiązania instytucji zlecenia i pełnomocnictwa początkowo mogło stanowić ono jedynie podstawę dla świadczenia usług mających za przedmiot czynności prawne. Wobec tego istniała konieczność uregulowania w systemach prawnych, w których zastosowano tę konstrukcję wprowadzenia dodatkowej grupy umów umożliwiającej również świadczenie czynności faktycznych. W tym zakresie również posłużono się wzorcami rzymskimi opartymi na stosunku prawnym najmu. Charakteryzując postać zlecenia występującą w powyżej opisanych kodyfikacjach można odwołać się do występującego w doktrynie pojęcia jednorodności pełnomocnictwa i stosunku podstawowego. Oznacza ono, w przypadku zlecenia uregulowanego na wzór francuski czy austriacki, że zleceniobiorca może nabywać prawa i zaciągać zobowiązania ze skutkiem dla zleceniodawcy (i zarazem mocodawcy) wyłącznie na podstawie ważnej umowy zawartej pomiędzy tymi osobami. Podając to rozwiązanie ocenie, należy stwierdzić, że jest ono zdecydowanie niekorzystne dla sprawnego funkcjonowania obrotu prawnego. Wynika to z konieczności zapoznawania się treścią umowy zlecenia łączącą reprezentowanego i pełnomocnika, w celu ustalenia przez osobę trzecią będącą potencjalnym kontrahentem zakresu umocowania zleceniobiorcy. Pomimo to, w poszczególnych ustawodawstwach zarówno państw europejskich jak i pozaeuropejskich w dalszym ciągu można zaobserwować tę konstrukcję. Przykłady takich systemów prawnych, oprócz wspomnianego powyżej prawa austriackiego i francuskiego, mogą stanowić również prawa Portugalii, Rumunii, Brazylii i innych państw południowoamerykańskich³⁷⁰. Na podstawie przedstawionego zestawienia państw można postawić tezę, zgodnie z którą

³⁶⁸ PEL SC, s. 149

³⁶⁹ *Ibidem*

³⁷⁰ E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy – regulacje polskie i europejskie*, Warszawa 2006, s. 10

jednorodność pełnomocnictwa i stosunku podstawowego jest jedną z typowych cech romańskich systemów prawa cywilnego, która pozwala na ich odróżnienie od systemów germańskich, w tym zakresie charakteryzowanych przez odmienne uregulowania.

Rozwiązania przyjęte w *code civil* i *ABGB* okazały się na tyle niedostosowane do potrzeb uczestników obrotu prawnego, że z czasem doktryna i orzecznictwo dopuściły rozłączenie instytucji pełnomocnictwa od zlecenia i posługiwania się nimi oddzielnie³⁷¹. Doprowadziło to do tego, że zarówno zlecenie w ujęciu przepisów kodeksu francuskiego jak i austriackiego mogło stanowić prawną podstawę świadczenia usług wówczas, gdy usługi te polegały na dokonaniu czynności faktycznych, a nie prawnych, był to nietypowy dla tych regulacji przypadek funkcjonowania zlecenia w oderwaniu od pełnomocnictwa (w przypadku czynności faktycznych udzielenie pełnomocnictwa dla osoby, która ma ich dokonać w imieniu i na rzecz dającego zlecenie jest oczywiście zbędne)³⁷².

II. 3 Świadczenie usług w przepisach wielkich kodyfikacji XIX i XX w.

W przepisach najważniejszych kodyfikacji przełomu XIX i XX w., za które można uznać niemiecki kodeks cywilny (*Bürgerliches Gesetzbuch*³⁷³ – BGB) i skodyfikowane szwajcarskie prawo cywilne³⁷⁴ doszło do istotnej zmiany w zakresie sposobu uregulowania problematyki świadczenia usług. Przede wszystkim odstąpiono w tych aktach prawnych od antycznych konstrukcji, które nie przystawały do wymagań uczestników stosunków społecznych XIX i XX w. Zrezygnowano również z wykorzystania instytucji najmu jako prawnej podstawy świadczenia pracy lub usług, a w przypadku zlecenia zarzucono stosowanie rozwiązań, których istotą było utrzymywanie jedności dwóch instytucji prawa cywilnego, a mianowicie pełnomocnictwa i zlecenia. Teoretyczną podstawę dla wprowadzenia nowych

³⁷¹ Z. Żabiński, Pojęcie zlecenia w projektach kodeksu cywilnego, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 1963, nr 1, s. 12

³⁷² W. Ludwiczak, op. cit., s. 19

³⁷³ Dokładnie *Bürgerliches Gesetz Buch für das Deutsche Reich*, czyli „księga ustaw cywilnych dla państwa niemieckiego” został przyjęty 18 sierpnia 1896 r. Wszedł w życie 1 stycznia 1900 r.

³⁷⁴ Szwajcarski *Zivilgesetzbuch* został przyjęty 10 grudnia 1907 i wszedł w życie 1 stycznia 1912 r. Jest uważany za ostatnią z tzw. wielkich kodyfikacji. Formalnie nie obejmował prawa zobowiązań, które zostało wydzielone w odrębny akt prawny – *Obligationenrecht* – często określane mianem piątej księgi szwajcarskiego kodeksu cywilnego.

konstrukcji stanowiła m.in. sformułowana przez P. Lablanda doktryna separacji³⁷⁵. Zgodnie z tą koncepcją stosunek podstawowy, na którym opiera się pełnomocnictwo, czyli np. umowa zlecenia, oraz samo pełnomocnictwo to niezależne od siebie instytucje prawne. W ujęciu P. Lablanda pełnomocnictwo stanowi czynność prawną abstrakcyjną, samoistną i odrębną niezależną od jakiegokolwiek innej czynności prawnej³⁷⁶, choć niekiedy jego udzielenie może *per facta concludentia* powodować zawarcie umowy podstawowej³⁷⁷. Niewątpliwą zaletą oddzielenia pełnomocnictwa od stosunku podstawowego jest powstanie okoliczności, w których jego treść jest obojętna dla osób trzecich takich jak kontrahenci pełnomocnika. W tej sytuacji nie muszą oni zapoznawać się z treścią umowy, a jedynie z dokumentem wystawionym przez mocodawcę, co niewątpliwie ułatwia zawieranie i wykonywanie umów. Ponadto, zawiązanie stosunku podstawowego później niż udzielenie pełnomocnictwa nie ma wpływu na ważność umów zawartych przez pełnomocnika³⁷⁸. To rozwiązanie niewątpliwie stanowiło krok naprzód w rozwoju instytucji przedstawicielstwa oraz przyczyniło się do usprawnienia praktyki funkcjonowania obrotu cywilnoprawnego. Za miarę jego jakości można uznać fakt powielenia tej konstrukcji w większości europejskich systemów prawnych. Po jego wprowadzeniu do prawa niemieckiego zostało ono kolejno inkorporowane w prawie szwajcarskim, tureckim, greckim, szwedzkim, duńskim, norweskim, fińskim, włoskim, radzieckim, polskim, czechosłowackim oraz węgierskim³⁷⁹. Znalazło ono również uznanie poza Europą o czym świadczy przyjęcie tej konstrukcji m.in. w Japonii, Tajlandii czy Etiopii³⁸⁰. Oddzielenie pełnomocnictwa od stosunku podstawowego można uznać za jedną z

³⁷⁵ Doktryna ta została sformułowana w pracy P. Labland, *Die Stelvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinem Deutschen Handelsgesetzbuch*, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht* 1896, s. 183 i n. za E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy...*, s. 8 Niemniej jednak należy wspomnieć, że pierwszym, który wskazał na potrzebę odróżnienia stosunku pełnomocnictwa od podstawowego stosunku umownego, którym nie koniecznie musi być mandat, lecz również może nim być stosunek pracy czy spółki był R. Jhering zob. K. Zweigert, H. Kötz, *op. cit.*, s. 434

³⁷⁶ E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy...*, s. 8

³⁷⁷ Tak E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy...*, s. 8, choć wydaje się, że twierdzenie to pozostaje aktualne tylko w kontekście umów o zastępstwo procesowe, których zawarcie wiąże się z uprzednim udzieleniem pełnomocnictwa procesowego. W kontekście przepisów prawa materialnego bardziej zasadna będzie teza przeciwna tj. zawarcie umowy podstawowej oznacza równocześnie udzielenie pełnomocnictwa (zob. np. art. 734 § 2 k.c.).

³⁷⁸ E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy...*, s. 9

³⁷⁹ W. Müller-Freienfels, *Legal Relations in the Law of Agency, Power of Agency and Commercial Certainty*, *American Journal of Comparative Law* 1964, vol. 13, s. 199-200 cyt. za E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy...*, s. 10

³⁸⁰ *Ibidem*

cech charakterystycznych systemów prawa cywilnego zaliczanych do grupy germańskich.

W niemieckim kodeksie cywilnym problematyka umowy o świadczenie usług została uregulowana wprost. Instytucji *Dienstvertrag* (umowa o usługę) zostały poświęcone paragrafy od 611 do 630 zgrupowane w tytule 8 rozdziału księgi 2 BGB. Według § 611 ust. 2 przedmiotem tej umowy może być każdy rodzaj usług (*Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein*). Należy wspomnieć, że opisywana umowa jest powodem licznych rozbieżności interpretacyjnych oraz, że postrzega się ją jako typ umowy zawierający w sobie „niezależne umowy o usługi” (*freier Dienstvertrag*) – polegające na świadczeniu pracy w sposób niepodporządkowany drugiej stronie stosunku zobowiązaniowego i „zależne umowy o pracę”, co do których pomiędzy stronami zachodzi „sytuacja zależności socjalnej”, czyli więź prawna polegająca na nawiązaniu stosunku pracy³⁸¹. Inny rodzaj trudności interpretacyjnych dotyczący tego kontraktu zachodzi w odniesieniu do umów, mających np. za przedmiot dobra niematerialne. W takim przypadku niejednokrotnie mogą zaistnieć wątpliwości czy dany stosunek zobowiązaniowy powinien zostać zaklasyfikowany jako *Werkvertrag* (umowa o dzieło) czy *Dienstvertrag*. W tym zakresie uznaje się, że jeżeli istotą usługi świadczonej na podstawie danego kontraktu jest np. doradztwo i zapewnianie informacji, to będzie on uznany za drugi z ww. stosunków obligacyjnych³⁸².

Ponadto, w BGB została również uregulowana umowa zlecenia. W literaturze zauważa się, że na sposób stypizowania tego kontraktu w ustawodawstwie niemieckim wpłynęły potrzeby obrotu cywilnoprawnego, wyznaczone przez rozwój przedsiębiorstw, które swym zasięgiem zaczynały obejmować więcej niż jeden kontynent. Wraz z tymi procesami wystąpiła potrzeba wyodrębnienia pełnomocnictwa jako samodzielnej instytucji prawa cywilnego³⁸³. W tym zakresie zlecenie wyraźnie oddzielono od przedstawicielstwa (*Stellvertretung*), wyodrębnionego w prawie niemieckim jako instytucja samoistna, uregulowana w odrębnej grupie przepisów³⁸⁴. Doszło w ten sposób do swoistego odtworzenia w kodeksie niemieckim istoty rzymskiego *mandatum*, które co prawda nie zostało

³⁸¹ L. Ogiegło, *Usługi...*, s. 91

³⁸² PEL SC, s. 150

³⁸³ W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 20

³⁸⁴ Z. Żabiński, *Pojęcie zlecenia w projektach kodeksu cywilnego*, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 1963, nr XVI, s. 12

osiągnięte na skutek bardziej wnikliwego zbadania zachowanych źródeł prawa rzymskiego, lecz z powodu konfrontacji sztucznie ukształtowanych rozwiązań z wymaganiami praktyki.

W ramach analizy niemieckiego sposobu uregulowania umowy zlecenia warto zwrócić uwagę na obligatoryjną nieodpłatność tej umowy, która została wpisana do ostatecznej wersji BGB, mimo, że w pierwszych projektach zlecenie było uregulowane jako umowa odpłatna³⁸⁵. Zgodnie z § 662 przez przyjęcie zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do nieodpłatnego wykonania powierzonej mu przez zleceniodawcę czynności na jego rzecz³⁸⁶. Konieczność świadczenia czynności pod tytułem darmym na podstawie tej umowy stała się zapewne przesłanką zakwalifikowania jej w literaturze niemieckiej do grupy „niezpełnych dwustronnych stosunków obligacyjnych” (*ein unvollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis*), co dodatkowo uzasadnia się wskazując na fakt, że ryzyko niewykonania zlecenia, poza obowiązkiem dochowania staranności ze strony zleceniobiorcy³⁸⁷, jest udziałem zleceniodawcy.

W zakresie przedmiotowym zlecenia w ujęciu kodeksu niemieckiego znajduje się świadczenie czynności, zarówno prawnych jak i faktycznych, polegających na działaniu w sprawie stanowiącej przedmiot zainteresowania, czy wręcz troski, innej osoby³⁸⁸. Wynika stąd, że zlecenie w BGB zostało spośród innych umów o podobnym charakterze, czyli *Dienstvertrag* czy *Werkvertrag*, wyodrębnione w oparciu o kryterium inne niż przedmiotowe, czyli właśnie wspomnianą nieodpłatność – ewentualna odpłatność umowy na warunkach zlecenia, według prawa niemieckiego, skutkuje kwalifikacją danej więzi zobowiązaniowej jako kontraktu innego typu³⁸⁹. Sposób uregulowania zlecenia w prawie niemieckim, oraz fakt że nie jest to jedyny typ umowy o świadczenie usług w prawie niemieckim, wpłynął też na umiejscowienie materii normatywnej dotyczącej tej instytucji w BGB³⁹⁰.

Kolejną kodyfikacją, która może stanowić przykład interesującej regulacji kwestii świadczenia usług jest szwajcarskie *Obligationenrecht*. W literaturze podkreśla się, że

³⁸⁵ R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 420

³⁸⁶ W brzmieniu oryginalnym: „Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen“.

³⁸⁷ K. Cosack, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Jena 1922, s. 611, cyt. za Z. Żabiński, *Pojęcie zlecenia...*, s. 12

³⁸⁸ A. Całus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 350

³⁸⁹ *Ibidem*

³⁹⁰ L. Ogiegło, *Usługi...*, s. 142

regulacja zlecenia w szwajcarskim prawie zobowiązań stanowi „kolejny etap rozwojowy instytucji zlecenia ukształtowanej w prawodawstwie niemieckim”³⁹¹. Niemniej jednak, należy podkreślić, że ustawodawca szwajcarski nie zdecydował się na nadanie pojęciu „usługa” rangi wyrażenia z zakresu języka prawnego i wszelkie odpowiednie konstrukcje, które zostały zawarte w tym akcie prawnym odwołują się do świadczenia pracy. Nawet zlecenie (*der Auftrag*) jest w szwajcarskim prawie zobowiązań ujęte jako odmiana umowy o pracę. Umowa ta została uregulowana w XIII tytule *Obligationenrecht* w art. 394-418. Zgodnie z art. 394 ust. 1 przez przyjęcie zlecenia zleceniobiorca zobowiązuje się do wykonania powierzonych mu czynności lub prac zgodnie z umową³⁹². Ponadto w ustępie 2 tego przepisu znajduje się nakaz stosowania przepisów o zleceniu do wszelkich nieuregulowanych tą ustawą umów o świadczenie pracy. Między innymi to rozwiązanie zostało powielone następnie w polskim kodeksie zobowiązań z 1933 r., który jak to podkreśla się w polskiej literaturze cywilistycznej, był wzorowany na szwajcarskiej kodyfikacji prawa zobowiązań³⁹³.

II. 4 Świadczenie usług w przepisach kodeksu zobowiązań i kodeksu cywilnego

II.4.1 Umowa zlecenia według kodeksu zobowiązań

Przechodząc do omówienia polskich rozwiązań w dziedzinie świadczenia usług należy powołać przepisy wspomnianego już powyżej Kodeksu zobowiązań. W doktrynie nie bez podstawy wskazuje się, że główny wpływ na właściwe przepisy k.z. wywarły, w tym zakresie, regulacje szwajcarskie, w których to umowa zlecenia jest umową o świadczenie czynności zarówno faktycznych jak i prawnych³⁹⁴.

Zgodnie z art. 498 § 1 k.z. przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności dla dającego zlecenie. Użycie

³⁹¹ L. Ogiegło, *Usługi...*, s. 141

³⁹² W brzmieniu oryginalnym: „Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen“.

³⁹³ L. Ogiegło, *Usługi...*, s. 141 i cytowana tam literatura.

³⁹⁴ Niemniej jednak należy zwrócić uwagę na fakt, że w projekcie k.z. z 1933 r. zlecenie było ujęte w sposób wąski i na wzór francuskiego kodeksu cywilnego ograniczało przedmiot tej umowy do świadczenia jedynie czynności prawnych. Zob. L. Ogiegło [w:] A. Brzozowski, J. Frąckowiak, W. J. Katner, J. Napierała, M. Nesterowicz, L. Ogiegło, A. Olejniczak, J. Pisuliński, E. Rott-Pietrzyk, M. Stec, L. Stecki, A. Stelmachowski, J. Strzępka, *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, t. 7, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2004, s. 436, Nb. 8.

przez ustawodawcę ogólnego określenia czynność wskazuje, że przedmiotem umowy może szeroki zakres działań obejmujących np. wygłoszenie referatu, odegranie utworu muzycznego, czynności adwokackie (np. reprezentowanie przed sądem) albo lekarskie czy powierzenie prowadzenia jakiejś sprawy³⁹⁵.

Odnosząc się do kwestii stosowania przepisów o zleceniu do innych umów należy zwrócić uwagę na fakt, że konstrukcja umowy zlecenia, za sprawą art. 498 § 2 k.z., funkcjonowała jako swoista „klapa bezpieczeństwa”³⁹⁶, czyli zbiór norm mających zastosowanie do umów o świadczenie usług, które są „nieuregulowane jako szczególny rodzaj umowy”. Przy tym, z uwagi na szerokie ujęcie zlecenia w k.z., wskazuje się, że przepis ten stanowiący ogólną regułę subsydiarną zamieszczoną w ustawie tylko na potrzeby rzeczywiście wyjątkowych stosunków zobowiązaniowych („normą stworzoną na wszelki wypadek”), nie doczekał się szczegółowej analizy obejmującej próbę sformułowania „przekonywującej egzemplifikacji konkretnych umów i zobowiązań podpadających pod ten przepis”³⁹⁷. W tym kontekście podawane w literaturze przykłady zastosowania opisywanego przepisu takie jak „zobowiązanie się do bezpłatnego pełnienia pracy” albo „nieodpłatną umowę o dzieło” ocenia się jako niewystarczające dla uzasadnienia konieczności wprowadzenia takiego przepisu do materii kodeksowej³⁹⁸. Ocena ta, w kontekście prezentowanego uzasadnienia jest warta wzięcia pod uwagę. Przy czym, podczas gdy argument o niedostosowaniu regulacji dotyczących zlecenia, jako skonstruowanych dla potrzeb określonego typu umowy i stosunku zobowiązaniowego, do „nieodpłatnej umowy o dzieło” należy uznać w całej rozciągłości, to pogląd, poddający w wątpliwość możliwość nieodpłatnego świadczenia pracy bez popadania w konflikt z przepisami o wycisku i bezpodstawnym wzbogaceniu³⁹⁹, w kontekście obserwowanego obecnie wzrostu popularności tzw. wolontariatu, stracił na aktualności. Jednakże, opierając się wyłącznie na przykładach prezentowanych w literaturze okresu obowiązywania k.z. można przytoczyć szereg konstrukcji wymagających zastosowania tego przepisu. Będą to stosunki zobowiązaniowe, z których każda ze stron zobowiązuje się do typu świadczenia klasyfikowanego jako *facere, non-facere* czy też *pati*. W tym kontekście warto odwołać się umowy opisywanej przez Romana Longchamps de Berier, który

³⁹⁵ J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Poznań 1948, s. 149, Z. Żabiński, *Pojęcie zlecenia...*, s. 12

³⁹⁶ W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 57

³⁹⁷ L. Ogiegło, *Usługi...*, s. 143

³⁹⁸ *Ibidem*, s. 144

³⁹⁹ *Ibidem*

podając przykład zobowiązania, w którym świadczeniem głównym będzie świadczenie typu *non-facere* wskazał na umowę o powstrzymanie się od grania na fortepianie⁴⁰⁰. Jeżeli strona powstrzymująca się od działania, w podanym powyżej przykładzie dokonałaby tego odpłatnie – wówczas zachodziłaby umowa zlecenia. Jeżeli dokonano by tego nieodpłatnie – mielibyśmy do czynienia z „nieprzekonywującym” przykładem uzasadniającym zastosowanie art. 498 § 2 k.z. Natomiast, wydaje się, że przypadek powstrzymania się od grania na fortepianie w zamian za powstrzymanie się np. od grania na tamburynie (*non-facio ut non-facias*) stanowi rodzaj sytuacji uzasadniający konieczność umieszczenia w ustawie opisywanego przepisu. Mając na względzie, że podany przykład opiera się raczej na zdarzeniach wyjątkowych można wskazać na szerszy krąg sytuacji, które musiały bardzo często występować pod rządami k.z. (skoro występowały już w czasach antycznych) np. w stosunkach sąsiedzkich pomiędzy rolnikami tj. wymianę usług polegającą na wzajemnym pomaganiu sobie przy zbiorach.

Konsekwencją umieszczenia w k.z. art. 498 § 2 jest zakres zastosowania przepisów o zleceniu. Przede wszystkim regulują one te umowy, których cechy konstytutywne pozwalają na zakwalifikowanie ich jako umów zlecenia. Poza tym, stanowią one również materię normatywną regulującą umowy o świadczenie usług, nie uregulowane jako szczególny rodzaj umowy⁴⁰¹. Ponadto, w literaturze prawniczej z okresu obowiązywania k.z. wskazywano, że przepisy o zleceniu znajdą również zastosowanie do określenia zasad świadczenia usług przez członków zarządu „jakiegokolwiek organizacji” wykonujących swe zadania nieodpłatnie lub członków rad nadzorczych nie pobierających stałego wynagrodzenia⁴⁰².

II.4.2 Rola umowy zlecenia według kodeksu zobowiązań w gospodarce socjalistycznej

Przed przystąpieniem do opisania poglądów przedstawicieli socjalistycznej nauki prawa w kwestii sposobu uregulowania umów o świadczenie usług należy wskazać na znaczenie pracy w aksjologii państwa socjalistycznego. Była ona postrzegana jako jedyne źródło egzystencji człowieka oraz podstawa „bogactwa społecznego”⁴⁰³, co

⁴⁰⁰ R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania* (wydanie anastatyczne), Poznań 1999, s. 27

⁴⁰¹ L. Ogiegło, *Usługi...*, s. 149

⁴⁰² J. Górski, *op. cit.*, s. 149

⁴⁰³ W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 52

niewątpliwie wskazuje na to, że obowiązująca ideologia, w znacznej mierze, determinowała rozwiązania prawne przyjęte w tym zakresie.

Według przepisów Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1952 r.⁴⁰⁴ przysługujące obywatelom prawo do pracy („prawo do zatrudnienia za wynagrodzeniem według ilości i jakości pracy”) zajmowało naczelne miejsce w katalogu praw socjalnych. Zgodnie z art. 58 ww. ustawy przedmiotowe uprawnienia obywateli były skorelowane z obowiązkiem państwa do zapewniania pracy każdemu, kto jej poszukiwał, co powszechnie interpretowano jako konieczność prowadzenia polityki pełnego zatrudnienia⁴⁰⁵. Potwierdzenie takiej wykładni stanowiła treść art. 14 ówczesnej ustawy zasadniczej, według którego praca była nie tylko prawem, lecz również „obowiązkiem i sprawą honoru każdego obywatela”. Norma konstytucyjna sformułowana we wspomnianym art. 58 była uznawana przez przedstawicieli nauki prawa socjalistycznego za podstawę do sformułowania koncepcji „domniemania na rzecz umowy o pracę”, którą rozumiano jako konieczność uznawania za umowę o pracę wszystkich tych stosunków prawnych, co do których istnieje wątpliwość czy uczestniczące w nich strony chciały zawrzeć umowę o pracę czy umowę cywilnoprawną⁴⁰⁶. Wywiedzione z konstytucji domniemanie przedstawiciele doktryny, w niektórych przypadkach, musieli skonfrontować z normą art. 498 § 2 k.z. Zgodnie z tym przepisem umowy o świadczenie usług nieuregulowane jako szczególny rodzaj umowy podlegały przepisom o zleceniu. W związku z tym w przypadku stosunków zobowiązaniowych, co do których na podstawie oświadczeń woli stron, nie można było jednoznacznie przesądzić o reżimie prawnym znajdującym zastosowanie do danego kontraktu, zachodziła wątpliwość czy stosować przepisy o zleceniu czy też należy domniemywać istnienie stosunku pracy. W tym zakresie pierwszeństwo dawano oczywiście domniemaniu umowy o pracę, co uzasadniano nie tylko wskazaniem na hierarchię norm prawnych⁴⁰⁷, lecz również powołaniem

⁴⁰⁴ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22 lipca 1952 r. (Dz. U. z 1952 r. Nr 33 poz. 232)

⁴⁰⁵ F. Siemieński, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa-Poznań 1978, s. 145, J. Mrówczyńska, *Społeczno-ekonomiczne warunki realizacji prawa do pracy w PRL*, Poznań 1997, s. 12 cyt. za A. Dral, *Powszechna ochrona trwałości stosunku pracy: tendencje zmian*, Warszawa 2009, s. 148

⁴⁰⁶ W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 52

⁴⁰⁷ W okresie powojennym do czasu wejścia w życie ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. Nr 24 poz. 141) tj. do dnia 1 stycznia 1975 r. umowa o pracę była uregulowana w przepisach kodeksu zobowiązań. W tym kontekście można zwrócić uwagę na fakt, że artykuły dotyczące tej instytucji rozpoczynały Tytuł XI k.z. poświęcony umowom o świadczenie usług. Natomiast, umowa zlecenia ujęta była w art. 498 k.z. i n. Tę kolejność można zinterpretować jako ustanowienie przez ustawodawcę z okresu

argumentów o charakterze ideologicznym opartych na szczególnej roli pracy w systemie aksjologicznym państwa ludowego⁴⁰⁸. Nie oznaczało to jednak, że przepisy nakazujące stosowanie regulacji dotyczącej umowy zlecenia ulegały derogacji w każdej sytuacji. Ich zastosowanie wyłączało jedynie wtedy, kiedy zachodziła choćby „drobna przesłanka istnienia prawnego stosunku pracy”, a w przypadku wykluczenia istnienia tego stosunku wątpliwości dotyczące kwalifikacji umów cywilnoprawnych rozstrzygano na rzecz zlecenia⁴⁰⁹.

Drugą okolicznością wpływającą na postrzeganie problematyki świadczenia usług w nauce prawa za czasów Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej było, oparte na przepisach konstytucji⁴¹⁰, przekonanie o tym, że praca bezpośrednio związana z produkcją ma pierwszorzędne znaczenie dla życia gospodarczego w państwie ludowym⁴¹¹. Jednocześnie należy zauważyć, że pogląd nie jest wyłącznie pochodną ideologii socjalistycznej, lecz stanowi również trafny wniosek wynikający z obserwacji stosunków gospodarczych okresu industrialnego, w którym największe znaczenie dla gospodarki ma działalność sektora przemysłu. Odwołując się do poglądów przytoczonych w pierwszym rozdziale niniejszej pracy, można stwierdzić, że ten okres dziejów w historii naszego państwa wykazywał cechy epoki industrialnej, w której zgodnie z teorią trzech sektorów, usługi pełnią służebną rolę względem sektora przemysłu. Prawidłowości te dostrzegano również w literaturze tamtego okresu, zarówno ekonomicznej jak i prawniczej. W tym kontekście stwierdzano, że miarą stopnia rozwoju ekonomicznego, znajdującą zastosowanie również w odniesieniu do państw socjalistycznych, jest „rola gałęzi usługowych w ramach społecznego podziału pracy”⁴¹². Natomiast, wśród wskaźników informujących o roli usług wymieniano m.in. wysokość dochodu narodowego *per capita* w odniesieniu do udziału wydatków na dobra tego rodzaju w ogólnej strukturze wydatków gospodarstw domowych oraz procent dochodu narodowego wygenerowany przez sektor usług, a

międzywojennego swoistej hierarchii kontraktów mających za przedmiot usługi, wśród których umowę o pracę umieszczono na pierwszej pozycji ze względu na jej społeczne znaczenie.

⁴⁰⁸ W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 53

⁴⁰⁹ *Ibidem*

⁴¹⁰ Zgodnie z art. 9 Konstytucji PRL nieustanny wzrost produkcji przemysłu państwowego, który miała zapewnić Polska Rzeczpospolita Ludowa był środkiem realizacji celu opisanego jako „planowe wzmacnianie spójni gospodarczej między miastem i wsią na podstawie braterskiej współpracy robotników i chłopów”.

⁴¹¹ W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 76

⁴¹² L. Ogiełło, *Usługi...*, s. 45 i cyt. tam literatura.

także dynamikę wzrostu liczby osób w nim zatrudnionych⁴¹³. Ponadto, należy wspomnieć, że relacja dochodu narodowego *per capita* i sumy wydatków na usługi była uważana za najbardziej precyzyjną miarę zależności pomiędzy stanem rozwoju gospodarki a stanem rozwoju sektora usług, co do której zauważano, że znajduje zastosowanie również w literaturze zachodniej, a jednocześnie podkreślano, zapewne tytułem samousprawiedliwienia się, iż wskaźnik ten w przypadku gospodarek socjalistycznych osiąga wartości nieporównywalne do tych uzyskiwanych w państwach kapitalistycznych, gdyż „szeroki wachlarz usług w państwie socjalistycznym jest objęty akcją świadczenia bezpłatnego lub częściowo tylko odpłatnego ze strony ludności”⁴¹⁴.

W kontekście charakterystyki ówczesnych relacji ekonomicznych wskazywano, że w „ramach zadań planowych jednostek gospodarki uspołecznionej” wykonywano „głównie czynności związane bezpośrednio z produkcją i jej rozprowadzaniem pomiędzy społeczeństwo oraz z eksportem, a także budownictwem”, które w obrocie prawnym przybierały formę wykonywania umów sprzedaży, dostawy, o dzieło i przewozu⁴¹⁵. W tym stanie rzeczy umowa zlecenia jako źródło zobowiązania związanego z „nieucieleśnionym rezultatem pracy” była wykorzystywana w obrocie zdecydowanie rzadziej niż powyżej wspomniane kontrakty z uwagi na fakt luźniejszego związania z czynnościami produkowania niż stosowane wówczas umowy o zobowiązanie „ucieleśnionego rezultatu”⁴¹⁶.

Mając na względzie powyższe uwarunkowania, nie jest zaskakującym uznanie w literaturze prawniczej okresu socjalizmu umowy zlecenia za „uboczną formę prawnego uregulowania stosunku pracy w państwie ludowym”, za której przedmiot uważano m.in. wykonywanie przez obywatela na rzecz jednostki uspołecznionej pracy określonej nie indywidualnie, lecz rodzajowo⁴¹⁷. W tym zakresie zlecenie było stosowane wtedy, kiedy angażowanie pracownika na pełny etat było zbyt kosztowne, a dla ułożenia jego relacji z usługobiorcą wystarczyło „umówienie się o wykonywanie wszelkich czynności, jakie mogą się zdarzyć w zakresie określonej specjalności”⁴¹⁸.

⁴¹³ *Ibidem*

⁴¹⁴ W. Spruch, *Rozwój usług [w:] Polityka gospodarcza Polski Ludowej, cz. II, Warszawa 1965, s. 140 cyt. za L. Ogiegło, Usługi..., s. 45*

⁴¹⁵ W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 76

⁴¹⁶ W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 76

⁴¹⁷ *Ibidem*, s. 78

⁴¹⁸ *Ibidem*

Wśród przykładów takiej współpracy wymieniano umowy z lekarzem zakładowym, radcą prawnym czy grafikiem wykonującym projekty nowych opakowań, które nie podpadały pod umowę o pracę z uwagi na brak określenia obowiązku świadczenia usług normą pracy wyznaczoną dla danej kategorii pracowników, ani czasem trwania tej pracy, lecz obowiązkiem wykonywania wszelkich prac wchodzących w zakres danej specjalności zawodowej, które mogą się zdarzyć na terenie danej instytucji⁴¹⁹. Czynności zakładowego lekarza albo radcy prawnego nie mogłyby być też świadczone na podstawie umowy o dzieło, ponieważ umowy te nie opiewały na osiągnięcie „ucieleśnionego rezultatu pracy”, ale na każdorazowe osiąganie rezultatów, w sytuacjach, gdy zajdzie taka potrzeba, co upodobniało zlecenie zastosowane w takich okolicznościach do umowy o pracę, w której obowiązki pracownika sprowadzają się do wykonywania poszczególnych sztuk określonego przedmiotu⁴²⁰.

Podsumowując dotychczasową prezentację, należy przytoczyć pogląd doktryny socjalistycznej według, którego umowa zlecenia w realiach gospodarczych państwa ludowego, mogło służyć świadczeniu: czynności określonych indywidualnie, które nie prowadziły do powstania „ucieleśnionego rezultatu”; czynności określonych indywidualnie, których ucieleśniony rezultat nie jest obiektywnie pewny (czynności z zakresu kontroli, nadzoru, pilnowania, poszukiwania, odtwarzania utworów artystycznych); czynności określonych rodzajowo, nie dających się zakwalifikować jako objęte stosunkiem pracy⁴²¹. Ponadto, w warunkach gospodarki socjalistycznej możliwe było zawieranie tej umowy pomiędzy obywatelami również bez zastrzeżenia odpłatności, co było w zasadzie wykluczone w przypadku jednostek gospodarki społecznej⁴²².

II.4.3 Zmiana regulacji zlecenia po roku 1965

Po drugiej wojnie światowej w polskich środowiskach prawniczych starły się ze sobą dwie koncepcje prawa zobowiązań. Pierwsza, którą można określić mianem reformatorskiej, opierała się na akcentowaniu konieczności wprowadzenia zmian na niwie regulacji kodeksowej stosunków zobowiązaniowych zdeteminowanych przez

⁴¹⁹ *Ibidem*, s. 78-79

⁴²⁰ *Ibidem*, s. 79

⁴²¹ *Ibidem*, s. 80

⁴²² *Ibidem*

przeobrażenia w strukturze politycznej, społecznej i gospodarczej⁴²³. Druga, którą można opisać jako zachowawczą, wskazywała na konieczność wykorzystania dotychczasowego dorobku polskiej myśli prawniczej objawiającej się nie tylko w materii normatywnej samego kodeksu, lecz również w orzecznictwie i doktrynie, wypracowanych przez lata stosowania tego aktu prawnego⁴²⁴. Wydaje się, że z korzyścią dla polskiego prawa prywatnego zwyciężyła druga koncepcja, a zmiany, których wprowadzenie zostało wymuszone przez nowe uwarunkowania polityczno-ustrojowe nie doprowadziły do deformacji rozwiązań o przedwojennym rodowodzie.

Mimo dominującej roli, jaką w gospodarce państwa ludowego, odgrywała umowa o pracę (ze względu na pozycję pracy w hierarchii wartości ideologii socjalistycznej) oraz umowy o zobowiązanie „ucieleśnionego rezultatu” przedstawiciele doktryny opowiadali się za utrzymaniem w ustawodawstwie PRL umowy zlecenia w takiej postaci, w jakiej uregulowano ją w k.z., uzasadniając to jej szerokim zastosowaniem w praktyce obrotu prawnego⁴²⁵.

W tym kontekście zdziwienie może budzić fakt, że już w wersji projektu k.c. opracowanej po drugiej wojnie światowej⁴²⁶ uregulowano umowę zlecenia jako zobowiązującą przyjmującego zlecenie do określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie. Ponadto, w tym projekcie dodano nowy tytuł zawierający „przepisy ogólne o niektórych umowach o świadczenie usług”, w których powtórzono rozwiązania z k.z. zakładające odpowiednie stosowanie do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane odrębnymi przepisami, regulacji poświęconych zleceniu⁴²⁷.

Mimo, że pierwszy powojenny projekt k.c. spotkał się z ostrą krytyką jako anachroniczny oraz przygotowany „w stylu nowoczesnych kodyfikacji

⁴²³ A. Wolter, *op. cit.*, s. 36

⁴²⁴ *Ibidem*

⁴²⁵ W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 147

⁴²⁶ Odnośnie daty opracowania pierwszego po drugiej wojnie światowej projektu k.c. w literaturze przedmiotu można odnotować pewne rozbieżności. Podczas, gdy Z. Żabiński wspomina o projekcie kodeksu z 1947 r. (Z. Żabiński, *Pojęcie zlecenia...*, s. 13), to S. Grodziski powołuje się jedynie na zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z 18 lutego 1947 r. w sprawie powołania komisji dla opracowania projektu jednolitego Kodeksu cywilnego, którego następstwem było opublikowanie w ciągu 1948 r. i pierwszej połowy 1949 r. projektów poszczególnych ksiąg kodeksu zawierających przepisy ogólne, prawa rodzinnego, zobowiązań, prawa rzeczowego (S. Grodziski, *Prace nad kodyfikacją...*, s. 27- 28). Z uwagi na fakt, że obaj autorzy podają taki sam powód zaniechania prac nad projektem, należy przypuszczać, że opisywali ten sam dokument, a określenie podawane przez Z. Żabińskiego tj. „projekt kodeksu z 1947 r.” należy raczej rozumieć jako kodeks opracowany według planu z 1947 r. Pośrednio potwierdza to sformułowanie użyte przez J. Skąpskiego, który odnosząc się do tej wersji projektu k.c. używa określenia „projekt z lat 1947-1949”. Zob. J. Skąpski, *Blaski i cienie kodyfikacji oraz jej perspektywy*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1992, z. 1-4, s. 62.

⁴²⁷ Z. Żabiński, *Pojęcie zlecenia...*, s. 13

burżuazyjnych” i w sposób nieuwzględniający zmian w strukturze społeczno-gospodarczej kraju⁴²⁸, to w kolejnej wersji projektu k.c. z 1954 r. uregulowano umowę zlecenia w analogiczny sposób – jako zobowiązującą przyjmującego zlecenie do określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie. Wprawdzie w następnej wersji projektu opublikowanej w 1955 r. powrócono do koncepcji zlecenia wzorowanej na k.z., to jednak w kolejnych wersjach projektu tej ustawy (z 1960 r., z 1961 r., i z 1962 r.) ponownie ograniczono przedmiot umowy zlecenia do „dokonania określonej czynności prawnej”⁴²⁹. Ponadto, od 1960 r. nastąpiło przeniesienie przepisu nakazującego stosowanie regulacji zlecenia do innych umów o świadczenie usług z pierwszego do jednego z ostatnich artykułów odpowiedniego tytułu ustawy⁴³⁰. Takie rozwiązanie interpretowano jako podkreślenie różnic pomiędzy aktualnym a proponowanym brzmieniem przepisu odsyłającego, w którego treści zakładano odpowiednie stosowanie przepisów o zleceniu⁴³¹. Ostatecznie w przyjętym tekście k.c. umowa zlecenia została uregulowana jako kontrakt mający za przedmiot dokonanie określonej czynności prawnej, co zostało odebrane jako przyjęcie rozwiązań inspirowanych tradycyjną koncepcją francuską w miejsce „pięknie rozwiniętej instytucji zlecenia” w k.z.⁴³².

Przyczyn ograniczenia zastosowania umowy zdefiniowanej w art. 734 § 1 k.c. do czynności prawnych trudno dopatrywać się wyłącznie w uwarunkowaniach ideologicznych. Obszerna argumentacja przedstawiona przez W. Ludwiczaka w

⁴²⁸ Określenie projektu mianem burżuazyjnego było w tym okresie poważnym zarzutem, a fakt, że ocena ta została dokonana przez głównego redaktora większości ksiąg projektu J. Wasilkowskiego (J. Wasilkowski, Kodyfikacja prawa cywilnego w Polsce, Nowe Prawo 1950, nr 12, s. 3 i 4) interpretuje się jako akt samokrytyki. Zob. S. Grodziski, Prace nad kodyfikacją..., s. 28. Prawdopodobnie w projekcie, który w znacznej mierze opierał się na dorobku przedwojennej Komisji Kodyfikacyjnej, nie zawarto rozwiązań wynikających z przebudowy ustroju społecznego w kierunku socjalizmu, co musiało wzbudzić czujność przedstawicieli władz, skłaniającą ich do stanowczej reakcji. Jej rezultatem było sformułowanie poglądu, zgodnie z którym prawo cywilne miało stać się czynnikiem przyspieszającym budowę ustroju socjalistycznego i w związku z tym istniejące projekty wymagały istotnych zmian w odniesieniu do założeń ideologicznych. Zob. S. Grodziski, Prace nad kodyfikacją..., s. 28

⁴²⁹ S. Wójcik, Umowa..., s. 302-303

⁴³⁰ Z. Żabiński, Pojęcie zlecenia..., s. 13

⁴³¹ *Ibidem*

⁴³² *Ibidem*, s. 14. Wskazanie przez Z. Żabińskiego zwyczajstwa koncepcji francuskiej można śmiało uznać za eufemizm wobec wcześniej stwierdzonych, w cytowanym artykule, podobieństw w zakresie rozwiązań prawnych dotyczących zlecenia w systemie francuskim i systemach prawnych socjalistycznych republik radzieckich (m.in. rosyjskiej i ukraińskiej) Zob. *Ibidem*, s. 12. Dążenie do powielania rozwiązań radzieckich, które miały stanowić „drogowskaz naszych prac kodyfikacyjnych”, również na niwie prawa prywatnego było w tamtym okresie, z oczywistych względów, odczuwalne (np. wprowadzenie specjalnej zdolności osób prawnych, regulacja instytucji prawa własności czy wyodrębnienie prawa rodzinnego z k.c. na wzór aktualnego radzieckiego prawa rodzinnego). Zob. J. Skąpski, Kodeks cywilny z 1964 r. ..., s. 64-67 i S. Grzybowski, Zagadnienia kodyfikacji..., s. 104

zasadzie uniemożliwiła wystosowanie tezy, zgodnie z którą zlecenie w ujęciu k.z. stanowi relikw ustawaodawstwa burżuazyjnego, a w prawie państwa ludowego umowa ta powinna służyć tylko świadczeniu czynności prawnych. O tym, że argumenty takie zapewne nie były podnoszone świadczy fakt, że w stanowiącej pod wieloma względami wzór dla pozostałych państw bloku socjalistycznego Rosyjskiej Federacyjnej Socjalistycznej Republice Radzieckiej przyjęto k.c. z umową zlecenia początkowo ograniczonego tylko do czynności prawnych, jednakże już cztery lata po wejściu w życie tego aktu prawnego (w 1926 r.), pod wpływem praktyki wprowadzono rozwiązania, które umożliwiały zawieranie umów mających za przedmiot również czynności faktyczne⁴³³.

Wobec powyższego przyjęcie koncepcji umowy zlecenia ograniczonego do czynności prawnych należy tłumaczyć zdolnością wywarcia większych wpływów na proces ustawodawczy ze strony zwolenników wąskiego ujęcia zlecenia takich jak F. Zoll, który opowiadał się za zdefiniowaniem umowy zlecenia jako umowy o załatwienie czynności o znaczeniu prawnym dla drugich rozumianych jako nabywanie, utrzymywanie, obrona, zabezpieczenia, wykonywanie, zmienianie, umarzanie praw albo obowiązków⁴³⁴.

Ograniczanie zastosowania zlecenia wyłącznie do czynności prawnych było krytykowane jako „świadome, czy też może nieświadome” trzymanie się wzorców rzymskich, według których umocowanie jednej osoby do działania na rzecz innej mogło realizować się tylko w ramach stosunków kontraktowych⁴³⁵.

Ponadto, w doktrynie formułowane są również opinie, zgodnie z którymi regulacja zlecenia przyjęta w k.c. stanowiła nie tylko przystosowanie tej umowy do nowych potrzeb, lecz również była efektem wyeliminowania niedoskonałości techniczno-prawnych, którymi były obarczone odpowiednie rozwiązania k.z.⁴³⁶. Za wadliwe w tym kontekście uważano w szczególności brzmienie art. 498 k.z., które obejmowało swym zakresem wszelkie umowy o świadczenie usług i poważnie utrudniało odgraniczenie umowy zlecenia od innych umów nazwanych⁴³⁷.

⁴³³ W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 146

⁴³⁴ F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie*, Warszawa 1948, s. 407 cyt. za W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 24

⁴³⁵ Tak W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 24

⁴³⁶ L. Ogiegło, *System...*, s. 436, Nb. 9 i cyt. tam literatura.

⁴³⁷ *Ibidem*, s. 436-437

Niewątpliwe obecne ujęcie umowy zlecenia stanowi m.in. przejaw nadmiernego konserwatyizmu w postrzeganiu problematyki świadczenia usług w ramach stosunków obligacyjnych, który sprawia, że obowiązujące rozwiązania skonstruowane są przy wykorzystaniu rozwiązań, które na szerszą skalę wykorzystywano w kodyfikacjach z początku XIX w.

II.4.4 Umowy o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c.

Z uwagi na fakt, że w przepisach k.c. przyjęto odmienną względem k.z. koncepcję umowy zlecenia, problematyka świadczenia usług w przepisach pierwszego ze wspomnianych aktów prawnych znacznie odbiega od rozwiązań obowiązujących do 1 stycznia 1965 r. Wyrazem tego jest art. 734 § 1 k.c., zgodnie z którym przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie⁴³⁸. Brzmienie tego przepisu nie pozostawia wątpliwości, że przedmiotem stypizowanej w nim umowy może być tylko zobowiązanie do dokonania czynności prawnej. O tym, że jest to rozwiązanie zdecydowanie niepraktyczne świadczą podejmowane w doktrynie próby wyodrębnienia, w ramach regulacji kodeksowej, umów zlecenia w znaczeniu wąskim (objętych zakresem art. 734 § 1 k.c.) oraz umów zlecenia w znaczeniu szerokim, czyli tych o których mowa w art. 750 k.c.⁴³⁹. Nie podejmując w tym miejscu rozprawy kwestii zasadności takiego ujęcia, należy podkreślić, że pod rządami k.c. w celu odniesienia się do pojęcia świadczenia usług nie wystarczy poprzestać na powołaniu umowy zlecenia, lecz należy poddać gruntownej ocenie art. 750 k.c. ponieważ

⁴³⁸ W tym kontekście warto zauważyć, że w literaturze prezentowane są dwa stanowiska w odniesieniu do znaczenia sformułowania „czynności prawna” w rozumieniu tego przepisu. W ujęciu szerokim przyjmuje się, że desygnatem tej nazwy jest każda czynność konwencjonalna wywołująca skutki prawne (czyli np. czynność procesowa). Natomiast w ujęciu wąskim opisywane określenie będzie odnosić się wyłącznie do czynności prawnych definiowanej w sposób przyjęty w prawie cywilnym materialnym. Zob. np. K. Topolewski, *Przedmiot zobowiązania z umowy zlecenia*, Warszawa 2015, s. 11–15 i cyt. tam lit.

⁴³⁹ K. Kołakowski, [w:] G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Zychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania.*, pod red. G. Bienka, Warszawa 1999, t. 2, s. 279. W literaturze przedmiotu występują również poglądy zbliżone, których autorzy nie posługują się jednak rozróżnieniem na umowę zlecenia w znaczeniu szerokim i wąskim. W tym kontekście można powołać stanowisko L. Ogiegły, który stwierdza, „że jeśli nawet przepis art. 734 § 1 k.c. ogranicza zakres stosowania przepisów o zleceniu do nieuregulowanych innymi przepisami umów o dokonanie czynności prawnej, to z mocy art. 750 k.c. zasięg tych przepisów zostaje rozszerzony również na pozbawione odrębnego uregulowania umowy o wykonanie czynności faktycznych. W rezultacie należy stwierdzić, że przepisy tytułu XXI księgi III k.c. odnoszą się do wszelkich nieuregulowanych przepisami szczególnymi umów zobowiązaniowych, jeśli mają one za przedmiot dokonanie czynności prawnej lub faktycznej.” Zob. L. Ogiegło, *Pojęcie usług i umów o świadczenie usług w ujęciu kodeksu cywilnego*, *Studia Iuridica Silesiana*, Katowice 1979, t. V, s. 147

większość stosunków obligacyjnych mających za przedmiot usługi i nawiązywanych w praktyce obrotu będzie podlegało regulacji tego artykułu. W tym kontekście znamienym jest, że wzrost znaczenia tych umów w praktyce, wpływający na częstotliwość ich zawierania sprawia, że są one nadal nazywane „umowami zlecenia” przy czym nazwa „umowa o świadczenie usług” potocznie prawie nie funkcjonuje – ten stan rzeczy powoływany jest jako przesłanka wyodrębnienia grupy umów określanych mianem „umów zlecenia w znaczeniu szerokim” przez zwolenników takiej klasyfikacji⁴⁴⁰.

Wobec konieczności określenia zakresu zastosowania art. 750 k.c. istnieje potrzeba wskazania typu stosunków zobowiązaniowych, które mogą być przedmiotem umowy o świadczenie usług w rozumieniu tego przepisu.

Przed przystąpieniem do analizy art. 750 k.c. warto przytoczyć poglądy doktryny dotyczące samego pojęcia usługi w ujęciu k.c.⁴⁴¹. Przedstawienie w tym miejscu odpowiednich rozważań wydaje się szczególnie istotne z uwagi na fakt, że we wspomnianej ustawie określenie to jest używane w sposób dość nieprecyzyjny. Zastosowane w szeregu przepisów pojęcie „usługi” występuje w kontekstach, z których trudno wyinterpretować szczegółowy zakres i treść tej nazwy⁴⁴². Niemniej jednak, uznaje się, że usługami nie są świadczenia polegające na zapłacie ceny albo wynagrodzenia, przeniesieniu praw albo oddaniu rzeczy lub prawa w czasowe używanie innej osobie⁴⁴³. W ujęciu k.c. są nimi natomiast wszelkie czynności wykonywane przez jedną osobę dla drugiej na podstawie zawartej między nimi umowy⁴⁴⁴. Ponadto, uznaje się, że treść pojęcia „usługi” w ujęciu k.c. odbiega od znaczenia nadanego temu słowu w języku potocznym oraz w terminologii ekonomicznej⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ K. Kołakowski, *Komentarz...*, s. 287

⁴⁴¹ Szerzej ujęte rozważania na ten temat przedstawiono w podrozdziale VII.1.1 niniejszej pracy.

⁴⁴² Określenie usługa występuje w art. 395 § 2 zd. 3 k.c. regulującym skutki wykonania prawa odstąpienia od umowy w wyrażeniu „Za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie”. Poza tym, termin ten występuje w definicji ustawowej umowy spedycji, czyli w art. 794 § 1 k.c., zgodnie z którym przedmiot zobowiązania spedytora stanowi wysłanie lub odbiór przesyłki albo dokonanie innych usług związanych z jej przewozem. Wreszcie w art. 846 § 1, art. 849 § 1, art. 850, 851 i 852 § 1 k.c. jest mowa o „osobach korzystających z usług hotelu lub podobnego zakładu”, a dodatkowo w art. 850 i 851 k.c. o „należnościach za dostarczone mieszkanie, utrzymanie i usługi”. Zob. L. Ogiegło, *Pojęcie usług...*, s. 140. Natomiast określenie „umowy o świadczenie usług” występuje tylko w jednym przepisie – art. 750 k.c.

⁴⁴³ L. Ogiegło, *Pojęcie usług...*, s. 140

⁴⁴⁴ *Ibidem*, s. 142

⁴⁴⁵ *Ibidem*, s. 148

Próby określenia znaczenia pojęcia „umowy o świadczenie usług” z art. 750 k.c. powinny zostać rozpoczęte od analizy art. 734 § 1 k.c. Interpretacja *a contrario* tego przepisu prowadzi do wniosku, że będą to umowy mające za przedmiot zobowiązanie do świadczenia usług polegających na dokonaniu czynności faktycznych. W doktrynie usługi takie określa się w sposób następujący: „Usługi te polegają na świadczeniu dla określonych osób i w ich interesie czynności przewidzianego rodzaju, bez uzależnienia faktu wykonania umowy od osiągnięcia wyniku wspomnianych czynności oraz bez powiązania ich świadczenia od łączącego strony stosunku służbowego lub stosunku pracy. Usługi powyższe nie powinny również stanowić usług wchodzących w zakres umów uregulowanych przepisami k.c. lub pozostałymi przepisami ustawowymi.”⁴⁴⁶. Innymi słowy odesłanie z art. 750 k.c. znajdzie zastosowanie do umów mających za przedmiot dokonanie usługi, która nie jest uregulowana ani w przepisach dotyczących kodeksowych umów nazwanych (np. umowy o dzieło, agencyjnej, komisji, przewozu, spedycji, przechowania, składu), ani w przepisach pozakodeksowych odnoszących się do umów (np. umowa o pracę)⁴⁴⁷.

Wobec powyższego, wśród przykładów umów, o których mowa w art. 750 k.c., wymienia się kontrakty stanowiące podstawę uzyskania świadczeń od takich przedsiębiorców jak prywatne zakłady lecznicze i opiekuńcze, prywatne placówki oświatowe, biura podróży, agencje reklamowe, kancelarie notarialne i adwokackie czy biura obsługi prawnej⁴⁴⁸. Ponadto, umowy te znajdują zastosowanie na wielu etapach realizacji inwestycji związanych z wykonywaniem robót budowlanych. W tym kontekście są one podstawą zaangażowania osób sprawujących nadzór autorski i inwestorski nad wykonywaniem robót budowlanych⁴⁴⁹. Niekiedy są to bardzo skomplikowane stosunki zobowiązaniowe, których kompleksowa regulacja została już wypracowana w praktyce obrotu (np. umowy o świadczenie usług inżyniera kontraktu według tzw. „Białej książki FIDIC”) wówczas możliwość stosowania do nich przepisów o zleceniu, z których większość ma charakter dyspozytywny, nie będzie miała dużego znaczenia praktycznego.

⁴⁴⁶ M. Sośniak, Umowy o świadczenie usług z artykułu 750 kodeksu cywilnego, Państwo i Prawo 1981, s. 65

⁴⁴⁷ K. Kołakowski, Komentarz..., s. 287 powołując wyrok SN z dnia 17 maja 1995 r., I PRN 14/95, OSNC 1995, nr 21, poz. 203.

⁴⁴⁸ K. Kołakowski, Komentarz..., s. 288

⁴⁴⁹ *Ibidem*

Szczególnie problematyczną kwestią związaną z odpowiednim stosowaniem przepisów do umów o świadczenie usług nieuregulowanych innymi przepisami jest zidentyfikowanie właściwych regulacji w przypadku kontraktów konstrukcyjnie odbiegających od zlecenia, a bardziej podobnych do innych stosunków obligacyjnych stypizowanych w k.c. W tym zakresie można zidentyfikować dwa przeciwstawne poglądy. Zgodnie z pierwszym, którego zwolennikami są m.in. M. Sośniak⁴⁵⁰, L. Ogiegło⁴⁵¹ i K. Osajda⁴⁵² art. 750 k.c. nie znajduje zastosowania do tych umów nienazwanych, których regulacja może zostać ustalona poprzez subsumcję kodeksowych przepisów typizujących inne umowy nazwane niż zlecenie, tj. umowę agencji, komisji, spedycji, rachunku bankowego, przechowania, przewozu albo składu czy innych. Warto podkreślić, że to stanowisko znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 28 października 1999 r.⁴⁵³ wskazano, że przepis art. 750 k.c. nie wyłącza stosowania, w drodze analogii do nienazwanych umów o świadczenie usług, przepisów regulujących określone typy umów nazwanych o świadczenie usług. Oznacza, to że w opinii Sądu Najwyższego, przepisy tytułu XXI księgi III k.c. mogą być stosowane na podstawie art. 750 k.c. do nienazwanych umów o świadczenie usług, tylko wtedy gdy nie można do nich subsumować przepisów regulujących analogiczną umowę nazwaną. Odnosząc te rozważania do sytuacji praktycznych można przytoczyć analizowany w literaturze przypadek ustalenia przepisów właściwych dla uregulowania nieodpłatnego wykonania dzieła. W opinii zwolenników przytoczonego powyżej stanowiska taki stosunek zobowiązaniowy powinien podlegać stosowanym *per analogiam* przepisom o umowie o dzieło. Uzasadniając ten pogląd po pierwsze wskazuje się na argumenty o charakterze teoretycznym, zgodnie z którymi wykonanie dzieła nie stanowi usługi, gdyż nie polega na czynieniu (*facere*), lecz na daniu (*dare*) określonego materialnego

⁴⁵⁰ M. Sośniak, Prawo cywilne i rodzinne w zarysie. Zobowiązania, t. II, Katowice 1986, s. 341.

⁴⁵¹ L. Ogiegło [w:] Z. Banaszczyk, A. Brzozowski, J. Mojak, L. Ogiegło, M. Pazdan, J. Pietrzykowski, K. Pietrzykowski, W. Popiołek, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, J. Szachulowicz, K. Zawada, Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450-1088, t. 2, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2009, s. 612

⁴⁵² K. Osajda, Umowy nienazwane w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego, Glosa 2006, Nr 4, s. 5

⁴⁵³ Wyrok Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z 28 października 1999 r. (II CKN 530/98), OSNC 2000, Nr 5, poz. 88. Wprawdzie teza tego orzeczenia dotyczy umowy o pośrednictwo jednorazowe, na podstawie której przewidziano dla pośrednika prowizję o nieokreślonej wysokości (do której, zdaniem Sądu Najwyższego, należało zastosować w drodze analogii art. 761 § 1 k.c. *in fine*), to jednak w doktrynie uznano, że rozważania poczynione przez sąd w uzasadnieniu tego wyroku mogą znaleźć zastosowanie do wszelkich typów umów nienazwanych. Tak G. Rączka, Prawne zagadnienia hostingu, Przegląd Prawa Handlowego 2009, Nr 4, s. 36

lub niematerialnego wytworu pracy uwzględniającego preferencje zamawiającego⁴⁵⁴. Abstrahując, od kwestii słuszności takiego ujęcia⁴⁵⁵, warto zwrócić uwagę na praktyczne konsekwencje zastosowania do takiej umowy przepisów regulujących umowę zlecenia. W takiej sytuacji możliwe stałoby się każdorazowe wypowiedzenie kontraktu zgodnie z art. 746 k.c.⁴⁵⁶. Takie rozwiązanie, w opinii zwolenników analizowanego poglądu, prowadziłoby do niemożności zapewnienia prawidłowej ochrony interesów prawnych stron. Niewątpliwie należy się zgodzić z tą tezą. Przepis art. 746 k.c. przewidziany dla umowy zobowiązującej do świadczenia ciągłego nie uwzględnia specyfiki wykonania dzieła realizowanego poprzez świadczenie jednorazowe. Możliwość nieuzasadnionego, jednostronnego zakończenia takiego stosunku prawnego niewątpliwie mogłaby zostać uznana za naruszającą właściwość (naturę) zobowiązania.

Niemniej jednak, należy również wspomnieć o poglądzie przeciwnym. Jego zwolennicy w kontekście przytoczonego przykładu nieodpłatnego wykonania dzieła opowiadają się za koniecznością zastosowania w takiej sytuacji przepisów tytułu XXI księgi III k.c.⁴⁵⁷. Wynika to stąd, że w tym ujęciu analogiczne stosowanie przepisów umów podobnych do danej kategorii umów nienazwanych w kontekście art. 750 k.c. jest nieuprawnione. Mimo, że ten pogląd podzielany jest przez mniejszość przedstawicieli doktryny również znajduje uzasadnienie w kontekście ogólnych zasad teorii prawa. Przede wszystkim, w tej sytuacji należałoby zwrócić uwagę na fakt, że zgodnie z art. 750 k.c. przepisy dotyczące umowy zlecenia stosowane są do tzw. nienazwanych umów o świadczenie usług odpowiednio. Natomiast odpowiednie stosowanie oznacza stosowanie wprost, z modyfikacjami wynikającymi z okoliczności danego stosunku prawnego, czy nawet w niektórych wypadkach wyłączenie możliwości zastosowania przepisu⁴⁵⁸ np. ze względu na właściwości (naturę) stosunku zobowiązaniowego. Odnosząc to do analizowanego przypadku nieodpłatnego wykonania dzieła przyjęcie drugiego stanowiska oznaczałoby, iż

⁴⁵⁴ L. Ogiegło [w:], Kodeks cywilny..., s. 612

⁴⁵⁵ W literaturze spotyka się również inne poglądy na umowę o dzieło, która bywa ujmowana w kategorii umów odnoszących się do świadczenia usług. Tak w A. Brzozowski, J. Frąckowiak, W. J. Katner, J. Napierała, M. Nesterowicz, L. Ogiegło, A. Olejniczak, J. Pisuliński, E. Rott-Pietrzyk, M. Stec, L. Stecki, A. Stelmachowski, J. Strzępka, System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, t. 7, pod red. J. Rajskego, Warszawa 2004.

⁴⁵⁶ L. Ogiegło [w:], Kodeks cywilny..., s. 612

⁴⁵⁷ Tak np. J. Szczerki [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 1972, t. 2, s. 1370

⁴⁵⁸ Takie stanowisko zostało wyrażone m.in. w wyroku Sąd Najwyższego z dnia 23 stycznia 2008 r. V CSK 377/07

wskutek odpowiedniego zastosowania przepisów o zleceniu, wyłączeniu uległby m.in. art. 746 k.c. właśnie z uwagi na jego sprzeczność z właściwością (naturą) takiego stosunku zobowiązaniowego. W tym kontekście w doktrynie wskazuje się, że istnieją sytuacje, w których wypowiedzenie stosunku prawnego musi nastąpić z uwzględnieniem jego okoliczności, co oznacza, że np. lekarz nie może wypowiedzieć leczenia w każdym czasie, lecz musi to zrobić uwzględniając konieczności kontynuowania terapii, czy też poszczególnego zabiegu, oraz wymagania sztuki lekarskiej⁴⁵⁹.

Ponadto, w tym miejscu można zasygnalizować, że konstrukcja umowy o świadczenie usług, z uwagi na wysoki poziom kosztów po stronie przedsiębiorców związanych z realizacją publicznoprawnych obowiązków wynikających z zatrudniania pracowników w ramach stosunku pracy (finansowanie ubezpieczeń społecznych, zdrowotnych itp.) wpływa na nadużywanie tej instytucji. Kwestii tej, z uwagi na jej praktyczną doniosłość, została poświęcona osobna część tej rozprawy.

II.4.5 Różnice w ujęciu niektórych aspektów problematyki świadczenia usług pomiędzy polskim kodeksem zobowiązań a kodeksem cywilnym

Z powyżej przedstawionych opisów sposobu regulacji problematyki świadczenia usług w k.z. i w k.c. wynika, że pomiędzy wspomnianymi aktami prawnymi w tym zakresie występują dość znaczne rozbieżności. Przede wszystkim, na uwagę zasługuje, kwestia koncepcji umowy zlecenia. Pod rządami k.z. był to kontrakt, którego przedmiotem mogły być zarówno czynności faktyczne jak i prawne, natomiast w świetle przepisów k.c. umowa ta może mieć za przedmiot wyłącznie świadczenie czynności prawnych. Ograniczenie zlecenia tylko i wyłącznie do czynności prawnych nie znajduje zbyt wielu zwolenników wśród przedstawicieli doktryny. Takie rozwiązanie uważa się za całkowicie chybione nie tylko ze względów praktycznych, które zostaną omówione w innym miejscu niniejszej rozprawy, ale również ze względów teoretycznych, które są od dawna prezentowane w doktrynie. W. Ludwiczak, nie bez racji, zauważał, że błędne wyobrażenia dotyczące instytucji zlecenia wiążące je tylko i wyłącznie z czynnościami prawnymi wywodzą się z przeświadczenia o jego organicznej łączności z pełnomocnictwem⁴⁶⁰. Jest to

⁴⁵⁹ K. Kołakowski, *op. cit.*, s. 523

⁴⁶⁰ W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 24

reminiscencja poglądów, utożsamiających zlecenie z pełnomocnictwem, których konsekwencją jest ograniczenie przedmiotu tej umowy wyłącznie do działań prawokształtujących, bowiem tylko, co do takich udziela się pełnomocnictwa.

Analizując przepisy k.z. należy również zwrócić uwagę na fakt odmiennego sposobu wykorzystania pojęcia „umowa o świadczenie usług” względem przepisów późniejszego k.c. Znajduje to wyraz m.in. w systematyce tego aktu prawnego, z której można wyinterpretować znaczenie ww. nazwy. Umowy o świadczenie usług, uregulowane w tytule XI, są w ujęciu tego aktu prawnego grupą umów obejmującą: umowę o pracę (w tym umowę o naukę), umowę o dzieło, zlecenie (umowę zlecenia), pośrednictwo i przechowanie. Odnosząc to do systematyki k.c. pierwszą różnicą jaką można odnotować jest brak wyodrębnienia grupy umów określonej mianem „umów o świadczenie usług”. W doktrynie wyjaśnia się tę zmianę wskazując na usunięcie z treści k.c. przepisów dotyczących umowy o pracę, które sprawiło, że wyłączona została możliwość posługiwania się ogólną nazwą umów o świadczenie usług⁴⁶¹. Argument ten trudno uznać za w pełni uzasadniający wprowadzoną zmianę, skoro jednocześnie pozostawiono konstrukcje subsydiarnego stosowania przepisów o zleceniu do umów o świadczenie usług nieuregulowanych w odrębnych przepisach. Wobec tego przyczyn wspomnianej modyfikacji należy raczej upatrywać w odmiennych założeniach systematyki k.c., w którym poszczególne umowy uregulowane są w odrębnych tytułach. Brak ustawowej klasyfikacji uwzględniającej typ umów o świadczenie usług znalazł również przełożenie na terminologię k.c., w której wyrażenie „umowy o świadczenie usług” występuje jedynie w treści art. 750 k.c. w kontekście pośrednio wskazującym na istnienie dwóch grup umów tego rodzaju: „uregulowanych innymi przepisami” i „nieuregulowanych innymi przepisami”, do których zgodnie z tym przepisem mają zastosowanie przepisy o zleceniu. Wprawdzie, w literaturze przedmiotu, przypuszczalnie w oparciu o brzmienie wspomnianego przepisu k.c., wykładnię historyczną i cechy poszczególnych kontraktów wyodrębnia się grupę „umów odnoszących się do świadczenia usług” obejmującą uregulowane w k.c. umowę o dzieło, umowę o roboty budowlane, zlecenie, umowę agencyjną, umowę komis, przechowanie, umowę

⁴⁶¹ A. Wolter, Projekt kodeksu cywilnego, *Demokratyczny Przegląd Prawniczy* 1948, Nr 3, s. 40

składu, umowę przewozu i umowę spedycji⁴⁶², to jednak systematyka tego aktu prawnego nie dostarcza jurystycznych podstaw dla takiej klasyfikacji⁴⁶³.

Na uwagę zasługuje również inna kwestia dotycząca systematyki obu kodeksów. Jak już wspomniano w k.z. przepisy dotyczące zlecenia zebrane są w Dziale III „Zlecenie” zawartym w Tytule XI „Umowy o świadczenie usług” zaś w k.c. problematyka umowy zlecenia i umowy o świadczenie usług ujęta jest w Tytule XXI „Zlecenie”, przy czym art. 750 k.c. bezpośrednio odnoszący się do problematyki świadczenia usług nieuregulowanych innymi przepisami umieszczony jest jako przedostatni przepis tytułu, co może świadczyć o próbach marginalizacji tej instytucji przez ustawodawcę (odpowiednim przepisem w k.z. był wspomniany art. 498 § 2 zawarty w pierwszej jednostce redakcyjnej działu III).

W tym zakresie innym jest sposób odniesienia tych przepisów do nienazwanego stosunku zobowiązaniowego, którego przedmiotem jest świadczenie usług – k.z. zakładał stosowanie przepisów o umowie zlecenia wprost, natomiast k.c. stanowi o stosowaniu odpowiednim. Kolejną różnicą pomiędzy obecną a przeszłą regulacją zlecenia, której występowanie stanowi przedmiot zainteresowania doktryny, jest zakres przepisów do których odsyła art. 750 k.c. Podczas, gdy w art. 498 § 2 k.z. sformułowanie „umowy o świadczenie usług” oznacza normatywnie wyodrębnioną grupę umów, to przepisy dotyczące umów o świadczenie usług, o których mowa w analogicznym przepisie k.c. nie są jasno wskazane, a ustalenie, które z obecnie stypizowanych kontraktów należą do tej kategorii jest postrzegane jako zadanie orzecznictwa i doktryny⁴⁶⁴. Konsekwencją takiego ujęcia jest to, że przepisy o zleceniu pod rządami k.z. miały dwa zakresy zastosowania, w przypadku zlecenia według k.c. przedstawiciele doktryny doszukują się trzech grup stosunków zobowiązaniowych uregulowanych przez przepisy dotyczące zlecenia. Po pierwsze, będą to stosunki zobowiązaniowe o cechach zlecenia w rozumieniu art. 734 § 1 k.c. do których przepisy te będą stosowane wprost, po drugie będą one odpowiednio stosowane do umów o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c., po trzecie

⁴⁶² A. Brzozowski, J. Frąckowiak, W. J. Katner., J. Napierała, M. Nestorowicz, L. Ogiegło., A. Olejniczak, M. Stec, L. Stecki, A. Stelmachowski, J. Strzępka, System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2001, t.7

⁴⁶³ Tak m.in. L. Ogiegło wskazując, że „polski kodeks cywilny, regulując poszczególne typy umów i stosunków zobowiązaniowych, bliżej nie precyzuje, które z nich należy zaliczyć do grupy umów o świadczenie usług” oraz „wystarczających podstaw do wyróżnienia grupy umów o świadczenie usług nie daje również sama systematyka kodeksu cywilnego”. Zob. L. Ogiegło, Pojęcie usług..., s. 138

⁴⁶⁴ L. Ogiegło, Usługi..., s. 148

opisywane regulacje zostaną także wykorzystane, również odpowiednio, do stosunków zobowiązaniowych spedycji na podstawie art. 796 k.c.⁴⁶⁵. Ponadto, należy wspomnieć o jeszcze jednej, czwartej grupie stosunków prawnych, do których znajdują zastosowanie opisywane regulacje, a mianowicie wzajemnych roszczeniach między spadkobiercą a wykonawcą testamentu wynikających ze sprawowania zarządu spadkiem. Zgodnie z art. 989 k.c. stosuje się do nich odpowiednio przepisy o zleceniu za wynagrodzeniem.

Porównując treść art. 498 § 2 k.z. i art. 750 k.c. należy zwrócić uwagę na fakt, że podczas gdy pierwszy z tych przepisów zakładał bezpośrednie stosowanie materii ustawowej regulującej zlecenie do innych wskazanych w jego treści umów, to drugi zakłada stosowanie „odpowiednie”. Odnosząc się do kwestii odpowiedniego stosowania przepisów o zleceniu zgodnie z art. 750 k.c., stanowiącego istotną cechę odróżniającą ten przepis od brzmienia art. 498 § 2 k.z. można przytoczyć powszechnie podzielany pogląd doktryny zgodnie z którym ten sposób zastosowania przepisów może mieć trojaki skutek. Po pierwsze przepisy stosowane odpowiednio mogą być stosowane bez żadnych zmian (wprost), po drugie, mogą być stosowane z pewnymi modyfikacjami, po trzecie, ich stosowanie może być wyłączone⁴⁶⁶.

II. 7 Świadczenie usług w systemach prawnych kultury *common law*

Odrębnego omówienia wymaga kwestia świadczenia usług w krajach anglosaskich. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że pierwotnym założeniem systemów prawnych przynależących do kręgu kultury *common law* było ustawowe nieregulowanie przeważającej części umów. Odnosiło się to nie tylko do kwestii umów nazwanych, lecz również do prawa umów w ogólności, które w odczuciu Anglosasów stanowiło materię wymykającą się działalności ustawodawczej, bo opierającą się głównie na idei nieregulowanego wolnego rynku⁴⁶⁷. Fakt powstrzymywania się ustawodawców z państw, których systemy prawne klasyfikowane są jako należące do rodziny *common law* jest niekiedy w doktrynie uznawany za okoliczność, która wręcz sprzyjała wykształcaniu się nowych wzorców umownych. W tym kontekście W. J. Katner, przywołując przykład Stanów

⁴⁶⁵ L. Ogiegło, Usługi..., s. 149

⁴⁶⁶ J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 141 i n., cyt za. M. Sośniak, Umowy ..., s. 69

⁴⁶⁷ Tak np. M. L. Friedman, *Contract Law in America. A Social and Economic Case Study*, New Orleans 2011, s. 245

Zjednoczonych, zauważa, iż w praktyce obrotu prawnego właśnie tego państwa w ciągu ostatnich kilkudziesięciu lat wykształciło się najwięcej nowych rodzajów umów, które stały się na tyle popularne wśród uczestników stosunków gospodarczych w państwach prawa stanowionego, że paradoksalnie, uzyskały w nich niejednokrotnie status umów nazwanych⁴⁶⁸. W związku z tym przedstawienie rozwiązań ustawowych nie zawsze będzie możliwe, a prezentacja tej problematyki, przynajmniej w niektórych aspektach, będzie musiała zostać ograniczona do przedstawienia orzecznictwa oraz dorobku doktryny.

Przed przystąpieniem do prezentacji rozwiązań wykreowanych w państwach, których systemy prawne przynależą do tzw. kultury prawa precedensowego, warto wspomnieć o roli, jaką niektóre z nich odgrywają w funkcjonowaniu międzynarodowego obrotu gospodarczego. Bodajże najbardziej znamieny przykład w tym zakresie stanowi brytyjskie prawo zobowiązań, które wybierane jest przez wielu uczestników międzynarodowych transakcji handlowych jako prawo właściwe dla zawieranych przez nich kontraktów⁴⁶⁹. Bardzo często wybór ten jest dokonywany, mimo że strony umowy nie mają siedziby w Zjednoczonym Królestwie oraz w sytuacji braku jakiegokolwiek oczywistego związku danej transakcji z brytyjskim systemem prawa⁴⁷⁰. Przyczyną tego stanu rzeczy są określone, rozwijane od setek lat, cechy prawa brytyjskiego (charakteryzujące jednak również prawodawstwo państw Brytyjskiej Wspólnoty Narodów oraz Stanów Zjednoczonych) takie jak uprzywilejowanie zasady swobody umów oraz pewność i spójność rozstrzygnięć sądowych wydawanych w procesie rozwiązywania sporów gospodarczych, które czynią ten system prawny szczególnie atrakcyjnym dla uczestników międzynarodowych stosunków handlowych⁴⁷¹. Według przedstawicieli brytyjskich

⁴⁶⁸ W. J. Katner [w:] System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 10

⁴⁶⁹ F. Randolph, R. Masefield: Communication on European Contract Law. A position paper on behalf of the Law Reform Committee of the General Bar Council of England & Wales, London 2001, s. 2, pkt. 6

⁴⁷⁰ *Ibidem*

⁴⁷¹ Wśród konkretnych przesłanek czyniących brytyjskie prawo zobowiązań tak atrakcyjnym dla międzynarodowych przedsiębiorców autorzy cytowanego opracowania wymieniają np.:

- 1) odrzucenie stosowania na szeroką skalę doktryny dobrej wiary w stosunkach gospodarczych (z wyłączeniem kilku szczególnych umów np. umowy ubezpieczenia);
- 2) przyjęcie obiektywnych, a nie subiektywnych zasad interpretacji treści kontraktów, uprzywilejowujących wykładnię językową przy jednoczesnym zapewnieniu, że to podejście nie doprowadzi do wypaczenia właściwego gospodarczego znaczenia umowy (*good business sense*);
- 3) poważne ograniczenie okoliczności pozwalających na inkorporowanie do treści umowy postanowień bez względu na wolę stron, czyli innymi słowy ograniczenie liczby przepisów o charakterze dyspozytywnym (przewidując taką możliwość tylko dla sytuacji, w których jest to niezbędne do osiągnięcia efektywności gospodarczej);

środowisk prawniczych ten sposób uregulowania stosunków gospodarczych w prawie angielskim pozwala przedsiębiorcom decydującym się na uznanie go za prawo właściwe dla zawieranych przez nich kontraktów na takie określenie swych zobowiązań, które umożliwia osiągnięcie z góry przewidywalnych konsekwencji w przypadku powstania sporów w toku wykonywania danej umowy⁴⁷². Mimo, że powyższe zapewnienie wydaje się być sformułowane z pewną dozą przesady, to faktem jest, że sąd gospodarczy najwyższej instancji właściwy dla Anglii i Walii (*Commercial Court in London*) jest jednym z najczęściej wybieranych sądów zagranicznych do rozwiązywania sporów handlowych o charakterze międzynarodowym⁴⁷³.

Mając na uwadze sukces⁴⁷⁴, jaki w tym zakresie odniosło brytyjskie prawo umów, można wręcz sformułować tezę, zgodnie z którą Zjednoczone Królestwo jest jednym z wiodących producentów dobra⁴⁷⁵, w postaci rozwiązań legislacyjnych znajdujących zastosowanie w sferze obrotu handlowego. Ponadto, teza ta znajduje potwierdzenie

-
- 4) ograniczenie możliwości ingerowania przez sądy w treść umowy dzięki funkcjonowaniu m.in. doktryn wywodzących się z prawa *equity* takie jak *relief against forfeiture* (ochrona przed zaborem mienia) albo instytucji *penalties* (niedozwolonych kar umownych) czy koncepcji takich jak *inequality of bargaining power* (nierówność pozycji negocjacyjnych) jak również dzięki przyjęciu wrogiego podejścia to postanowień umownych umożliwiających wyłączenie albo ograniczenie odpowiedzialności;
 - 5) kształtowanie wielu zasad prawa zobowiązań w ramach systemu źródeł prawa opartego na wiążącej mocy orzeczeń sądowych (precedensów) i zasadzie *stare decisis* (zasadzie trwałości precedensów sądowych), gwarantujące ich powiązanie z praktyką obrotu oraz spójność w działalności orzeczniczej sądów. Zob. F. Randolph, R. Masfield, op. cit., s. 2-3

⁴⁷² F. Randolph, R. Masfield, op. cit., s. 2

⁴⁷³ W wydawnictwach promujących brytyjski system sprawiedliwości szacuje się, że dwie trzecie spraw rozstrzyganych przez londyński *Commercial Court*, to sprawy z udziałem jednej albo nawet dwóch stron będących podmiotami zagranicznymi zob. np. The Law Society of England and Wales, England and Wales: The jurisdiction of choice. Dispute resolution, <http://www.eversheds-sutherland.com/documents/LawSocietyEnglandAndWalesJurisdictionOfChoice.pdf> [Dostęp 2018-07-10]. Ponadto teza ta jest potwierdzana w literaturze (zob. np. B. Kerr, Resolution Of Commercial Disputes: Arbitration v Litigation, Hong Kong Law Journal, vol. 1979, s. 44) oraz w samym brytyjskim orzecznictwie (zob. np. *Amin Rasheed v Kuwait Insurance Corp* [1984] AC 50, s. 67)

⁴⁷⁴ Przyczyny, dla których prawo polskie nie odnosi podobnego sukcesu przedstawione zostały przez R. Mańkę, który wymienia wśród nich:

- 1) małą popularność języka polskiego,
- 2) krótkie tradycje prawa polskiego stosowanego jako system regulacji gospodarki wolnorynkowej,
- 3) niestabilność polskiego prawa stanowionego oraz niespójność orzecznictwa.

Ponadto, konfrontując prawo polskie z brytyjskim w zakresie cech wyróżnionych przez F. Randolpha, R. Masfielda wspomniany autor stwierdza, że nasz rodzimy system prawa zobowiązań jest zdominowany przez „zasady współżycia społecznego”, stanowiące odpowiednik zasad dobrych obyczajów, lecz przejęte z prawa radzieckiego, na szeroką skalę występują w nich przepisy o charakterze *iuris dispositivi*, a sądy mogą szeroko ingerować w treść umów. Tym samym prawo polskie stanowi wręcz przeciwieństwo brytyjskiego. Zob. R. Mańko: Unifikacja europejskiego prawa prywatnego z perspektywy społeczeństwa – przyczynek do dyskusji, Nowa Europa. Przegląd Natoliński 2008, nr 2, s. 53-54.

⁴⁷⁵ Pogląd, zgodnie z którym prawo jest towarem na rynku konkurujących ze sobą państw, jako jedna z pierwszych sformułowała R. Romano, Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle, Journal of Law, Economics & Organization 1985, vol. 1, s. 225 i 280.

również w danych empirycznych. Z raportu przygotowanego na zlecenie brytyjskiego departamentu Lorda Kanclerza przez spółkę konsultingową Cap Gemini Ernst & Young wynika, że około połowa umów i sporów zawieranych oraz prowadzonych przez międzynarodowe przedsiębiorstwa nie posiadające siedziby w Zjednoczonym Królestwie albo Stanach Zjednoczonych jest poddawana prawu materialnemu i procesowemu tych państw⁴⁷⁶. Te uwarunkowania mają bezpośrednie przełożenie na sytuację ekonomiczną Zjednoczonego Królestwa, a w szczególności Londynu, będącego pod koniec XX w., siedzibą czterech z dwunastu największych kancelarii prawniczych na świecie, który według danych z tego okresu, stanowił światowe centrum świadczenia usług prawniczych, czego rezultatem był wzrost przychodów brytyjskich kancelarii prawnych w latach 1990-1998 z 5,1 mld funtów brytyjskich do 8,6 mld rocznie⁴⁷⁷. Te imponujące wyniki finansowe zostały uzyskane z uwagi na fakt, że wybór prawa brytyjskiego jako prawa właściwego dla rosnącej liczby umów i wynikających z nich sporów wymagał zaangażowania do obsługi tych transakcji prawników brytyjskich, czego skutkiem było kreowanie swoistego „niewidzialnego eksportu” świadczonych przez nich usług⁴⁷⁸.

Wobec powyższego analiza rozwiązań pochodzących z systemów *common law* powinna zostać przeprowadzona przy zachowaniu odpowiedniego stopnia szczegółowości, ponieważ jej wyniki mogą stanowić opis uregulowań godnych uwzględnienia w kontekście reformy odpowiedniego zakresu polskiego prawa zobowiązań.

II.7.1 Agency jako forma świadczenia usług w krajach systemu *common law*

W dominującej liczbie systemów prawnych wywodzących się z kręgu kultury *common law* umowy o świadczenie usług w formie zbliżonej do wzorców kontynentalnych nie są znane⁴⁷⁹. W tych porządkach prawnych, w szczególności w

⁴⁷⁶ Cap Gemini Ernst & Young's report, Commercial Court Feasibility Study, prepared for the Lord Chancellor's Department and issued in February 2001, s. 32 cyt. za F. Randolph, R. Masefield, op. cit., s. 3

⁴⁷⁷ Cap Gemini Ernst & Young's report, Commercial Court Feasibility Study, prepared for the Lord Chancellor's Department and issued in February 2001, s. 14-15 cyt. za F. Randolph, R. Masefield, op. cit., s. 4

⁴⁷⁸ F. Randolph, R. Masefield, op. cit., s. 32

⁴⁷⁹ Tytułem dygresji można wspomnieć, że istnieją anglojęzyczne systemy prawne klasyfikowane jako tzw. *mixed jurisdiction* (tj. łączące w sobie cechy systemów *common law* i *civil law*), które w tym zakresie czerpią z tradycji prawa kontynentalnego. Przykładowo w prawie cywilnym kanadyjskiego Quebecu i

amerykańskich prawach stanowych i prawie brytyjskim, świadczenie usług polegających na wykonywaniu czynności prawnych bardzo często zachodzi na podstawie umowy agencyjnej (*contract of agency*)⁴⁸⁰, przy czym systemom tym obca jest koncepcja umowy zlecenia⁴⁸¹. Niemniej jednak, w literaturze formułowany jest pogląd, zgodnie z którym, ze względu na podobieństwo zakresów przedmiotowych, *agency* wynikającą z umowy, w ujęciu anglosaskim można porównać do stypizowanych w prawie polskim umów zlecenia, agencyjnej, komisji, maklerskiej oraz do umowy pośrednictwa uznawanej za umowę nienazwaną⁴⁸².

Sama instytucja *agency* definiowana jest w *common law* dość ogólnie jako możliwość działania za inną osobę czy na rzecz innej osoby⁴⁸³. Stosunek prawny *agency* jest uznawany za stosunek fiducjarny (*fiduciary*⁴⁸⁴), tj. oparty na zaufaniu, czego konsekwencją jest konieczność działania agenta na korzyść swojego mocodawcy, nawet w tych sytuacjach, gdy mogłoby to być dla pierwszego z wymienionych niekorzystne pod względem gospodarczym⁴⁸⁵. Ponadto, cechą charakterystyczną tego stosunku prawnego, w sytuacji, gdy przybierze on formę umowy (*contract of agency*) jest uzależnienie odpowiedzialności agenta z tytułu

amerykańskiej Luizjany funkcjonuje instytucja *contract of mandate* oraz różnego rodzaju umowy wywodzone ze stosunku najmu, które służą jako prawna podstawa świadczenia usług.

⁴⁸⁰ Analizując problematykę *agency* w ujęciu *common law* należy zwrócić uwagę na kwestie terminologiczne. Nazwa *agency* może być bowiem użyta dla opisanego dwóch różnych instytucji. Przede wszystkim oznacza ona jedną z podstawowych zasad anglosaskiego prawa umów stanowiącą wyjątek od zasady *privity of contract* (jedynie strony zobowiązania mogą nabywać prawa i zaciągać zobowiązania na jej podstawie). Zgodnie z tą zasadą umocowanie agenta do zawarcia umowy z osobą trzecią sprawia, że zawarta przez niego umowa na rzecz mocodawcy wiąże mocodawcę i osobę trzecią. Natomiast drugie znaczenie tego pojęcia odnosi się do stosunku agencyjnego powstałego na podstawie umowy zawartej wskutek złożenia oświadczeń woli zgodnie z którymi strony zgadzają się na odpowiednio reprezentowanie i bycie reprezentowanym. Zob. E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy...*, s. 11-12

⁴⁸¹ A. Całus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 350

⁴⁸² E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy...*, s. 10, E. Rott-Pietrzyk [w:] A. Brzozowski, J. Frąckowiak, W. J. Katner, J. Napierała, M. Nesterowicz, L. Ogiegło, A. Olejniczak, J. Pisuliński, E. Rott-Pietrzyk, M. Stec, L. Stecki, A. Stelmachowski, J. Strzępka, *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, t. 7, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2004, s. 492, Nb. 11, E. Rott-Pietrzyk, E. Rott-Pietrzyk [w:] M. Bączyk, M. Jasiakiewicz, W.J. Katner, A. Klein, K. Kruczałak, K. Oplustil, J. Pisuliński, E. Rott-Pietrzyk, M. Spyra, M. Stec, J. Strzępka, G. Tracz, W. Uruszczak, S. Włodyka, P. Zapadka, *System prawa handlowego. Prawo umów handlowych*, t. 5, pod red. S. Włodyki, Warszawa 2011, s.383, Nb. 25

⁴⁸³ Np. W ramach definicji agenta ujmuje się to w sposób następujący “‘agent’ is someone who acts for or on behalf of another”, choć dla opisanego relacji pomiędzy agentem a jego mocodawcą (*principal*) używa się również takich sformułowań jak ‘for (or ‘on’) account of’, ‘for the benefit of’ czy ‘in the interest of’. Zob. F. Reynolds, *Agency* [w:] *English Private Law*, pod red. A. Burrowsa, Oxford 2007, s. 794 i 802

⁴⁸⁴ W brytyjskim orzecznictwie fiducjarność definiowana jest w następujący sposób ‘A fiduciary is someone who has undertaken to act for and on behalf of another in a particular matter in circumstances which give rise to a relationship of trust and confidence’. Zob. orzeczenie w sprawie *Bristol & West BS v Mothew* [1998] cyt. za F. Reynolds, *Agency* [w:] *English Private Law*, pod red. A. Burrowsa, Oxford 2007, s. 847

⁴⁸⁵ F. Reynolds, *Agency* [w:] *English Private Law*, pod red. A. Burrowsa, Oxford 2007, s. 796

niewykonania lub niewłaściwego wykonania od dopełnienia obowiązku starannego działania (*duty of care*)⁴⁸⁶. To odróżnia tę umowę od kontraktów będących źródłem zobowiązania rezultatu, w ramach których strona, której udziałem jest świadczenie charakterystyczne ponosi za niewykonanie lub niewłaściwego wykonanie odpowiedzialność na zasadzie *strict liability*, tj. za nieosiągnięcie określonego skutku⁴⁸⁷. Za przykład takich relacji uznaje się umowę sprzedaży, która różni się od umowy agencyjnej zobowiązującej do zawierania na rzecz mocodawcy umów sprzedaży, m.in. sposobem uregulowania odpowiedzialności – podczas gdy sprzedawca ponosi odpowiedzialność np. za wydanie rzeczy o niewłaściwej jakości, to agent w analogicznej sytuacji jedynie zobowiązuje się do podejmowania uzasadnionych starań mających na celu wykonaniu instrukcji mocodawcy w tym zakresie⁴⁸⁸.

W doktrynie brytyjskiej uznaje się, że najbardziej powszechną formą nawiązywania stosunku *agency* jest umowa, co jednak nie wyklucza innych zastosowań tej instytucji np. w postaci „nieodpłatnej agencji” (*gratituous agency*), która jako zobowiązanie nieodpłatne w ujęciu systemu *common law* nie wiąże się z przekazaniem *consideration*⁴⁸⁹, a tym samym nie może zostać uznana za umowę,

⁴⁸⁶ *Ibidem*, s. 798

⁴⁸⁷ *Ibidem*

⁴⁸⁸ Ta różnica stanowi nawet podstawę testu mającego na celu zakwalifikowanie danego stosunku prawnego jako umowy sprzedaży albo agencji. Trudności we właściwym przyporządkowaniu takich relacji mogą wystąpić w kontekście analizowania sytuacji, w której pośrednik kupuje rzecz, a następnie odsprzedaje ją swemu kontrahentowi. Zob. F. Reynolds, *Agency* [w:] *English Private Law*, pod red. A. Burrowsa, Oxford 2007, s. 798

⁴⁸⁹ W systemach *common law* warunkiem uznania danego stosunku prawnego za umowę podlegającą wykonaniu (*enforcable contract*) jest konieczność wystąpienia w jego treści *consideration*.

Mimo, że początkowo słowo *consideration* w prawie brytyjskim nie miało technicznego znaczenia z czasem stało się podstawą „doktryny *consideration*” (*doctrine of consideration*) stosowanej przez sądy dla oceny czy strony danego stosunku prawnego mogą dochodzić roszczeń z niego wynikających w ramach postępowania sądowego. W szesnastym wieku termin *consideration* zaczęto postrzegać jako pojęcie z zakresu języka prawnego przypisując mu znaczenie „sumy przesłanek niezbędnych dla uzyskania zaskarżalnego roszczenia (*action*) w związku z naruszeniem umowy”. Koncepcja ta była wykorzystywana do zidentyfikowania tych przyrzeczeń, które w ujęciu *common law*, były na tyle istotne dla społeczeństwa, że usprawiedliwiały wymierzanie sankcji dla umożliwienia ich dochodzenia. W związku z tym w prawie brytyjskim przyjmuje się, że samo przyrzeczenie zrobienia czegoś nie może być wyegzekwowane przed sądem, o ile nie stoi za nim *consideration* rozumiana jako wymiana, czyli obietnica określonego działania lub zaniechania złożona celem uzyskania czegoś od drugiej strony. Jednocześnie należy podkreślić, że podczas gdy w prawie brytyjskim analizowane pojęcie postrzega się jako uzyskanie korzyści przez jedną stronę bezpośrednio skutkującą wystąpieniem uszczerbku w majątku drugiej strony spowodowanej wydaniem tej korzyści, to w prawie amerykańskim, w tym kontekście rozumianym jako treść postanowień *The Restatement of Contracts*, wypracowano powszechnie akceptowany w poszczególnych stanach „test transakcji” (*'bargain' test*). W przeciwieństwie do tradycyjnego podejścia w ramach jego stosowania dopuszcza się stwierdzenie wystąpienia *consideration* również w sytuacjach, gdy pomiędzy stronami nie wystąpiło fizyczne przeniesienie korzyści majątkowej, a jedynie wzajemne złożenie przyrzeczeń.

której wykonania można dochodzić przed sądem⁴⁹⁰. Konsekwencją tego stanu rzeczy jest brak możliwości przypisania agentowi działającemu nieodpłatnie odpowiedzialności kontraktowej, co oznacza, że za niewłaściwe wykonanie zobowiązania odpowiada w ramach reżimu odpowiedzialności deliktowej (z tytułu popełnienia czynu niedozwolonego określanego mianem *tort*)⁴⁹¹. Ponadto, taki agent w zasadzie nie ponosi odpowiedzialności za brak działania (*non-feasance*), a jedynie za niedochowanie należytej staranności (*due care*)⁴⁹².

Ponadto należy podkreślić, że instytucja *consideration* nie jest wykorzystywana do oceny kontraktów pod kątem ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron dokonanych na jego podstawie. Zob. E.A. Farnsworth, *Comparative Contract Law* [w:] *The Oxford Handbook of Comparative Law*, pod red. M. Reimanna i R. Zimmermanna, Oxford 2007

W jednym z istotnych brytyjskich orzeczeń dotyczących tej problematyki (*In Currie v Misa* (1875) L.R. 10 Ex. 162) analizowane pojęcie zostało zdefiniowane jako "some, right, interest, profit or benefit accruing to one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken by the other" (uprawnienie, interes prawny, zysk lub korzyść pochodzące od jednej ze stron a zarazem zaniechanie, uszczerbek, strata, odpowiedzialność drugiej ze stron umowy). Oznacza, to że ilekroć w ramach danego stosunku prawnego jego strony są zobowiązane do świadczenia przekazują *consideration* o ile w zamian również uzyskują jakąś korzyść.

W wypowiedziach przedstawicieli polskiej doktryny, stosujących w swych badaniach metodę prawnoporównawczą instytucja *consideration* definiowana jest jako jeden z elementów umowy stanowiących przesłankę jej ważności. Przy czym podkreśla się, że instytucja ta jest nieznaną kontynentalnym systemem prawnym. W ramach przybliżenia jej cech wskazuje się na możliwość jej przetłumaczenia jako „przyczyny, motywu, ceny, stanowiących podstawę decyzji każdej ze stron o zawarciu umowy”. W odniesieniu do prawa amerykańskiego uznaje się *consideration* za nieodzowny element treści umowy, którego brak pociąga za sobą nieważność czynności prawnej. Takie ujęcie interpretowane jest jako zasadzanie się prawa amerykańskiego na obiektywnej teorii kauzalności i przyczynowości czynności przysparzających. Zob. M. Gutowski, *Zasada kauzalności czynności prawnych w prawie polskim*, Państwo i Prawo 2006, z. 4, s. 7

Mając na względzie przytoczone powyżej rozważania z literatury anglosaskiej za skutek braku *consideration* należałoby uznać nie tyle jej nieważność (w rozumieniu terminologii systemów kontynentalnych), co brak możliwości dochodzenia przed sądem wynikających z niej roszczeń. W tym zakresie w systemach *common law* ważność (*validity*) postrzega się spowodowany brakiem *consideration* brak możliwości dochodzenia wykonania umowy przed sądem. W tym stanie rzeczy charakteryzowana jest ona jako niewiążąca (*is not binding*). Dla jej opisania używa się również łacińskiego zwrotu *nudum pactum*, do którego odnosi się sentencja *ex nudo pacto non oriatur actio* (z gołej umowy nie wynika powództwo, skarga). Wspomniana sentencja nawiązuje do rzymskiego podziału na *pacta vestitia* i *pacta nuda* tj. jak to się ujmuje w polskiej doktrynie, umów odzianych i nieodzianych w „szatę zaskarżalności” (Zob. K. Kolańczyk, *op. cit.*, s. 412-413). Podsumowując, brak *consideration* powoduje nieważność umowy (*invalidity*) rozumianej jako brak możliwości dochodzenia jej wykonania przed sądem, a nie jak np. w prawie polskim jako niemożność wywołania zamierzonych skutków prawnych. Tym samym dla oddania istoty tej sytuacji zasadne byłoby posłużenie się pojęciem zobowiązania naturalnego (niezpełnego, łac. *obligatio naturalis*), czyli takiego którego wykonania wierzyciel nie może dochodzić przymusowego wykonania np. przed sądem (Zob. W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *op. cit.*, s. 68). W tym kontekście umowa w treści, której nie występuje *consideration* za pomocą polskiej terminologii prawniczej mogła by zostać opisana jako umowa o zobowiązanie naturalne czy umowa, będąca źródłem zobowiązania naturalnego.

⁴⁹⁰ F. Reynolds, *Agency* [w:] *English Private Law*, pod red. A. Burrowsa, Oxford 2007, s. 806-807 W tym kontekście należy zauważyć, że brak możliwości dochodzenia wykonania umów nieodpłatnych przed sądem stanowi dość istotną różnicę względem germańsko-romańskich systemów prawnych dopuszczających dochodzenia świadczenia wynikającego z kontraktów zawartych pod tytułem darmym.

⁴⁹¹ F. Reynolds, *Agency* [w:] *English Private Law*, pod red. A. Burrowsa, Oxford 2007, s. 846

⁴⁹² *Ibidem*

W kwestii odpłatności umowy agencji przyjęto rozwiązania zbliżone do tych zastosowanych w umowie zlecenia w ujęciu k.c. W przypadku nie zawarcia w takim kontrakcie postanowień dotyczących wysokości wynagrodzenia przyjmuje się, w szczególności w odniesieniu do profesjonalnych agentów, że w sposób dorozumiany (*impliedly*) strony zastrzegły wynagrodzenie w uzasadnionej wysokości (*reasonable commission*)⁴⁹³.

Należy również podkreślić, iż w literaturze brytyjskiej akcentowany jest brak w normach *common law* (w tym kontekście rozumianego jako precedensowe, czyli mające za swe źródło w orzecznictwie sądowym⁴⁹⁴) obowiązku oparcia stosunku agencyjnego na jakiegokolwiek umowie⁴⁹⁵. Dopuszcza się umocowanie innej osoby do działania na rzecz drugiej, będące typową cechą *agency*, również na podstawie pełnomocnictwa (*power of attorney*), które w prawie brytyjskim jest również uważane za jednostronną (*unilateral*) czynność prawną. W tym kontekście, zauważa się również, że możliwość bycia agentem nie musi wynikać z uprzednio nawiązanego stosunku zatrudnienia czy dokonanej dwustronnie zobowiązującej czynności handlowej, chociaż ta instytucja prawna jest wykorzystywana w toku oceny działań takich podmiotów jak licytatorzy, brokerzy, prawnicy, kapitanowie statków, pracownicy czy członkowie organów spółek kapitałowych (*directors of companies*), a nawet znajduje zastosowanie w prawnej kwalifikacji stosunków pomiędzy rodzicami a dziećmi, małżonkami czy krewnymi⁴⁹⁶.

⁴⁹³ F. Reynolds, *Agency [w:] English Private Law*, pod red. A. Burrowsa, Oxford 2007, s. 853 i cyt. tam orzecznictwo

⁴⁹⁴ Odnosząc się do pojęcia *common law* należy wyjaśnić, że może być ono stosowane przynajmniej w dwóch różnych kontekstach. Powyżej użyto go w znaczeniu wąskim dla opisanego prawa będącego wynikiem działalności orzeczniczej sądów królewskich, w odróżnieniu od prawa stanowionego uchwalanego przez parlament (*statute law*) oraz zasad i praktyki *equity* pochodzących od Sądu Kanclerskiego (*Court of Chancery*) Zob. K. Zweigert, H. Kötz, *op. cit.*, s. 188. Tak rozumiane *common law* funkcjonujące również pod nazwą *case law* obejmuje zarówno w Stanach Zjednoczonych jak i w Zjednoczonym Królestwie takie dziedziny jak prawo umów (*contract law*), praw deliktów (*torts*), praw rzeczowe (*property law*), a dodatkowo w drugim ze wspomnianych państw również kwestie kontroli sądowej na działaniami organów administracji publicznej. Jednocześnie zauważa się, że wobec wzrastającej roli prawa stanowionego w systemach powyżej wskazanych krajów regulacje tego rodzaju pojawiają się również w obszarach tradycyjnie zastrzeżonych dla prawa precedensowego, wobec czego „zupełnie czyste *case law* należy dzisiaj do prawdziwej rzadkości”. Tak. M. Koszowski, *Angielska doktryna precedensu. Porównanie z polską praktyką orzeczniczą*, Warszawa 2009, s. 17 Ponadto, przedmiotowe wyrażenie ma jeszcze znaczenie szerokie. Wówczas stosuje się je dla opisanego ogółu porządków prawnych przynależących do rodziny systemów angloamerykańskich przeciwstawianych systemom prawa cywilnego (*Civil Law*) rozumianym jako czerpiące z prawa rzymskiego porządku prawnego kontynentalnej Europy i państw, które wzorowały na nich swoje regulacje. Zob. K. Zweigert, H. Kötz, *op. cit.*, s. 188

⁴⁹⁵ F. Reynolds, *Agency [w:] English Private Law*, pod red. A. Burrowsa, Oxford 2007, s. 794

⁴⁹⁶ *Ibidem*

Rozróżnienie *agency* będącej rezultatem jednostronnej czynności prawnej i tej, która ma swą podstawę w umowie znajduje również przełożenie na kwestię zakończenia takiego stosunku prawnego. Umocowanie wynikające z pierwszej z nich może być cofnięte w każdym czasie bez względu na to czy mocodawca zobowiązał się do powstrzymania od takiego działania⁴⁹⁷. Natomiast w przypadku umowy agencji, cofnięcie umocowania oczywiście będzie możliwe, ale może narazić mocodawcę na odpowiedzialność z tytułu naruszenia umowy (*breach of contract*)⁴⁹⁸. Przy tym w literaturze formuluje się pogląd, zgodnie z którym pozbawienie agenta umocowania wymaga poinformowania go o tym fakcie, co jest warunkiem wyłączenia możliwości dalszego działania na rzecz mocodawcy⁴⁹⁹.

Mimo, że takie cechy anglosaskiej umowy agencyjnej jak inkorporowanie w jej treści umocowania do działania na rzecz drugiej strony tego kontraktu (*principal*) sprawia, że wykazuje ona pewne podobieństwo do mandatu w ujęciu prawa francuskiego lub austriackiego, to ewentualne formułowanie analogii w tym zakresie oceniane jest jako bezasadne⁵⁰⁰. Wynika to m.in. z faktu, że w systemach *common law* nie występuje kryterium działania w imieniu własnym albo cudzym (opisywany przez Anglosasów jako *name test*), na podstawie którego dokonuje się odróżnienia pełnomocnictwa jako przykładu zastępstwa pośredniego od zastępstwa pośredniego, którego przejawem jest np. stosunek prawny komisu⁵⁰¹. W tym kontekście, przedstawiciele brytyjskiej doktryny zauważają, że typowe dla terminologii kontynentalnych systemów prawnych (germańsko-romańskich) sformułowanie „działać w imieniu innej osoby” jest wyrażeniem, które nie jest w pełni zrozumiałe dla prawników z systemu *common law* i jako takiemu nie przypisuje się mu jednego powszechnie akceptowanego znaczenia, a w rezultacie zbyt często się go nie używa⁵⁰².

Konsekwencją tego stanu rzeczy jest konieczność uznania *agency* za kategorię zbiorczą obejmującą swym zakresem przedmiotowym zarówno działanie w cudzym i we własnym imieniu na rzecz innej osoby, jak również pośredniczenie. Przyczyną

⁴⁹⁷ Teza ta jest aktualna zarówno w odniesieniu do prawa brytyjskiego jak i amerykańskiego i znajduje potwierdzenie w orzecznictwie tamtejszych sądów. Zob. F. Reynolds, *Agency* [w:] *English Private Law*, pod red. A. Burrowsa, Oxford 2007, s. 830

⁴⁹⁸ . F. Reynolds, *Agency* [w:] *English Private Law*, pod red. A. Burrowsa, Oxford 2007, s. 830

⁴⁹⁹ *Ibidem*

⁵⁰⁰ Tak np. E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy...*, s. 13

⁵⁰¹ K. Zweigert, H. Kötz, *op. cit.*, s. 433, E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy...*, s. 7-8

⁵⁰² F. Reynolds, *Agency* [w:] *English Private Law*, pod red. A. Burrowsa, Oxford 2007, s. 796 i 802

braku wyróżnienia tych dwóch kategorii działania w systemach *common law* jest w opinii przedstawicieli nauki prawa porównawczego, większe przywiązanie Anglosasów do realiów ekonomicznych, w kontekście których wyróżnienie działania we własnym imieniu i działania w cudzym nie znajduje odzwierciedlenia w warunkach zawierania konkretnych transakcji⁵⁰³.

Zazwyczaj umowa agencyjna definiowana jest jako stosunek fiducyjny (oparty na zaufaniu) powstały na podstawie umowy, również takiej która została zawarta w sposób dorozumiany, albo z mocy prawa, w ramach którego jedna ze stron (*agent*) może działać na rzecz drugiej strony (*principal*) powodując, powstanie zobowiązań pomiędzy tą stroną a osobami trzecimi. W literaturze anglosaskiej wskazuje się, że celem tej instytucji jest umożliwienie jednej osobie, dzięki usługom świadczonym przez inny podmiot, rozszerzenie zakresu swojej działalności i korzystaniu z działań usługodawcy w zamian za wynagrodzenie ustalone w odniesieniu do wykonanych czynności, ale nie obejmujące korzyści wygenerowanych przez aktywność agenta⁵⁰⁴.

II.7.2 Świadczenie usług w prawie amerykańskim

Prezentację rozwiązań wykreowanych w Stanach Zjednoczonych należy poprzedzić uwagą dotyczącą pojęcia „prawo amerykańskie”. Analizując kwestie związane z funkcjonowaniem tego systemu prawnego trzeba mieć na uwadze, że określająca go nazwa nie odnosi się do jednolitego porządku norm prawnych. Wiąże się to z tym, że na terytorium Stanów Zjednoczonych Ameryki funkcjonuje pięćdziesiąt pięć podsystemów prawnych. Są to podsystem prawa federalnego, pięćdziesiąt stanowych podsystemów prawnych oraz podsystemy prawne: Dystryktu Columbia, Puerto Rico, Wysp Dziewiczych i amerykańskich terytoriów zamorskich⁵⁰⁵.

W doktrynie zauważa się, że regulacja świadczenia usług w prawie amerykańskim charakteryzuje się wielością źródeł prawa przekładającą się na stan niepewności prawnej⁵⁰⁶. Dodatkowo ten stan rzeczy utrudnia nawiązywanie stosunków

⁵⁰³ K. Zweigert, H. Kötz, *op. cit.*, s. 434

⁵⁰⁴ H. Gill Reuschlein, W. A. Gregory, *The Law of Agency and Partnership*, 1990, s.3

⁵⁰⁵ R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Warszawa 2011, s. 30

⁵⁰⁶ Zob. np. I. Karwala, *Regulacja świadczenia usług w prawie amerykańskim – w poszukiwaniu modelowych reguł świadczenia usług dla polskiego ustawodawcy*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2014, Nr 3, s. 98 i cyt. tam literaturę.

kontraktowych nie tylko w relacjach międzystanowych, lecz również w obrębie konkretnego stanu⁵⁰⁷, a strony umów tego rodzaju, nie dość że doświadczają trudności w zakresie właściwego wyważenia relacji (co uprzywilejowuje podmioty silniejsze ekonomicznie), to jeszcze muszą liczyć się z wysokim ryzykiem zaistnienia sporu w związku z wykonywaniem umowy, których wysokie koszty i długi czas trwania wynikają m.in. z braku ustabilizowanego prawa precedensowego stanowiącego samoistną zachętę do wyczerpania toku instancji w nadziei uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia⁵⁰⁸. Podobnie jak w prawie brytyjskim również w prawie amerykańskim jedną z form świadczenia usług może być umowa agencyjna. Przede wszystkim znajduje ona zastosowanie do sytuacji, w których przedmiotem zobowiązania jest świadczenie czynności prawnych. W tym kontekście można wspomnieć, że stosunek agencyjny, jest rozumiany w systemach amerykańskich podobnie jak w Zjednoczonym Królestwie, to znaczy uznaje się, iż opiera się na porozumieniu pomiędzy mocodawcą określanym mianem *principal* i agentem (*agent*), który zostaje umocowany (*authorized*) do stałego pośredniczenia w zawieraniu umów oddzielnego rodzaju⁵⁰⁹. Źródłem stosunku agencyjnego pomiędzy stronami może być zarówno umowa agencyjna (*contract of agency*) jak i inna umowa zakładająca jej wykonanie w sposób podporządkowany, wówczas będące jej przedmiotem zobowiązanie określa się go mianem *master-servant* lub *employer-employee relationship*, jak i niepodporządkowany wówczas taką więź określa się jako *employer-independent contractor*⁵¹⁰. W tym zakresie należałoby wyjaśnić, że w pierwszym przypadku będzie miała miejsce sytuacja, która w systemach prawa kontynentalnego oznaczałaby nawiązanie stosunku pracy. Sposób uregulowania agencyjki w prawie amerykańskim może być przeanalizowany na podstawie dokumentu określanego jako *Restatement of the Law – Agency*, którego obecnie obowiązująca wersja została przyjęta w kwietniu 2006 r. Zgodnie z § 1.01 tego aktu prawnego mającego charakter tzw. *soft law*, agencyja jest fiducyjnym stosunkiem prawnym, który powstaje, gdy jedna osoba wyraża wobec drugiej osoby zgodę na działanie na

⁵⁰⁷ I. Karwala, Regulacja świadczenia usług..., s. 98

⁵⁰⁸ E. West, Construction Contracting: Building Better Law with the Uniform Commercial Code, Case Western Reserve Law Review 2002, Vol. 52, Issue 2, s. 1067

⁵⁰⁹ R. Tokarczyk, Prawo amerykańskie..., s. 181

⁵¹⁰ *Ibidem*

jej rzecz w sposób podległy jej kontroli, a druga osoba wyraża na to zgodę lub w inny sposób akceptuje to działanie⁵¹¹.

Oddzielnego opisanie wymaga sytuacja, w której – wobec braku umocowania do dokonywania czynności prawnych – stosunek zobowiązaniowy pomiędzy stronami nie będzie mógł zostać opisany w kategoriach *agency*. W tym zakresie wskazuje się, że świadczenie usług w ramach stosunków umownych podlega w Stanach Zjednoczonych regulacji prawa precedensowego (*common law*), które – jak już wspomniano – oceniane jest jako niejasne, oraz rozporozonych regulacji prawa stanowionego różniące się w poszczególnych stanowych porządkach prawnych⁵¹². Ten stan rzeczy stanowiący przede wszystkim trudność dla małych przedsiębiorców sprawia, że wyspecjalizowane agencje rządowe takie *Small Business Administration* starają się zapewnić wsparcie również w zakresie obsługi prawnej m.in. wskazując na możliwość korzystania z wzorów umów opracowywanych przez organizacje pozarządowe takie jak *SCORE Association*⁵¹³. Innym przykładem rozwiązań mających na celu złagodzenie negatywnych skutków opisanych powyżej trudności są formularze kontraktowe opracowane przez *the American Institute of Architects*, które wykorzystuje się na potrzeby zawierania umów mających za przedmiot świadczenie usług budowlanych⁵¹⁴.

Charakteryzując umowy mające za przedmiot usługi, przedstawiciele doktryny prawa amerykańskiego zwracają uwagę na istotę tej umowy za którą uznają wysiłek, czas i umiejętności analityczne (*effort, time, interpretive skills*) usługodawcy udostępniane w zamian za wynagrodzenie, mogące przybrać różną formę zgodnie z doktryną *consideration*⁵¹⁵. Wśród kontraktów należących do opisywanej kategorii wymienia się umowy o: zaprojektowanie budynku, opracowanie programu komputerowego, badanie rynku, doradztwo, naprawę, usługi artystyczne, produkcję

⁵¹¹ W wersji oryginalnej: Agency is the fiduciary relationship that arises when one person (a "principal") manifests assent to another person (an "agent") that the agent shall act on the principal's behalf and subject to the principal's control, and the agent manifests assent or otherwise consents so to act. Zob. Restatement of the Law – Agency Restatement (Third) of Agency Current through April 2006: https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjItfO3sJTcAhWROSwKHUaPBH0QFghZMAY&url=https%3A%2F%2Fwiki.duke.edu%2Fdownload%2Fattachments%2F89915635%2FRestatement%2520%2528Third%2529%2520of%2520Agency%2520Section%25201.01.pdf%3Fapi%3Dv2&usg=AOvVaw3tIFQ_HIGohGcrAqheqL1r [Dostęp 2018-07-10]

⁵¹² R. T. Nimmer, Services Contracts: The Forgotten Sector of Commercial Law, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1993, vol. 26, issue 3, s. 728, 732

⁵¹³ <https://www.sba.gov/blogs/contract-law-how-create-legally-binding-contract> [Dostęp 2018-07-10]

⁵¹⁴ I. Karwala, Regulacja świadczenia usług..., s. 97 i cyt. tam lit.

⁵¹⁵ R. T. Nimmer, Services Contracts..., s. 738

filmu, instalacje, ochronę⁵¹⁶, a także dość rozbudowane kontrakty obejmujące swym zakresem szereg świadczeń np. zgodnie z jednym z amerykańskich orzeczeń za umowę o świadczenie usług uznano stosunek zobowiązaniowy, w ramach którego usługobiorca otrzymał od usługodawcy dokumentację techniczną i profesjonalne doradztwo dotyczące sposobu przekształcania cynku z formy stałej do pyłu wraz z prawem do praktycznego wykorzystania tego procesu⁵¹⁷, choć w tym ostatnim przypadku doktryna raczej skłania się do zakwalifikowania tego przypadku jako licencji⁵¹⁸. Wynika stąd, że *service contracts* w ujęciu prawa amerykańskiego jest pojęciem bardzo szerokim obejmującym swym zakresem szereg zobowiązań, których źródłem, w systemach prawa stanowionego, mogą być różne umowy nazwane.

Wspomniany nakład pracy strony zobowiązanej do świadczenia charakterystycznego, co do którego niejednokrotnie wymaga się, żeby pochodził od konkretnej osoby czy podmiotu (*personal or corporate performance*), ma większe znaczenie w przypadku wielu kontraktów, tego rodzaju, niż skutek spełnienia takiej umowy, którym niekiedy, choć nie zawsze, może być określony produkt⁵¹⁹. W tym kontekście wskazuje się, że efektem działań usługodawcy bardzo często nie jest żaden materialny przedmiot, poza raportami, diagramami dokumentami w postaci elektronicznej⁵²⁰. Taka sytuacja uznawana jest za przypadek umowy o świadczenie „czystych” usług (*pure services contract*), kiedy to osoba kontrahenta, a konkretnie przejawiane przez nią staranność i umiejętności (*care and skill*) ma większe znaczenie niż ostateczny sposób i czas wykonania usługi⁵²¹. Wśród przykładów takich stosunków obligacyjnych wymienia się te, które mają za przedmiot czynności wykonywane przez adwokatów, architektów, księgowych, mechaników czy sędziów w ramach swej działalności zawodowej⁵²². Istotą takich kontraktów jest osiągnięcie adekwatności działań usługodawcy, jakość świadczonej przez niego pracy, zakres współpracy ze strony usługobiorcy, właściwe wynagradzanie za etapy wykonanego przedsięwzięcia, a nie ustalenie czy ostateczny skutek spełnia pierwotne oczekiwania

⁵¹⁶ *Ibidem*

⁵¹⁷ Orzeczenie w sprawie *Snyder v. ISC Alloys, Ltd.* cyt. za R. T. Nimmer, *Intangibles Contracts: Thoughts of Hubs, Spokes, and Reinvigorating Article 2*, *William and Mary Law Review* 2004, vol. 35, issue 4, s. 1344

⁵¹⁸ R. T. Nimmer, *Intangibles Contracts...*, s. 1345 i cyt. tam opracowanie.

⁵¹⁹ R. T. Nimmer, *Services Contracts...*, s. 738-739

⁵²⁰ *Ibidem*, s.739

⁵²¹ *Ibidem*

⁵²² D. Shelhimer: *Sales-service hybrid transactions and the strict liability dilemma*, *Southwestern Law Journal* 1989, Vol. 43, s. 791-792

klienta⁵²³. Podejmując próbę zilustrowania tego wywodu można odwołać się do przypadku usług prawniczych. Strona sporu niejednokrotnie podejmuje decyzję o zaangażowaniu konkretnego prawnika z nadzieją uzyskania korzystnego wyroku sądowego. Jednakże niejednokrotnie osobiste przymioty takiego usługodawcy, jego rozeznanie sytuacji i umiejętność działania w okolicznościach danego przypadku czy odpowiednia współpraca z klientem, sprawiają, że jest w stanie osiągnąć wynik odbiegający od pierwotnych oczekiwań strony, ale o wiele bardziej albo równie dla niej korzystny (np. zakończenie sporu wskutek zawarcia ugody). Określenie istoty takich umów wiąże się ze wskazaniem okoliczności, które mogą zostać uznane za przejaw niewykonania albo niewłaściwego wykonania umowy. Przykładowo przesłanką stwierdzenia niewykonania umowy nie jest całkowite spełnienie oczekiwań usługodawcy, lecz poważne naruszenie (*material breach*⁵²⁴) jej postanowień, miarą którego może być niedochowanie standardu staranności w przypadku prawa amerykańskiego wyrażonego za pomocą konstrukcji *reasonable person*⁵²⁵. Kierując się kryterium spełniania oczekiwań usługobiorcy w kontekście właściwego wykonania umowy w doktrynie prawa amerykańskiego przyjmuje się klasyfikacje kontraktów zbliżone do tych funkcjonujących w systemach kontynentalnych. W tym zakresie wyróżnia się *efforts contract*, które można przyrównać do umów o zobowiązanie starannego działania oraz *contracts for a result*, które wydają się być odpowiednikiem umów o zobowiązanie rezultatu⁵²⁶. Przy tym, należy wspomnieć, że podobnie jak w porządkach prawnych należących do kultury

⁵²³ R. T. Nimmer, *Services Contracts...*, s. 739

⁵²⁴ Przesłanki uznania danego naruszenia postanowień umowy za poważne (*material*) wskazano w § 241 *Restatement (Second) of Contracts*. Wyjaśniono tam, że przy ustalaniu czy dane naruszenie jest poważne należy wziąć pod uwagę następujące okoliczności:

- a) zakres w jakim strona poszkodowana będzie pozbawiana korzyści, której w sposób uzasadniony mogła się spodziewać,
- b) zakres w jakim uszczerbek strony poszkodowanej może być odpowiednio skompensowany za część tej korzyści, której będzie pozbawiona,
- c) zakres w którym strona niewywiązująca się z obowiązku świadczenia albo zaoferowania świadczenia dozna straty,
- d) prawdopodobieństwo tego, że strona niewywiązująca się z obowiązku świadczenia albo zaoferowania świadczenia naprawi skutki swojego działania lub zaniechania z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, a także wszelkich uzasadnionych zapewnień.

W kontekście powołania *Restatement (Second) of Contracts* jako dokumentu mogącego stanowić wskazówkę odnośnie interpretowania regulacji dotyczących umów o świadczenie usług należy przytoczyć sformułowane w doktrynie zastrzeżenie zgodnie z którym zasady wynikającego z tego opracowania nie zostały przyjęte we wszystkich stanach, a co za tym idzie istnieje prawdopodobieństwo, że w niektórych z nich kwestia *material breach* będzie rozumiana inaczej (np. w sposób ustalony w prawie precedensowym danego stanu) albo w ogóle nie będzie stanowiła przesłanki oceny sytuacji w tym zakresie wobec przyjęcia innych rozwiązań. Zob. R. T. Nimmer, *Services Contracts...*, s. 735

⁵²⁵ R. T. Nimmer, *Services Contracts...*, s. 740

⁵²⁶ *Ibidem*

civil law posługiwanie się tą dychotomią uznaje się za problematyczne. Za przykład takiej trudności uznaje się zaklasyfikowanie umowy o doradztwo, co do której istnieją wątpliwości czy jej przedmiotem jest dostarczenie właściwej porady czy też nakład pracy (czas i dokonanie oceny sytuacji) poświęcony na jej sformułowanie⁵²⁷. Podobnych problemów doświadcza amerykańskie sądownictwo w kontekście konieczności zakwalifikowanie umowy o przetwarzanie danych (*data processing contract*), co do której stwierdza się, że stanowi ona źródło zobowiązania wymagającego jednoczesnego zaangażowania osobistych umiejętności i pracy oraz materiałów, wyposażenia i czasu⁵²⁸.

Na zakończenie prezentacji amerykańskich regulacji dotyczących świadczenia usług należy wspomnieć, że wobec trudności napotykanym przez uczestników obrotu prawnego w zakresie odtworzenia treści norm regulujących ten aspekt stosunków cywilnoprawnych, formułuje się postulat skodyfikowania tych regulacji i ujęcia ich w *Uniform Commercial Code*. Wśród argumentów uzasadniających podjęcie tych działań wymienia się m.in. znaczenie umów o świadczenie usług dla współczesnej gospodarki, daleko idące partykularyzmy poszczególnych stanowych systemów prawnych stanowiących przede wszystkim trudność dla małych przedsiębiorców niezdolnych do sfinansowania obsługi prawnej umożliwiającej przewyżczenie tych trudności, zwiększenie kosztów transakcyjnych związanych z brakiem pewności prawnej w dziedzinie regulacji stosunków zobowiązaniowych tego rodzaju, zwiększenie dostępności do regulacji tej sfery obrotu prawnego⁵²⁹. Natomiast w odniesieniu do sposobu skodyfikowania przepisów dotyczących kontraktów mających za przedmiot usługi postuluje się wykorzystanie podejścia „hub-and-spoke” (dosłownie „piasta i szprychy”) oznaczającego wpisanie umów o świadczenie usług w zakres regulacji *Uniform Commercial Code* poprzez poczynienie odpowiednich wskazań w treści art. 2 tego aktu⁵³⁰. W tym ujęciu *hub* stanowiły by ogólne zasady prawa umów wyrażone we wspomnianym dokumencie odpowiednio zarówno do umów sprzedaży, najmu, licencji, natomiast *spoke* odnosiłoby się do przepisów szczególnych, uzupełniających regulacje ogólne, dostosowanych do specyfiki

⁵²⁷ *Ibidem*

⁵²⁸ Zob. orzeczenie w sprawie *Colonial Life Insurance Co. of America v. Electronic Data Systems Corp.*, w której sąd ostatecznie stwierdził, że analizowana umowa stanowi nie umowę o świadczenie usług, lecz licencję, do której odpowiednio można stosować niektóre regulacje o sprzedaży wyrażone w art. 2 *Uniform Commercial Code* cyt. za R. T. Nimmer, *Intangibles Contracts...*, s. 1348

⁵²⁹ R. T. Nimmer, *Services Contracts...*, s. 726, 730, 731, 735

⁵³⁰ R. T. Nimmer, *Intangibles Contracts...*, s. 1340

poszczególnych typów kontraktowych, np. dedykowanych tylko i wyłącznie umowom o świadczenie usług⁵³¹. Konieczność zastosowania takiego podejścia uzasadnia się dość oczywistą konstatacją niemożliwości zastosowania w całej rozciągłości przepisów o sprzedaży do kontraktów mających za przedmiot usługi⁵³². Oczywiście można również odnotować poglądy kwestionujące potrzebę kodyfikacji w tym zakresie uzasadniane postulatem pozostawienia tych zagadnień w sferze regulacji prawa precedensowego, które miałyby na bieżąco reagować na potrzeby praktyki⁵³³.

Wobec powyższego można stwierdzić, że przedstawiciele doktryny amerykańskiego prawa umów, skonfrontowani z potrzebami praktyki obrotu prawnego, proponują rozwiązania zbliżone w swej istocie do kodyfikacji kontynentalnych w ramach, których również w dziedzinie prawa zobowiązań można wyróżnić część ogólną i część szczegółową. Również opisane powyżej działania instytucji publicznych w zakresie proponowania wzorów umów o świadczenie usług pełniących podobne funkcje, co kodeksowe regulacje typizujące dany rodzaj umowy nazwanej mogą zostać uznane za przejaw konwergencji (zbliżania się) systemów prawa *common law* i prawa stanowionego.

II.7.3 Świadczenie usług w prawie angielskim

Podstawową umową zobowiązującą do świadczenia usług regulowaną przez przepisy prawa brytyjskiego jest *contract for services*. Przy czym należy dodać, że podjęcie to występuje również w innych anglosaskich systemach prawnych. Do roku 1982 *contract for services* w Zjednoczonym Królestwie była instytucją prawa precedensowego. Już w tym okresie opisywany kontrakt postrzegany był jako umowa handlowa (*commercial contract*⁵³⁴), co zasadniczo odróżniało go od umowy o pracę

⁵³¹ *Ibidem*

⁵³² R. T. Nimmer, *Services Contracts...*, s. 740

⁵³³ Tak M.W. Benfield, P.A. Alces: *Reinventing the Wheel*, *William and Mary Law Review* 1994, Vol. 35, s. 1445

⁵³⁴ Należy mieć na uwadze, że obecnie w Zjednoczonym Królestwie, podobnie jak w innych państwach europejskich, wskutek powstania zapotrzebowania na tzw. elastyczne formy zatrudnienia *contract for services* wykorzystywany jest również jako podstawa prawna dla osobistego świadczenia usług. Źródłem tego popytu jest chęć obniżenia kosztów związanych z zatrudnianiem windowanych przez regulacje dotyczące umowy o pracę m.in. te z zakresu prawa podatkowego. W tej sytuacji klasyfikowany jest on w grupie „umów o osobiste świadczenie pracy” (*personal work contracts* albo *contracts for personal work*), będącej przeciwieństwem tradycyjnych handlowych umów o świadczenie usług (*commercial contracts for services*) w ramach, których nie dochodzi do „osobistego świadczenia pracy” przez usługodawcę, ponieważ zazwyczaj jest nią przedsiębiorca zatrudniający, w celu wykonania odpowiednich czynności na rzecz

(*contract of employment*⁵³⁵) oraz innych umów, na podstawie których możliwe było osobiste świadczenie pracy (*contract for personal work*)⁵³⁶. Jednocześnie należy zauważyć, że sformułowanie precyzyjnych kryteriów pozwalających na odróżnienie *contract of employment* od *contract for personal work* dostarcza wielu trudności angielskiemu sądownictwu. W tym kontekście wątpliwości nie budzi jedynie zakwalifikowanie umów zobowiązujących do zapewnienia świadczenia usług przez osoby trzecie (*providing services of other*), podczas gdy kontrakty, w ramach których usługi świadczone są osobiście wymagają zastosowania różnych testów, wypracowanych w orzecznictwie, w celu stwierdzenia czy podlegają one przepisom prawa pracy czy prawa cywilnego⁵³⁷. Nawiązując, do kwestii osobistego świadczenia pracy na podstawie *contract for services* należy wspomnieć o kwestii dopuszczalności powierzenia wykonania umowy osobie trzeciej. W prawie angielskim, którego źródłem w tym zakresie jest orzecznictwo sądów, uzależniono możliwość zaangażowania podwykonawcy od treści umowy, jej przedmiotu oraz istotnych okoliczności, w których jest ona wykonywana (orzeczenie w sprawie *Davies v. Collins* [1945] 1 ALLER 247), ich przejawem może być zbyt osobisty charakter kontraktu uniemożliwiający dopuszczenie jego realizacji przez inną osobę⁵³⁸. Ponadto, nawet wówczas, gdy podwykonawstwo umowy jest dopuszczalne usługodawca pozostaje odpowiedzialny wobec usługobiorcy za świadczenia działania powierzone osobie trzeciej (orzeczenie w sprawie *Stewart v. Reavell's Garage* [1952] 2 QB 545)⁵³⁹.

usługobiorcy. własnych pracowników. Zob. M. Freedland, *Application of Labour and Employment Law beyond the Contract of Employment*, *International Labour Review* 2007, vol. 146, i. 1/2, s. 3 i 7

⁵³⁵ W tym kontekście można wspomnieć, że pierwotnie źródłem prawa regulującego relacje współcześnie określane mianem stosunku pracy (*law of master and servant*) były precedensy dotyczące relacji pomiędzy domownikami (*common law of domestic relations*), ponieważ świadczenie pracy było domeną służby (*servants*) podporządkowanej panom (*masters*) na podobnych zasadach, co członkowie rodziny „pracodawców”. Zob. M. Freedland [w:] *English Private Law*, pod red. A. Burrowsa, Oxford 2007, s. 1087

⁵³⁶ M. Freedland [w:] *English Private Law*, pod red. A. Burrowsa, Oxford 2007, s. 1086

⁵³⁷ Potwierdzeniem tych trudności może być treść orzeczenia w sprawie *Market Investigation Ltd v Minister of Social Security* z 1969 r., w którym zauważono, że współcześnie powszechnie stwierdza się brak jednego decydującego testu pozwalającego zidentyfikować daną umowę jako umowę o pracę. Wobec tego zachodzi potrzeba analizowania danego stosunku zobowiązaniowego pod kątem wielu cech charakteryzujących ten kontrakt, chociaż uznaje się, że jedną z najważniejszych okoliczności, prawie przeważającą, jest kwestia statusu osoby wykonującej daną umowę. Jeżeli jest nią osoba prowadząca działalność gospodarczą na własny rachunek (*person in business on his own account*) wówczas należy przyjąć, że jest ona stroną *contract for services*. Zob. M. Freedland, *English Private Law*, s. 1088

⁵³⁸ PEL SC, s. 212

⁵³⁹ *Ibidem*

W roku 1982, głównie pod wpływem rekomendacji sformułowanych w raporcie p.t. *Service Please – Services and the Law: A Consumer View*⁵⁴⁰ opublikowanym przez *National Consumer Council* podjęto prace nad przygotowaniem aktu prawnego regulującego tę problematykę⁵⁴¹. Efektem tych działań był *Supply of Goods and Services Act 1982*⁵⁴², który zaczął obowiązywać od dnia 4 lipca 1983 r. Warto wspomnieć, że dzięki tej ustawie prawo brytyjskie jest jedynym europejskim porządkiem prawnym, w którym problematyce świadczenia usług w ramach stosunków umownych poświęcono osobny akt prawny⁵⁴³. Przy czym zauważa się, że regulacja przedmiotowego aktu prawnego nie obejmuje szeregu istotnych kwestii o charakterze ogólnym, takich jak zawarcie umowy, jej minimalna treść czy skutki naruszenia zobowiązania, co zresztą jest dość typowe⁵⁴⁴ dla angielskiego prawa kontraktów⁵⁴⁵. W ujęciu pozytywnym można stwierdzić, że odnosi się jedynie trzech aspektów⁵⁴⁶ świadczenia usług tj. miernika staranności (*care and skill*⁵⁴⁷), terminów wykonania (*time for performance*⁵⁴⁸) i wynagrodzenia (*consideration*⁵⁴⁹).

Wskazany powyżej akt prawny jest o tyle istotny, że wprowadza pojęcie „umowy o dostawę usługi” (*contract for the supply of service*), która zdefiniowana jest w art. 12(1) ustawy jako umowa, na mocy której osoba (dostawca) zobowiązuje się do wykonania usługi⁵⁵⁰. Umowa ta została wyraźnie wyodrębniona względem umowy o pracę (*contract of service*) i umowy o pracę w celu przygotowania zawodowego (*contract of apprenticeship*). W celu doprecyzowania definicji w art. 12(3) wskazano, że umową o dostawę usługi, w rozumieniu ustawy, jest również umowa, w ramach której dochodzi do przeniesienia własności towarów (*transfer of goods*) lub do ich wypożyczenia bez względu na przedmiot świadczenia drugiej strony. Zatem z art. 12 (3) wynika, iż prawo angielskie dopuszcza kontrakty dotyczące usług, o charakterze

⁵⁴⁰ B. Lantin, G. Woodroffe, *Service Please – Services and the Law: A Consumer View*, London 1981

⁵⁴¹ M. Griffiths, I. Griffiths, *Law for Purchasing and Supply*, Harlow 2002, s. 120

⁵⁴² *Supply of Goods and Services Act 1982* był nowelizowany przepisami *Sale and Supply of Goods Act 1994*. Nowelizacja weszła w życie dnia 3 stycznia 1995 r.

⁵⁴³ PEL SC, s. 148

⁵⁴⁴ Wyjątek w tym zakresie stanowi *Sale of Goods Act 1979*, w którym uregulowano istotne zagadnienia ogólne dotyczące *contract of sale* takie jak sposób zawarcia umowy (*section 4*), opis przedmiotu sprzedaży (*section 5-7*), sposób określenia ceny (*section 8-9*) czy uprawnienia stron w razie naruszenia umowy (*section 49-53*).

⁵⁴⁵ M. Wyrwiński, Regulacja prawna świadczenia usług w prawie angielskim. Inspiracja dla ustawodawcy polskiego?, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2016, Nr 4, s. 112

⁵⁴⁶ *Ibidem*, s. 123

⁵⁴⁷ *Section 13 Supply of Goods and Services Act 1982*

⁵⁴⁸ *Section 14 Supply of Goods and Services Act 1982*

⁵⁴⁹ *Section 15 Supply of Goods and Services Act 1982*

⁵⁵⁰ W tekście oryginalnym: *contract under which a person (“the supplier”) agrees to carry out a service.*

wymiennym, w których wynagrodzenie uiszczane w pieniądzu zastąpione jest takim, które polega na przeniesieniu własności rzeczy albo wykonaniu czynności faktycznej. W literaturze angielskiej wskazuje się, że termin ten może odnosić się zarówno do umów mających za przedmiot wyłącznie usługi, jak i tych, na podstawie których świadczy się nie tylko czynności, lecz również przenosi się prawo własności rzeczy wytworzonych w rezultacie wykonania umowy lub przekazanych w związku ze spełnieniem podstawowego świadczenia⁵⁵¹. Wśród przykładów reprezentujących kontrakty drugiego z powyżej wymienionych typów wskazuje się umowy o naprawę samochodu, instalację centralnego ogrzewania czy namalowanie portretu⁵⁵², czyli te, które w polskim porządku prawnym byłyby zakwalifikowane jako umowy o dzieło. W tym kontekście zauważa się, że zakresem regulacji tego aktu prawnego objęte są zasadniczo wszystkie umowy mające za przedmiot świadczenie usług lub towarów, chyba że w przepisach szczególnych postanowiono inaczej⁵⁵³. W związku z tym omawiane wyrażenie angielskie można uznać za bezpośredni odpowiednik polskich umów o świadczenie usług w znaczeniu szerokim, obejmującym również umowy o świadczenie rezultatu.

Odnosząc się do szerokiego zakresu *contract for the supply of services*, który obejmuje stosunki zobowiązaniowe, dla których źródłem w innych systemach prawnych jest często kilka odrębnych umów nazwanych warto wspomnieć o mierniku staranności, jaki profesjonalny usługodawca musi zachować wywiązując się ze swych obowiązków. Mimo, że każdy zobowiązany do świadczenia na podstawie opisywanej umowy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej (*in the course of a business*) musi dochować szczególnych norm staranności (*reasonable care and skill*), to nie powinno to być utożsamiane z koniecznością osiągnięcia konkretnego rezultatu albo zagwarantowania bezpieczeństwa usługobiorcy, chociaż w przypadku umów zobowiązujących do wytworzenia określonej rzeczy wymaga się, aby produkt ten nadawał się do wykorzystania zgodnie z celami, które chciał osiągnąć zamawiający (*fit for purpose*)⁵⁵⁴. W jednym z orzeczeń⁵⁵⁵ dotyczących tej problematyki wprost wskazano, że osiągnięcie zamierzonego rezultatu nie może stanowić elementu takiej

⁵⁵¹ M. Griffiths, I. Griffiths, *op. cit.*, s. 122

⁵⁵² *Ibidem*

⁵⁵³ M. Wyrwiński, *op. cit.*, s. 115

⁵⁵⁴ *Ibidem*, s. 123

⁵⁵⁵ *Greaves & Co (Contractors) Ltd v Baynham Meikle and Partners*, All England Law Reports 1975, vol. 3, s. 104

umowy, wobec czego nieuzyskanie pożądaných skutków nie stanowi podstawy ani do ubiegania się o odszkodowanie ani do odstąpienia od umowy⁵⁵⁶. Niemniej jednak w kontraktach tego rodzaju, może się zdarzyć, że niedochowanie szczególnych norm staranności, do którego zobowiązuje się usługodawca, doprowadzi do nieosiągnięcia określonego skutku⁵⁵⁷. Jednakże wówczas podstawą do wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym czy odstąpienia od umowy nie będzie brak rezultatu, lecz właśnie nie dochowanie odpowiedniej miary staranności. Ilustrując te uregulowania sąd wyjaśnił, że zawierając *contract for the supply of services* chirurg nie zobowiązuje się do wyleczenia pacjenta, a prawnik do wygrania procesu, jednakże gdy stroną umowy jest dentysta, który na jej podstawie ma wykonać sztuczną szczękę prawo wymaga, żeby pasowała ona do dziąseł zamawiającego⁵⁵⁸.

Dochowanie powyżej wspomnianej szczególnej miary staranności, będące obowiązkiem przedsiębiorców wynikającym z sekcji 13(2) *Supply of Goods and Services Act 1982* wymaga, aby wykonując umowy zawierane z konsumentami działali z należytą starannością przy zaangażowaniu należytych umiejętności (*reasonable skill and care*). To oznacza, że usługa musi być świadczona z

⁵⁵⁶ W ramach dodatkowych wyjaśnień po pierwsze należy przytoczyć oryginalne brzmienie odpowiedniej części cytowanego orzeczenia.

The law does not imply a warranty that he will achieve a desired result, but only a term that he will use a reasonable care and skill.

Następnie zaś, trzeba wspomnieć, że zgodnie z prawem angielskim, postanowienia umowne (*terms*) dzielą się na *conditions*, *warranties* i *intermediate terms* (zwane również *innominate terms*). Kryterium wyróżnienia tych pojęć stanowi przede wszystkim rodzaj środków ochrony prawnej (*remedial response*) przysługujących w razie naruszenia (*breach*) przez drugą stronę postanowienia danego rodzaju. W przypadku naruszenia *conditions* kontrahentowi przysługuje prawo do odstąpienia od umowy (*right to rescind*) oraz do odszkodowania (*damages*). Naruszenie *warranties* skutkuje, co do zasady, jedynie powstaniem uprawnienia do ubiegania się o odszkodowanie. Natomiast w przypadku *intermediate terms* przyznanie konkretnego środka ochrony prawnej jest w znacznym zakresie uzależnione od uznania sądu, który przyzna prawo do odstąpienia jedynie w przypadku istotnych naruszeń (*substantial failure*), a co za tym idzie prawo do odszkodowania nie będzie jedynym możliwym uprawnieniem tak jak to jest w przypadku *warranties*. Ponadto, należy wspomnieć, że o przynależności poszczególnych postanowień umowy do którejś z powyżej wymienionych grup decydują same strony, sądy albo ustawodawca wprowadzając do odpowiednich aktów prawnych postanowienia z mocy prawa wchodzące do treści zawieranych umów i będące w związku z tym „dorozumianymi” postanowieniami (*implied terms*) kontraktu danego rodzaju. Zob. M. Performance [w:] *English Private Law*, pod red. A. Burrows, Oxford 2007, s. 759-760, E. McKendrick, *op. cit.*, s. 300-312, 774-790.

Odnosząc powyższe wyjaśnienia do komentowanego fragmentu orzeczenia, należy uznać, że nieosiągnięcie określonego rezultatu nie może skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą ani prawem drugiej strony do odstąpienia od umowy, ponieważ nie stanowi ono postanowienia kontraktu, a tym samym fakt nieuzyskania takiego rezultatu nie może być uznany za naruszenie. Natomiast, obowiązek dochowania odpowiedniej miary staranności uważa się za przewidziany umową z mocy prawa i stąd jego niedotrzymanie naraża kontrahenta na stosowne konsekwencje.

⁵⁵⁷ *Greaves & Co (Contractors) Ltd v Baynham Meikle and Partners*, All England Law Reports 1975, vol.

3, s. 104
⁵⁵⁸ *Ibidem*

zachowaniem takiej staranności i na tyle umiejętnie, ażeby można było ją przypisać należycie wykwalifikowanemu przedstawicielowi danego zawodu lub profesji⁵⁵⁹. W doktrynie wyjaśnia się, że miernik ten ma charakter obiektywny, a fakt jego niespełnienia przez przedsiębiorcę mimo zaangażowania całego swojego potencjału, spowodowany niewystarczającymi umiejętnościami, nie jest okolicznością wyłączającą podstawy dla uzyskania odszkodowania⁵⁶⁰. Ponadto nie znajduje on zastosowania do osób, które świadczą usługi poza zakresem swojej działalności gospodarczej lub zawodowej oraz do tych usługodawców, którzy zostali wyłączeni z zakresu tego przepisu przez sekretarza stanu (*Secretary of State*), tj. arbitrów, dyrektorów zarządzających towarzystw budowlanych i spółek oraz członków organów zarządzających towarzystw pracowniczych (*industrial and provident societies*)⁵⁶¹. Powodem tego jest podleganie tych osób pod szczególne regulacje dotyczące wykonywanych przez nie funkcji, w ramach których przewidziane są inne właściwe normy staranności⁵⁶².

Do przedsiębiorców świadczących usługi odnosi się również art. 14, zgodnie z którym są oni zobowiązani do świadczenia usług w rozsądnym terminie (*within a reasonable time*), o ile ten nie został określony w treści umowy. Podobne regulacje znajdują zastosowanie względem wynagrodzenia za świadczenie usług, które w przypadku braku odpowiednich postanowień w umowie o dostawę usług musi być świadczone w rozsądnej wysokości. W tym zakresie art. 15(1) *Supply of Goods and Services Act 1982* powtarza rozwiązania wypracowane w orzecznictwie (np. wyrok w sprawie *The Saronikis*)⁵⁶³ zgodnie z którym wynagrodzenie płacone przez usługobiorcę w sytuacji braku określenia tej kwestii w treści umowy musi być rozsądne (*reasonable*). We wspomnianym orzeczeniu wyjaśniono ponadto, że przy ustalaniu na potrzeby konkretnego stanu faktycznego znaczenia pojęcia „rozsądne wynagrodzenia za usługę” w szczególności należy wziąć pod uwagę wysokość typowych honorariów wypłacanych na rynku w podobnych przypadkach.

⁵⁵⁹ D. Keenan, *Smith & Keenan's English Law*, Harlow, England – London – New York – Boston – San Francisco – Toronto – Sydney – Tokyo – Singapore – Hong Kong – Seoul – Taipei – New Delhi – Cape Town – Madrid – Mexico City – Amsterdam – Munich – Paris – Milan 2004, s. 337

⁵⁶⁰ *Ibidem*

⁵⁶¹ M. Griffiths, I. Griffiths, *op. cit.*, s. 123

⁵⁶² *Ibidem*

⁵⁶³ *Greenamst Shipping v. Jean Lion (The Saronikis)* [1986] 2 Lloyd's Rep. 277

W brytyjskiej literaturze wskazuje się, że powyżej opisany kontrakt może stanowić podstawę dla świadczenia usług przez przedstawicieli wolnych zawodów takich jak księgowi, architekci, prawnicy, czy rzeczoznawcy oraz, że usługi świadczone poza stosunkami umownymi np. z grzeczności nie są objęte postanowieniami części II *Supply of Goods and Services Act 1982*, ponieważ ta zawiera jedynie tzw. dorozumiane postanowienia umowne (*implied terms*⁵⁶⁴), których inkorporowanie do treści stosunku zobowiązaniowego możliwe jest tylko wtedy, gdy źródłem zobowiązania pomiędzy stronami jest umowa⁵⁶⁵.

Charakteryzując *contract for the supply of services* przedstawiciele doktryny brytyjskiej często odwołują się do istoty (*substance*) tej umowy stanowiącej kryterium odróżniające ją od innych kontraktów. Głównym aspektem tego stosunku zobowiązaniowego jest konieczność zaangażowania przez usługodawcę w toku realizacji swych obowiązków pracy i umiejętności (*skill and labour*), a nie tak jak w przypadku umowy sprzedaży (*contract of sale*) osiągnięcie konkretnego rezultatu poprzez przekazanie i przeniesienie własności rzeczy⁵⁶⁶. W konsekwencji, mimo że w ramach umowy na podstawie, której zostaje namalowany portret, czy tej mającej za przedmiot świadczenie usług prawniczych albo księgowych dochodzi do przeniesienia odpowiednio własności obrazu i egzemplarzy dokumentów, co jest charakterystyczne dla umowy sprzedaży, to fakt, że dla prawidłowego wspomnianych świadczeń najważniejsze jest zaangażowanie odpowiednich umiejętności przesądza o prawnej kwalifikacji takich kontraktów⁵⁶⁷.

W prawie angielskim do czasu wejścia w życie dyrektywy Rady nr 1986/653/EWG z dnia 18 grudnia 1986 r. w *sprawie koordynacji ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek* umowa agencyjna była całkowicie uregulowana przez prawo precedensowe. Wspomniana dyrektywa została implementowana do prawa

⁵⁶⁴ Pojęcie *implied terms* stanowi przeciwieństwo *express terms* odnoszących się do klauzul zawartych przez strony w treści umowy. W ramach pierwszej ze wspomnianych kategorii wyróżnia się *terms implied in fact*, *terms implied in law*, *terms implied in custom*. Pierwsze ze wspomnianych określa oznaczają postanowienia, które wprawdzie nie zostały umieszczone w kontrakcie, ale musiały znaleźć się w jego treści z uwagi na intencje stron (co ustala się przy wykorzystaniu określonych testów). Drugie odnosi się do klauzul stanowiących element stosunku zobowiązaniowego z mocy prawa. Natomiast trzecie obejmuje te postanowienia, których zastosowanie wynika ze zwyczaju lub z okoliczności związanych z zawarciem umowy. Zob. M. Wyrwiński, *op. cit.*, s. 113-116 i cyt. tam lit.

⁵⁶⁵ M. Griffiths, I. Griffiths, *op. cit.*, s. 336

⁵⁶⁶ P. S. Atiyah, J. N. Adams, H. L. MacQueen, *The Sale of Goods*, Harlow 2005, s. 27

⁵⁶⁷ *Ibidem*

brytyjskiego w przepisach *Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993*, w którym ustawodawca brytyjski przyjął szereg przepisów ograniczających swobodę stron stosunku agencyjnego pod kątem zwiększenia bezpieczeństwa słabszej ekonomicznie strony tego stosunku prawnego, czyli agenta. W przedmiotowym rozporządzeniu uregulowano m.in. takie kwestie jak: obowiązki stron stosunku agencyjnego, wynagrodzenie agenta (w tym sposób wyznaczenia wysokości oraz prowizji), rozwiązanie umowy agencji, obowiązki informacyjne stron oraz odpowiedzialność odszkodowawcza związana z rozwiązaniem stosunku agencyjnego. W związku z ochronnym charakterem tego aktu prawnego większość norm prawnych w nim zawartych ma charakter imperatywny.

Innymi aktami prawnymi, o których należy wspomnieć w kontekście prezentacji angielskich rozwiązań poświęconych świadczeniu usług są *Consumer Act 2015* oraz *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*.

Pierwszy z nich posłużył transpozycji do porządku prawnego Zjednoczonego Królestwa dyrektywy o prawach konsumenta, dlatego też oprócz przepisów poświęconych kontraktom mającym za przedmiot usługi zawiera również takie, które dotyczą stosunków obligacyjnych innego rodzaju nawiązywanych pomiędzy profesjonalistami a konsumentami⁵⁶⁸. Jego przepisy stanowią *legis specialis* wobec *Supply of Goods and Services Act 1982*⁵⁶⁹. Przy tym w literaturze zwraca się uwagę, na przejawiającą się w opisywanej regulacji próbę konkretyzacji prawnego ujęcia usług⁵⁷⁰. W tym zakresie zauważa się: nakaz spełniania świadczeń tego rodzaju przy dołożeniu należytej staranności (*with reasonable care and skill*)⁵⁷¹, obowiązki informacyjne przedsiębiorcy⁵⁷², konieczność zapłaty przez konsumenta rozsądnego wynagrodzenia (wówczas gdy jego wysokość nie została wprost uregulowana w umowie)⁵⁷³, czy zastrzeżenie wykonania usługi w rozsądnym terminie, jeżeli nie zostanie on wyznaczony przez strony lub nie ma możliwości jego ustalenia w ramach analizy informacji przedstawianych na etapie przedkontraktowym⁵⁷⁴. Na uwagi zasługują również środki ochrony prawnej przewidziane w tej sferze obrotu. W razie

⁵⁶⁸ Są to umowy dotyczące nabycia towarów – uregulowane w rozdziale 1 oraz dostarczanie treści cyfrowych – ujęte w rozdziale 2.

⁵⁶⁹ M. Wyrwiński, *op. cit.*, s. 116

⁵⁷⁰ *Ibidem*, s. 128

⁵⁷¹ *Section 49(1) Consumer Act 2015*

⁵⁷² *Section 50 Consumer Act 2015*

⁵⁷³ *Section 51 Consumer Act 2015*

⁵⁷⁴ *Section 50 Consumer Act 2015*

niezgodności świadczenia z umową konsument ma prawo do żądania powtórne go świadczenia (*the right to require repeat performance*⁵⁷⁵), lub obniżenia ceny (*the right to price reduction*⁵⁷⁶). Przy czym, drugie ze wspomnianych uprawnień przysługuje również w razie naruszenia przez przedsiębiorcę obowiązków informacyjnych⁵⁷⁷ oraz niedochowania terminu wykonania usługi⁵⁷⁸. Jednocześnie należy zauważyć, że okoliczność funkcjonowania w angielskim obrocie jednostronnie profesjonalnym opisanym środków ochrony prawnej nie wyłącza możliwości skorzystania z innych uprawnień wskazanych w *Section 54(7) Consumer Act 2015*. W tym kontekście warto podkreślić, iż np. obowiązki informacyjne (zarówno na etapie przedkontraktowym, jak i w trakcie wykonywania umowy) są udziałem usługodawcy nawet wówczas, gdy drugą stroną umowy nie jest konsument⁵⁷⁹.

Drugi ze wspomnianych powyżej aktów prawnych, czyli *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*, warty jest wzmianki z uwagi na to, że pomimo iż stanowi rozbudowaną regulację przygotowania i wykonywania czynności budowlanych jak również *construction contract*, to w praktyce obrotu jego postanowienia są bardzo często wyłączane albo modyfikowane przez strony korzystające z modelowych wzorów tego kontraktu⁵⁸⁰.

Podsumowując, opis rozwiązań wypracowanych w angielskim prawie zobowiązań w zakresie świadczenia usług należy przede wszystkim zwrócić uwagę na to, że sposób ujęcia tej problematyki jest pochodną dominującej roli odgrywanej w tym systemie przez umowę sprzedaży, która podobnie jak w innych porządkach prawnych, stanowi wzorcowy model ujęcia praw i obowiązków stron stosunków kontraktowych⁵⁸¹. Poza tym charakterystyczna jest również jego ogólnikowość, z jednej strony zapewniającą większą elastyczność (niż ta obserwowana w przypadku regulacji opartych na kontraktach stypizowanych), ale z drugiej powodującą konieczność posługiwania się przez strony obszernymi wzorami umów szczegółowo określającymi zasady wykonywania zobowiązań⁵⁸². Istniejące regulacje nie tyle typizują konkretne stosunki obligacyjne, co w odniesieniu do nich formułują opis

⁵⁷⁵ *Section 55 Consumer Act 2015*

⁵⁷⁶ *Section 55 Consumer Act 2015*

⁵⁷⁷ *Section 54(4) Consumer Act 2015*

⁵⁷⁸ *Section 54(5) Consumer Act 2015*

⁵⁷⁹ M. Wyrwiński, *op. cit.*, s. 133

⁵⁸⁰ M. Wyrwiński, *op. cit.*, s. 129 i cyt. tam lit.

⁵⁸¹ Tak M. Wyrwiński, *op. cit.*, s. 131

⁵⁸² M. Wyrwiński, *op. cit.*, s. 117

wzorca postępowania przybierający postać tzw. *implied terms* (ograniczony do wybranych aspektów tej relacji), które z mocy prawa wpływają na treść zobowiązania⁵⁸³. Przy czym z uwagi na istotę *implied terms* oraz okoliczność ich pogrupowania w odniesieniu do, wprawdzie ogólnie, ale jednak zdefiniowanych umów można uznać je za bardzo generalny zarys regulacji nieco zbliżony do polskich typów ustawowych. W tym kontekście na uwagę zasługuje ich niewielka liczba.. Mając na względzie, że w świetle wskazanych powyżej uwarunkowań angielskie ustawodawstwo należy do najlepszych w skali światowej należałoby, w kontekście ewentualnej zmiany prawa polskiego uważnie przeanalizować konieczność utrzymywania w kodeksie cywilnym tak licznej grupy umów nazwanych mających za przedmiot usługi. Oczywiście rozwiązania brytyjskie nie są w tym wypadku wzorcem do bezpośredniego skopiowania, jednakże mogą zainspirować do ograniczenia liczby przepisów regulujących poszczególne rodzaje umów usługowych albo nowego ujęcie tych instytucji w materii ustawowej. W tym kontekście punkt odniesienia mogłyby stanowić opracowania w rodzaju PEL SC, w których przewidziano jedynie sześć rodzajów umów o świadczenie usług.

W ramach przedmiotowych uwag należy wspomnieć, że podobne postulaty są formułowane w ramach obecnie prowadzonych prac nad rekodyfikacją polskiego prawa cywilnego. Członkowie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego działającej przy Ministrze Sprawiedliwości, nie bez racji zauważają, że część instytucji uregulowanych przepisami kodeksu cywilnego jest zbędna i w ramach prac nad jego zmianą powinny one ulec uchyleniu⁵⁸⁴. W celu zilustrowania tej tezy powołują oni przykład umowy dostawy, stypizowanej ze względu na potrzeby gospodarki centralnie sterowanej⁵⁸⁵, stanowiącej podstawowy element ustroju społeczno-ekonomicznego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, a której funkcje może pełnić umowa sprzedaży albo, tak jak w zachodnioeuropejskich systemach prawnych,

⁵⁸³ Ibidem

⁵⁸⁴ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości, Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2006, s. 87

⁵⁸⁵ Umowa dostawy była szeroko wykorzystywana, zarówno w Polsce jak i w innych krajach socjalistycznych, których systemy prawne również regulowały ten kontrakt, w obrocie towarowym między jednostkami gospodarki uspołecznionej (przedsiębiorstwami państwowymi i spółdzielniami) dla zapewnienia produkcji i dostarczania towarów kooperantom tj. wytwórcom produktów końcowych lub sprzedawcom hurtowym albo detalicznym. Zob. W. J. Katner [w:] A. Brzozowski, J. Frąckowiak, W. J. Katner, J. Napierała, M. Nesterowicz, L. Ogiegło, A. Olejniczak, J. Pisuliński, E. Rott-Pietrzyk, M. Stec, L. Stecki, A. Stelmachowski, J. Strzępka, System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, t. 7, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2004, s. 215, Nb. 1

umowa o dzieło⁵⁸⁶. Wprawdzie z drugiej strony Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego wstępnie proponuje poszerzenie kodeksu cywilnego o regulacje kontraktów ugruntowanych w praktyce funkcjonowania obrotu prawnego, z których część w pewnej mierze sprowadza się do świadczenia usług (np. *factoring*, *forfaiting*, *franchising*)⁵⁸⁷, to jednak wobec wysoce specjalistycznego i zindywidualizowanego charakteru tych stosunków należałoby poważnie rozważyć sens ich typizowania w treści kodeksu. Być może lepszym rozwiązaniem byłoby opracowanie na tyle uniwersalnych, nowoczesnych i elastycznych przepisów dotyczących tzw. nienazwanych umów o świadczenie usług, których stosowanie mogło w sposób wystarczający zaspokajać potrzebę odpowiedniego ujęcie treści stosunków prawnych pomiędzy uczestnikami obrotu.

II. 8 Świadczenie usług w aktach prawa międzynarodowego publicznego

Procesy ekonomiczne, które prowadzą do globalizacji światowej gospodarki wymusiły na społeczności międzynarodowej stworzenie regulacji, które wychodziłyby naprzeciw powszechnie obserwowanym tendencjom również w zakresie problematyki transgranicznego świadczenia usług. W tym kontekście zaistniała potrzeba objęcia zakresem przedmiotowym odpowiednich aktów prawnych pojęcia usługi oraz umów, na podstawie których są one świadczone. Wśród przykładowych porozumień, w których zdefiniowano te pojęcia należy wymienić przede wszystkim Układ Ogólny w Sprawie Handlu Usługami (*General Agreement on Trade in Services* - GATS) oraz umowy regionalne organizacji gospodarczych takich jak Wspólnota Europejska (obecnie Unia Europejska) czy Północnoamerykańska Strefa Wolnego Handlu. Przy tym, ze względu na rolę świadczenia usług w funkcjonowaniu wewnętrznego rynku Wspólnoty Europejskiej i związany z tym zakres regulacji i orzecznictwa, odrębnego potraktowania wymaga odpowiedni zakres *acquis communautaire*.

⁵⁸⁶ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości, Zielona Księga..., s. 87 i cyt. tam literatura. Nieco inaczej tę problematykę przedstawia W. J. Katner, który zauważa, że krajach gospodarki rynkowej kontrakt ten zazwyczaj traktowany jest jako rodzaj sprzedaży, o pewnych cechach umowy o dzieło (tak jest np. w prawie niemieckim, amerykańskim czy brytyjskim). Wyjątek pod tym względem stanowi włoski k.c., w którego przepisach (art. 1559-1570) wprost uregulowano umowę dostawy (*contratto di somministrazione*). Zob. W. J. Katner, op. cit., s. 215, Nb. 2

⁵⁸⁷ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości, Zielona Księga..., s. 88

Mimo, że GATS reguluje handel usługami w odniesieniu do wszystkich sektorów z wyłączeniem przypadku świadczenia usług w ramach wykonywania zadań władzy publicznej nie definiuje wprost ani pojęcia usługi ani sektora usług. Niemniej jednak, w doktrynie podejmowane są próby określenia pojęcia usługi na potrzeby interpretacji tej umowy międzynarodowej. W tym zakresie wskazuje się, że usługi, o których mowa w art. I ust. 3 lit. b Porozumienia Ramowego (*Framework Agreement*⁵⁸⁸) należy utożsamiać z pracą wykonywaną przez jedną osobę na rzecz drugiej, przy czym w kontekście postanowień Załącznika dotyczącego Przepływu Osób Fizycznych nie jest to praca świadczona przez pracowników w rozumieniu przepisów prawa pracy państw członkowskich WTO regulujących stały stosunek zatrudnienia osób fizycznych, o ile nie są oni czasowo zaangażowani w świadczenie usług⁵⁸⁹. Odnośnie możliwości zidentyfikowania grup stosunków obligacyjnych, których przedmiotem są usługi, a które mogą się znaleźć w zakresie przedmiotowym GATS można wskazać na przepisy tej umowy określające sposoby dostawy (*modes of supply*). Pierwszy ze sposobów, czyli dostawa transgraniczna (*cross-border supply*) polega na świadczeniu usług bez przemieszczania się usługodawcy i usługobiorcy np. usług telekomunikacyjnych. Drugi sposób określany mianem konsumpcji za granicą (*consumption abroad*) wiąże się z przemieszczeniem się usługobiorcy do miejsca przebywania usługodawcy – typowym przykładem usług tego rodzaju są usługi turystyczne. Trzeci sposób zdefiniowany jako obecność handlowa (*commercial presence*) występuje, gdy usługodawca w celu świadczenia usług tworzy w innym kraju odpowiednie struktury organizacyjne takie jako przedstawicielstwo, oddział, podmiot zależny – ten rodzaj świadczenia usług jest szczególnie wykorzystywany w sektorze bankowym. Ostatni ze sposobów, czyli przepływ osób fizycznych (*movement of natural persons*) odnosi się do sytuacji, w której zagraniczna osoba fizyczna, w celu świadczenia określonej usługi, przebywa tymczasowo na terenie kraju, w którym znajduje się miejsce pobytu usługobiorcy – najbardziej typowym

⁵⁸⁸ GATS składa się z trzech części. Pierwsza to Porozumienie Ramowe (*Framework Agreement*), które zawiera przepisy znajdujące zastosowanie do wszystkich państw członkowskich Światowej Organizacji Handlu (*World Trade Organization*), które są jednocześnie stronami GATS. Druga złożona jest załączników sektorowych, odnoszących się do poszczególnych sektorów gospodarczych tj. przepływu osób fizycznych, usług transportu lotniczego, usług finansowych, usług transportu morskiego i telekomunikacji. Trzecią stanowią Listy Zobowiązań Szczegółowych (*Schedules of Specific Commitments*), które zostały przyjęte przez każde państwo członkowskie WTO w wyniku negocjacji przeprowadzonych w ramach tzw. rundy urugwajskiej.

⁵⁸⁹ R. August, *International Business Law. Text, Cases, and Readings*, New Jersey 2004, s. 416

przykładem usług świadczonych w ten sposób są usługi konsultingowe lub usługi związane z prowadzeniem robót budowlanych.

II. 9 Świadczenie usług w prawie europejskim

II.9.1 Usługi jako przedmiot regulacji Traktatu

W ramach analizy postanowień Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁵⁹⁰ dotyczących problematyki świadczenia usług należy przede wszystkim zauważyć, że swobodny przepływ usług stanowi jedną z czterech swobód stanowiących fundament rynku wewnętrznego. Pojęcie świadczenia usług zostało zdefiniowane w artykule 57 Traktatu, zgodnie z którym usługami są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób. Wspomniany przepis zawiera również przykładowe wyliczenie świadczeń, które mogą być zakwalifikowane w prawie europejskim jako usługi. Wśród nich wymienia się działalność o charakterze przemysłowym, działalność o charakterze handlowym, działalność rzemieślniczą i wykonywanie wolnych zawodów. Przy tym w końcowej części artykuł 57 Traktatu wskazuje się na jeszcze jedną istotną cechę usług, jaką jest przejściowy, czasowy i sporadyczny charakter tego świadczenia, które może być wykonywane, z zastrzeżeniem przepisów Traktatu dotyczących swobody przedsiębiorczości, na tych samych zasadach, które państwo członkowskie formułuje względem własnych obywateli.

Zagadnienie świadczenia usług, które w przepisach Traktatu jest potraktowane dość ogólnie jest częstym przedmiotem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Wśród głównych cech świadczenia usług, które mają znaczenie ze względu na problematykę niniejszej pracy należy wymienić odpłatność i tymczasowość.

Odpłatność świadczenia usług, w tym kontekście, stanowi konstytutywny element instytucji usługi w prawie europejskim. Świadczenie czynności faktycznych pod tytułem darmym nie stanowi usługi w rozumieniu Traktatu, a co za tym idzie, osoba,

⁵⁹⁰ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej zastąpił Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską wraz z wejściem w życie tzw. Traktatu Lizbońskiego tj. z dniem 1 grudnia 2009 r. Wersję skonsolidowaną Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej opublikowano w Dz. Urz. C 83 z 2010 r.

która prowadzi taką działalność nie może korzystać z uprawnień wynikających ze swobody świadczenia usług. Jednym z orzeczeń⁵⁹¹, w którym potwierdzono tę zasadę prawa europejskiego jest wyrok z dnia 3 marca 1994 r. w sprawie C-19/93 *Tolmsa przeciwko Inspecteur der Omzetbelasting*⁵⁹². Zgodnie z rozstrzygnięciem, które zapadło we wspomnianej sprawie za usługę nie może być uznane granie na ulicy w zamian za datki przechodniów właśnie z powodu braku odpłatności w przypadku takiego świadczenia. Konsekwencją takiego orzeczenia było odmówienie osobie zajmującej się ulicznym graniem prawa pobytu na terytorium państwa goszczącego.

Drugą z podstawowych cech usługi w ujęciu przyjętym w prawie europejskim, mającą znaczenie dla niniejszego wywodu, czyli tymczasowość (niekiedy sprowadzana do jednorazowości), definiowana jest w doktrynie jako cecha działalności o charakterze przejściowym, która dodatkowo odróżnia świadczenie usług, od innej podstawowej swobody rynku wewnętrznego jaką jest swoboda przedsiębiorczości – charakteryzująca się prowadzeniem w innym państwie członkowskim działalności w sposób stały⁵⁹³. W tym zakresie za podstawowe orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości uznaje się wyrok zapadły dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 *Gebhard*⁵⁹⁴ zawierający rozstrzygnięcie zgodnie z którym obywatel państwa członkowskiego prowadzący w sposób stały ciągły działalność zawodową w innym państwie członkowskim nie podlega postanowieniom Traktatu odnoszącym się do swobodnego przepływu usług, lecz tym odnoszącym się do swobody przedsiębiorczości.

Ponadto, kolejne cechy charakteryzujące usługi zostały wyinterpretowane w ramach analizy przepisów prawa wtórnego i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dokonanej w doktrynie. Tytułem wzmianki należy wskazać, że w literaturze przypisuje się tym świadczeniom m.in. niematerialny charakter. Sprawia on, że w toku ujednociania rozwiązań prawnych w poszczególnych państwach członkowskich, służących standaryzacji różnych aspektów życia gospodarczego, nie można poddać

⁵⁹¹ Podobne rozstrzygnięcie zostało zawarte również w orzeczeniu z dnia 27 września 1988 r. w sprawie 263/86, *Państwo Belgijskie przeciwko René Humbel i Marie-Thérese Edel*, Zb. Orz. TS 1988 potwierdzonym w tym zakresie orzeczeniem z dnia 7 grudnia 1993 r. w sprawie C-109/92 *Wirth przeciwko Landeshauptstadt Hannover*.

⁵⁹² Zb. Orz. TS z 1994 r., s. I-743

⁵⁹³ P. Horosz, Swoboda przedsiębiorczości a swoboda świadczenia usług w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, Głosa - prawo gospodarcze w orzeczeniach i komentarzach 2008, nr 1 s. 24 i 26

⁵⁹⁴ Zb. Orz. TS 1995 r., s. I-4165

temu procesowi samej usługi, lecz wymagane jest rozciągnięcie odpowiednich regulacji na świadczeniodawcę, który w głównej mierze wpływa na sposób i związaną z nim jakość wykonania usługi⁵⁹⁵.

Podsumowując ten fragment rozważań należy stwierdzić, że dwie podstawowe cechy świadczenia usług określone w prawie europejskim, czyli odpłatność i tymczasowość (względnie jednorazowość) mogą stanowić cenną wskazówkę dla ustawodawcy krajowego w kontekście konstruowania przepisów typizujących odpowiednią umowę nazwaną. W szczególności te cechy wspomnianego świadczenia mogą stanowić elementy odróżniające umowę o świadczenie usług od innych umów występujących w prawie polskim w szczególności umowy o pracę w zakresie tymczasowości lub jednorazowości, a także pozostałych form pozyskiwania cudzej pracy, np. takich jak wolontariat.

II.9.2 Usługi jako przedmiot regulacji prawa wtórnego

W kontekście identyfikowania treści pojęcia „świadczenie usług” w prawie europejskim należy wspomnieć o podstawowym akcie prawa wtórnego odnoszącym się do tej kwestii. Jest nim dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym⁵⁹⁶. Wprawdzie w definicji usługi zawartej w tym akcie nie doprecyzowano tego pojęcia ponad to, co zapisano w samym Traktacie i co następnie wyjaśniono w orzecznictwie⁵⁹⁷, niemniej jednak przepisy określające jego zakres przedmiotowy sformułowano w sposób dający pewne wyobrażenie, co do rozumienia tego terminu w prawie europejskim. Wśród cech usług, które wyartykułowano w zawartej w dyrektywie definicji (art. 4 pkt 1), wskazano nie tylko wynikającą z Traktatu odpłatność, lecz również samodzielny charakter świadczenia usługi będący przejawem działalności gospodarczej rozumianej, w szczególności, jako odpłatna działalność rzemieślnicza, przemysłowa, artystyczna, czy w ramach wolnego zawodu⁵⁹⁸. W tym zakresie należy zauważyć, że w dyrektywie stworzono system dwóch rodzajów wyłączeń, na który

⁵⁹⁵ M. Strzelbicki, Podstawowe problemy funkcjonowania swobody przepływu usług i próba ich rozwiązania w dyrektywie o usługach na rynku wewnętrznym, *Studia Prawnicze* 2008, z. 4, s. 68

⁵⁹⁶ Dz. U. WE L 376 z 27 grudnia 2006 r., s. 36

⁵⁹⁷ Zgodnie z art. 4 pkt 1 dyrektywy „usługa” oznacza wszelką działalność gospodarczą prowadzoną na własny rachunek, zwykle świadczoną za wynagrodzeniem, zgodnie z art. 50 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 57 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej).

⁵⁹⁸ M. Strzelbicki, *op. cit.*, s. 73

składa się wyłączenie ogólne wskazujące na usługi, do których nie znajduje zastosowania żaden przepis tego aktu prawnego oraz szczególne wykluczające możliwość zastosowania zasady swobody świadczenia usług względem tych świadczeń, które nie zostały wyłączone z zakresu regulacji dyrektywy⁵⁹⁹. Wspomniana derogacja ogólna odnosi się do usług wymienionych w art. 2 ust. 2⁶⁰⁰ dyrektywy, zaś szczególna obejmuje usługi wymienione w art. 17 pkt 1⁶⁰¹ dyrektywy oraz szereg zagadnień zwianych ze świadczeniem takich usług jak usługi prawnicze związane z sądową windykacją czy udziałem notariusza (art. 17 pkt 2-15).

W ramach analizy aktów prawa wtórnego regulujących problematykę świadczenia usług należy również wspomnieć o dyrektywie o prawach konsumentów.

⁵⁹⁹ M. Kula, Dyrektywa usługowa - z dużej chmury mały deszcz?, Prawo Europejskie w praktyce 2007, nr 2, s. 68

⁶⁰⁰ Zgodnie z art. 2 ust. 2 dyrektywa nie ma zastosowania do następujących rodzajów działalności:

- a) usług o charakterze nieekonomicznym świadczonych w interesie ogólnym;
- b) usług finansowych, takich jak usługi w zakresie bankowości, działalności kredytowej, ubezpieczeń i reasekuracji, usług w zakresie emerytur pracowniczych lub indywidualnych, papierów wartościowych, funduszy inwestycyjnych, płatności oraz doradztwa inwestycyjnego – w tym usług wymienionych w załączniku I do dyrektywy 2006/48/WE;
- c) usług i sieci łączności elektronicznej oraz urządzeń i usług towarzyszących, w związku z zagadnieniami objętymi dyrektywami 2002/19/WE, 2002/20/WE, 2002/21/WE, 2002/22/WE i 2002/58/WE;
- d) usług w dziedzinie transportu, w tym usług portowych, objętych postanowieniami tytułu V Traktatu;
- e) usług agencji pracy tymczasowej;
- f) usług zdrowotnych niezależnie od tego czy są one świadczone w placówkach opieki zdrowotnej, jak również niezależnie od sposobu ich zorganizowania i finansowania na poziomie krajowym oraz tego czy są to usługi publiczne czy prywatne;
- g) usług audiowizualnych, w tym usług kinematograficznych, niezależnie od sposobu ich produkcji, dystrybucji i transmisji, a także rozpowszechniania radiowego;
- h) działalności hazardowej ze stawkami pieniężnymi w grach losowych, włącznie z loterią, grami hazardowymi w kasynach i zakładami wzajemnymi;
- i) działań, które są związane z wykonywaniem władzy publicznej zgodnie z art. 45 Traktatu;
- j) usług społecznych świadczonych przez usługodawców upoważnionych do tego przez państwo lub organizacje charytatywne uznane za takie przez państwo, związane z budownictwem socjalnym, opieką nad dziećmi oraz pomocą rodzinom i osobom będącym stale lub tymczasowo w potrzebie;
- k) usług ochrony osobistej;
- l) usług świadczonych przez notariuszy i komorników powołanych na mocy aktu urzędowego.

⁶⁰¹ Według art. 17 zasada swobody świadczenia usług nie ma zastosowania do:

- 1) usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w innym państwie członkowskim, między innymi:
 - a) w sektorze pocztowym - usług objętych dyrektywą 97/67/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług (1);
 - b) w sektorze energii elektrycznej - usług objętych dyrektywą 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej;
 - c) w sektorze gazu ziemnego - usług objętych dyrektywą 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego;
 - d) usług dystrybucji i dostaw wody oraz usług oczyszczania ścieków;
 - e) gospodarki odpadami [...]

Prezentację treści tego aktu prawnego, w istotnym dla niniejszej rozprawy zakresie, warto poprzedzić spostrzeżeniem dotyczącym ogólnej tendencji⁶⁰² zauważalnej w sposobie kształtowania europejskiego prawa konsumenckiego, której wyrazem jest m.in. niniejsza dyrektywa. Przedmiotowy akt prawny jest bowiem przejawem działań mających na celu ustanowienie ochrony konsumenta nie będącej zarazem nadmiernym obciążeniem dla kontraktujących z nim przedsiębiorców⁶⁰³. Narzędziem służącym osiągnięciu tego zamierzenia jest sformułowanie przepisów dyrektywy o prawach konsumentów w sposób umożliwiający uznanie jej za środek harmonizacji zupełnej. Oznacza to, że państwa członkowskie dokonując jej implantacji do krajowych porządków prawnych nie mogą utrzymywać, ani wprowadzać regulacji zakładających zarówno łagodniejsze jak i surowsze standardy ochrony konsumentów⁶⁰⁴. Ten sposób kształtowania europejskiego prawa konsumenckiego jest oceniany w literaturze jako prowadzący do faktycznego

⁶⁰² Dyrektywa o prawach konsumentów jest uznawana za tzw. maksymalną dyrektywę konsumencką. Innym przykładem takiego aktu prawnego jest dyrektywa Rady 85/374/EWG z 25 lipca 1985 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących odpowiedzialności za produkty wadliwe (Dz. Urz. WE L 210 z 7.08.1985 r., s. 29–34). Szerzej na temat maksymalnych dyrektyw konsumenckich M. Mazurek, Wpływ maksymalnych dyrektyw konsumenckich na funkcjonowanie skodyfikowanych systemów prawa cywilnego, *Transformacja Prawa Prywatnego* 2008, Nr 2, s. 23 i 24

⁶⁰³ Ograniczanie praw konsumenta na poziomie regulacji europejskich, takich jak np. uprawnienie do odstąpienia od umowy, zachodzi nie tylko w ramach działalności legislacyjnej, lecz również orzeczniczej. Tytułem przykładu można w tym zakresie wskazać wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 marca 2005 r. ws. C-336/03 *EasyCar (UK) Ltd* przeciwko *Office of Fair Trading*. Przedmiotowe orzeczenie zostało wydane na skutek wystąpienia przez sąd krajowy z pytaniem prejudycjalnym. W treści tego pytania zwrócono się o wyjaśnienie czy pojęcie „umowy o świadczenie usług w zakresie transportu” w rozumieniu art. 3 ust. 2 dyrektywy 98/7/WE obejmuje umowy najmu samochodów. Od rozstrzygnięcia tego dylematu zależała możliwość uznania uprawnienia konsumenta do odstąpienia od umowy oraz zwrotu kosztów wynikających ze złożenia takiego oświadczenia woli. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że zapewnienie konsumentom nieograniczonego prawa do odstąpienia w odniesieniu do każdego rodzaju umowy mogłoby niewspółmiernie negatywnie wpływać na działalność przedsiębiorców na wspólnym rynku. W związku z tym ww. wyrok postrzegany jest w doktrynie jako przejaw dążenia do zrównowżenia ochrony konsumentów z potrzebą zapewnienia sprawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego m.in. poprzez odpowiednie zabezpieczenie interesów przedsiębiorców. To orzeczenie daje również obraz hierarchii wartości leżących u podstaw prawa europejskiego, w ramach której ochrona praw konsumenta w pewnych sytuacjach musi zostać ograniczona, żeby można było przyjąć rozwiązania zapewniające realizację celów gospodarczych Unii Europejskiej, w tym rozwoju handlu wewnątrzunijnego i promocji przedsiębiorczości poprzez nadmierne nienaruszanie interesów finansowych europejskich przedsiębiorców. Tak A. Kunkiel-Kryńska, *Prawo konsumenckie UE – prawo konsumenta do odstąpienia od umowy – wprowadzenie* i wyrok TS z 10.03.2005 r. w sprawie C-336/03 *EasyCar (UK) Ltd v. Office of Fair Trading*, *Europejski Przegląd Sądowy* 2012, Nr 6, s. 55 Wynika z tego, że potrzeba równoważenia ochrony konsumentów z interesami przedsiębiorców jest również dostrzegana w orzecznictwie, którego skutkiem może być doraźne równoważenie tych dwóch wartości w sytuacji, gdy obowiązujące prawo stanowione mogłoby w procesie jego stosowania powodować nadmierne dysproporcje.

⁶⁰⁴ J. Ciesielski, *Traktatowe podstawy dyrektyw konsumenckich a orzecznictwo TS*, *Europejski Przegląd Sądowy* 2013, Nr 8, s. 32

pozbawiania państw członkowskich kompetencji prawotwórczych w tym zakresie⁶⁰⁵. Dlatego też zasadne wydaje się formułowane w doktrynie przypuszczenie, co do możliwości zmiany praktyki prawodawczej w tym zakresie poprzez powrót do szerszego wykorzystania instrumentów harmonizacji minimalnej⁶⁰⁶. Scenariusz taki jest dość prawdopodobny, ponieważ nie ulega wątpliwości, że sposób równoważenia pozycji konsumentów i przedsiębiorców jest zdeterminowany przez aksjologię konkretnego systemu prawnego, która w zależności od przyjętych założeń może preferować bezpieczeństwo konsumentów albo promować przedsiębiorczość, dla której daleko idące uprawnienia chroniące potencjalnych kupujących czy usługobiorców mogą stanowić dość istotne ograniczenie. W związku z tym nie jest wykluczone, że w pewnym momencie państwa członkowskie będą chciały odzyskać utraconą w tym zakresie swobodę regulacyjną. Również wahania cyklu koniunkturalnego mogą zaważyć o kierunkach rozwoju prawa europejskiego w tym obszarze, gdyż pobudzanie przedsiębiorczości poprzez znoszenie regulacji utrudniających prowadzenie działalności handlowej ma mniejsze znaczenie w okresach dynamicznego wzrostu gospodarczego. W każdym razie należy zwrócić uwagę, że w odniesieniu do dyrektyw stanowiących przejaw zastosowania metody harmonizacji zupełnej uznaje się, że treść takich aktów prawnych powinna być sformułowana w sposób precyzyjny i jednoznaczny, tak żeby wobec ich daleko idącej ingerencji w regulacje krajowe, nie było wątpliwości co do ich zakresu, a tym samym co do marginesu swobody pozostawionego państwu członkowskiemu w kwestii ujęcia zagadnień powiązanych z daną problematyką⁶⁰⁷.

W kontekście ostatniej z przytoczonych powyżej uwag, już na samym wstępie, sposób zdefiniowania pojęcia „umów o świadczenie usług” w dyrektywie o prawa konsumentów należy ocenić negatywnie. Mając na względzie, że zgodnie z art. 2 pkt 6 dyrektywy o prawach konsumentów „umowa o świadczenie usług” rozumiana jest jako każda umowa inna niż umowa sprzedaży, na mocy której przedsiębiorca świadczy lub zobowiązuje się do świadczenia usługi na rzecz konsumenta, a konsument płaci lub zobowiązuje się do zapłacenia jej ceny, można stwierdzić, że to

⁶⁰⁵ Tak F. Grzegorzczak, *Jednolity Rynek Europejski jako determinanta rozwoju prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2000, Nr 4, s. 31

⁶⁰⁶ Tak J. Ciesielski, *op. cit.*, s. 32

⁶⁰⁷ Tak na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości A. Kunkiel-Kryńska, *Prawo konsumenckie UE – odpowiedzialność za produkty wadliwe – wprowadzenie i wyrok TS z 4.06.2009 r. w sprawie C-285/08, Moteurs Leroy Somer przeciwko Dalkia France i Ace Europe*, *Europejski Przegląd Sądowy* 2012, Nr 8, s. 55

ujęcie przedmiotowej problematyki jest bardzo dalekie od precyzji. Trudności interpretacyjne w tym zakresie spotęgowane są przez definicję „umowy sprzedaży”. Według art. 2 pkt 5 wspomniane określenie odnosi się do każdej umowy, na mocy której przedsiębiorca przenosi lub zobowiązuje się do przeniesienia własności towarów na konsumenta, a konsument płaci lub zobowiązuje się do zapłacenia ich ceny, w tym również każdą umowę, której przedmiotem są zarówno towary, jak i usługi. W tym miejscu można jedynie zasygnalizować, że sposób ujęcia sprzedaży przyjęty przez prawodawcę europejskiego jest wynikiem przejawiającej się w prawie europejskim tendencji do posługiwania się określeniami używanymi w sensie ekonomicznym, które to zjawisko zostanie szerzej opisane w rozdziale IV niniejszej rozprawy. Natomiast w odniesieniu do świadczenia usług, trzeba stwierdzić, że sposób ujęcia tej problematyki, jak się wydaje, jest konsekwencją fundamentalnych założeń prawa europejskiego w zakresie regulacji rynku wewnętrznego odwołujących się do czterech swobód, z których swoboda przepływu usług ma charakter niejako podległy wobec trzech pozostałych obejmując swym zakresem wszelkie te działania, które nie mogą być uznane za wpisujące się w gwarancje swobodnego przepływu osób, towarów czy kapitału⁶⁰⁸. Potwierdzeniem tej tezy mogą być orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości⁶⁰⁹, który stwierdzał, że w przypadku zbiegu przepisów regulujących różne swobody, „swoboda świadczenia usług ulega wycofaniu jako subsydiarna”⁶¹⁰.

W ramach próby ustalenia znaczenia pojęcia „umowa o świadczenie usług” w rozumieniu dyrektywy o prawach konsumentów należy przede wszystkim wskazać na te kategorie stosunków prawnych, które nie mieszczą się w zakresie tego terminu. Najbardziej oczywiste wskazówki w tej kwestii zostały zapewnione w tekście samego aktu prawnego, gdzie przewidziano stosowne wyłączenia przedmiotowe. Wymienione je w art. 4 dyrektywy o prawach konsumentów, przy czym mając na uwadze temat niniejszej rozprawy warto zwrócić uwagę tylko na niektóre z nich. W tym kontekście istotne są postanowienia wyrażone w lit. od d) do k) art. 4. Wyłączenia te

⁶⁰⁸ Zgodnie z art. 57 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (czyli dawnym art. 50 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską) usługami w rozumieniu Traktatów są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób.

⁶⁰⁹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (Piąta Izba) z dnia 30 kwietnia 1991 r. ws. C-239/90 *SCP Boscher, Studer i Fromentin przeciwko British Motors Wright* i innym, pkt 7-10.

⁶¹⁰ Tak U. Forsthoff, A. Randelzhofer [w:] U. Forsthoff, S. Leible, A. Randelzhofer, R. Voß, Swobody wspólnotowe w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską. Swoboda przepływu towarów, usług i przedsiębiorczości. Komentarz, pod red. E. Grabitz i M. Hilf, Warszawa 2009, s. 500

wprowadzone w przeważającej mierze z uwagi na fakt objęcia danej kategorii stosunków obligacyjnych zakresem regulacji innego aktu prawa europejskiego (przypadek ujęty w lit. g), h) i k)) wpływają dość istotnie na zakres stosunków cywilnoprawnych wpisujących się w kategorię umów o świadczenie usług czy też umów sprzedaży. W tym sensie usługami nie będą czynności związane z organizowaniem podróży, wakacji czy wycieczek, umowy mające za przedmiot prawa do korzystania z nieruchomości w ramach „produktów wakacyjnych” (*timeshare* i umowy pokrewne takie jak umowy odsprzedaży i umowy wymiany) i co do zasady umowy z zakresu pasażerskich usług przewozowych, a także usługi finansowe. Ponadto, sposób sformułowania wyłączeń sprawia, że analizowany rodzaj stosunków zobowiązaniowych, w ujęciu prawa unijnego, nie będzie obejmował umów związanych z przenoszeniem praw do nieruchomości czy korzystaniem z nich w ramach stosunku najmu na cele mieszkaniowe, umów o roboty budowlane, chyba że nie wiążą się z „istotną” przebudową budynków oraz zawieranych przed urzędnikami państwowymi, za których w warunkach polskich niewątpliwie można by było uznać notariuszy. Eliminując kolejne kategorie stosunków zobowiązaniowych nie wpisujących się w pojęcie „umów o świadczenie usług” należałoby się odwołać do definicji innych rodzajów umów ujętych w dyrektywie o prawach konsumentów. W tym akcie prawnym posłużono się bowiem dodatkowo pojęciami „umów, których przedmiotem jest dostarczanie wody, gazu lub energii elektrycznej, w przypadku gdy nie są one wystawione na sprzedaż w ograniczonej objętości lub w ustalonej ilości, lub dostarczanie centralnego ogrzewania” oraz „umów których przedmiotem jest dostarczanie treści cyfrowych, które nie są dostarczane na trwałym nośniku” nie będącymi, według motywu 19 preambuły, w jej rozumieniu ani umowami sprzedaży, ani umowami o świadczenie usług.

W ramach podsumowania powyżej przedstawionych wyjaśnień, należy stwierdzić, że sposób ujęcia kategorii „umów o świadczenie usług” stanowi przejaw pragmatyzmu prawodawcy europejskiego w zakresie sposobu formułowania regulacji odnoszących się do stosunków cywilnoprawnych. Ograniczając zakres swobody ich stron na potrzeby ochrony konsumentów nie dochodzi do precyzyjnego wskazania typów poszczególnych umów, lecz do określenia szerokiego zakresu, który w zależności od poszczególnych rozwiązań krajowych w dziedzinie prawa zobowiązań może obejmować większą lub mniejszą liczbę umów. Niekiedy umowy

te, przez uczestników obrotu z danego państwa członkowskiego, w ogóle mogą nie być postrzegane w kategoriach umów mających za przedmiot usługi (np. leasing operacyjny, którego stroną jest konsument). Ten sposób działania ustawodawcy europejskiego może spotkać się z dwojaką reakcją legislatorów krajowych. Po pierwsze, wybierając równie pragmatyczne podejście mogą oni decydować się na stosunkowo prosty sposób transponowania przepisów dyrektywy do prawa krajowego, uznając konieczność ustanowienia na potrzeby prawa konsumenckiego swoistej autonomii pojęciowej, powielając w tym zakresie rozwiązania terminologiczne prawa europejskiego i unikając konieczności ich precyzyjnego wkomponowania w zastaną materię ustawową. Po drugie, mogą wybrać rozwiązanie trudniejsze polegające na zmuszonym wyselekcjonowaniu stosunków zobowiązaniowych wpisujących się w ogólne kategorie pojęciowe zastosowane w dyrektywie, a następnie uzupełnić ich regulacje o rozwiązania wymagane w prawie europejskim w odniesieniu do danej umowy. Jakkolwiek druga opcja wymaga większego zaangażowania krajowych legislatorów, to wydaje się być jednak bardziej korzystną dla spójności systemu prawa i wygodniejszą dla uczestników obrotu prawnego, w szczególności przedsiębiorców zaangażowanych zarówno w transakcje z konsumentami jak i przedsiębiorcami. Wśród wad wyboru takiego podejścia niewątpliwie należy wskazać większe ryzyko błędów w kwestii poprawności transponowania poszczególnych przepisów dyrektywy, które w skrajnych przypadkach może prowadzić do odpowiedzialności finansowej państwa członkowskiego⁶¹¹, a za każdym razem do wywierania przez Komisję Europejską presji mającej na celu zmianę prawa.

⁶¹¹ Np. zgodnie z komunikatem *Komisji. Stosowanie art. 228 Traktatu WE* SEC(2005)1658 instytucja ta może proponować Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej nakładanie na państwa członkowskie, które niedopełniły zobowiązań wynikających z Traktatu (również w zakresie właściwej implementacji prawa europejskiego) ryczałtu minimalnego, stanowiącego iloczyn kwoty bazowej (500 tys. euro) i współczynnika zdolności płatniczej danego państwa (dla Polski 7,22). Wobec powyższego ryczałt minimalny w przypadku Polski wynosi 3 610 000 euro. Ponadto niedopełnienie obowiązków zakresie implementacji prawa Unii Europejskiej może również powodować nałożenie okresowej kary pieniężnej, naliczanej za każdy dzień niewykonania zobowiązania stwierdzonego wyrokiem Trybunału. Komisja Europejska proponuje naliczanie takiej kary według podstawowej stawki dziennej, która wg ww. komunikatu wynosi 600 euro, pomnożonej przez współczynnik powagi naruszenia (od 1 do 20), współczynnik długotrwałości naruszenia (od 1 do 3) i współczynnik zdolności płatniczej państwa członkowskiego. W rażących przypadkach niewykonywania przez państwo zobowiązań wynikających z prawa europejskiego Komisja może zaproponować łączne nałożenie ryczałtu i okresowej kary pieniężnej. Zob. szerzej J. Łacny, *Okresowe kary pieniężne, ryczałty i korekty finansowe nakładane na państwa członkowskie za naruszenia prawa UE*, Warszawa 2010, s. 25-28

Ponadto, sposób podejścia prawodawcy europejskiego do formułowania regulacji odnoszących się do stosunków cywilnoprawnych może stanowić argument za ograniczeniem liczby umów stypizowanych w kodeksie cywilnym. Jednakże jednocześnie nie powinien być odbierany jako przesłanka uzasadniająca zbyt radykalne uproszczenie prawa zobowiązań w zakresie liczby umów nazwanych, ponieważ w tak zredukowanej postaci regulacje te nie wychodziłyby naprzeciw potrzebom obrotu, wśród których niewątpliwie znajduje się konieczność ujęcia w przepisach prawa kontraktów umożliwiających nawiązywanie podstawowych stosunków prawnych istotnych dla prowadzenia działalności gospodarczej, choćby w minimalnym zakresie, czy zaspokajania potrzeb bytowych. Dlatego też sprowadzenie wszystkich umów niebędących umową sprzedaży do kategorii umów o świadczenie usług, mimo że jest praktycznie możliwe⁶¹², jest rozwiązaniem niewłaściwym, ponieważ tak szeroko ujęty typ umowy stwarzałby liczne wątpliwości interpretacyjne w przypadku konieczności zastosowania do tak różnych transakcji jak np. umowa o roboty budowlane zobowiązująca do wykonania remontu i umowa przewozu.

⁶¹² Jeszcze dalej idące rozwiązania wprowadzono w prawie szwedzkim, w którym w ogóle nie występują szczególne regulacje dotyczące umów o świadczenie usług, a do stosunków zobowiązaniowych tego rodzaju stosuje się przepisy o sprzedaży z wyłączeniem usług świadczonych na rzecz konsumentów podporządkowanych odrębnym przepisom czy umów o leczenie regulowanych przepisami o wykonywaniu danych zawodów medycznych. Zob. PEL SC, s. 153

Rozdz. III Propozycje regulacji świadczenia usług przedstawiane w ramach prac nad unifikacją europejskiego prawa zobowiązań

III. 1 Uwagi wprowadzające

Jak już wspomniano powyżej podstawowy element systemu źródeł prawa europejskiego stanowią Traktaty. Obecnie są to przede wszystkim Traktat o Unii Europejskiej i Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który z dniem 1 grudnia 2009 r. zastąpił Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską⁶¹³. Z uwagi na fakt, że wspomniane akty prawne stanowią wielostronne umowy międzynarodowe, początkowo w doktrynie postrzegano prawo europejskie jako dziedzinę prawa publicznego⁶¹⁴. Niemniej jednak z czasem, a także wraz z rozwojem tzw. prawa wtórnego, w którego treści zaczęto regulować kwestie mieszczące się w sferze prywatnych interesów jednostek, pogląd o zaklasyfikowaniu prawa wspólnotowego wyłącznie do kategorii prawa publicznego zaczął tracić na aktualności⁶¹⁵. W tym kontekście w literaturze zidentyfikowano zjawisko, dla którego opisanie zaproponowano pojęcie „prywatyzacji prawa europejskiego”, polegające m.in. na coraz głębszym ingerowaniu prawa wspólnotowego w sferę interesów i uprawnień indywidualnych, co w odniesieniu do regulacji materialnoprawnych wiąże się z obejmowaniem zakresem regulacji europejskich kwestii cywilnoprawnych, tradycyjnie postrzeganych jako domena ustawodawcy krajowego⁶¹⁶. Za przykład tak rozumianej prywatyzacji uznaje się dyrektywy dotyczące umów konsumenckich, służące ochronie słabszej ekonomicznie strony transakcji jednostronnie profesjonalnych, lecz również dążenia do zharmonizowania, czy wręcz skodyfikowania europejskiego prawa cywilnego⁶¹⁷.

Działania mające na celu harmonizację regulacji cywilnoprawnych państw członkowskich, ze względów praktycznych, w pierwszej kolejności objawiły się w sferze prawa stosunków obligacyjnych. Początkowo prace nad unifikacją europejskiego prawa zobowiązań były prowadzone z inicjatywy i w ramach działalności przedstawicieli środowisk akademickich skupionych w Komisji ds. Europejskiego Prawa Umów

⁶¹³ Wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej opublikowano w Dz. Urz. C 83 z 2010 r.

⁶¹⁴ A. Jurkowska, O „prywatyzacji” prawa wspólnotowego i jej skutkach, Europejski Przegląd Sądowy 2006, Nr 9, s. 13

⁶¹⁵ Ch. Schmid, „Bottom-up” Harmonisation of European Private Law: Ius Commune and Restatement w: Function and Future of European Law, Helsinki 1999, s. 76 cyt. za A. Jurkowska, op. cit., s. 13

⁶¹⁶ A. Jurkowska, op. cit., s. 12

⁶¹⁷ *Ibidem*, s. 13

(*Commission on European Contract Law*) kierowanej przez Ole Lando i funkcjonującej w latach 1982–2001, choć zainteresowanie tą problematyką widoczne było również w działaniach Grupy Gandolfiego działającej w Pawii (tj. Akademii Europejskich Prawników Prawa Prywatnego od 1992 r. zajmującej się opracowaniem projektu Europejskiego Prawa Kontraktów⁶¹⁸), Grupy Bussani-Matei przygotowującej w Trento *Common Core Project*, Grupy Koziol-Spier działającej w Wiedniu oraz wielu innych⁶¹⁹. Inspirację dla tej aktywności niewątpliwie stanowiły osiągnięcia *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT), *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) czy *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* i *American Law Institute*, których przejawem były odpowiednio Zasady Międzynarodowych Umów Handlowych, Konwencja Wiedeńska o Międzynarodowej Sprzedaży Towarów oraz *Uniform Commercial Code*.

Z uwagi na fakt, że rezultaty działań mających na celu harmonizację prawa zobowiązań niewątpliwie korzystnie wpływają na transgraniczne stosunki gospodarcze, kwestią czasu było zainteresowanie się tą problematyką przez instytucje europejskie dążącego do stworzenia spójnego i pozbawionego barier wewnętrznych wspólnego rynku, z którego dobrodziejstw mogliby korzystać wszyscy obywatele państw członkowskich Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, której kompetencje z czasem przejęła Unia Europejska.

Za jedno z pierwszych postulatów skodyfikowania europejskiego prawa zobowiązań, sformułowanych na poziomie instytucji europejskich, uznaje się⁶²⁰ uchwały Parlamentu Europejskiego wzywające państwa członkowskie Unii Europejskiej do podjęcia działań mających na celu ujednoczenie ich ustawodawstw w tym zakresie⁶²¹ i chociaż w historii odnotowywano przypadki, kiedy to opinie parlamentów krajowych stanowiły bodziec do

⁶¹⁸ J. Bełdowski, *Ku Europejskiemu Kodeksowi Cywilnemu?*, *Edukacja Prawnicza* 2005, Nr 6, s. 5,

⁶¹⁹ A. Wiewiórowska-Domagalska, E. Hondius, *Europejski kodeks cywilny (Analiza prac Grupy Studyjnej)*, *Państwo i Prawo* 2002, z. 6, s. 27; H. Konarski, *Perspektywy kodyfikacji europejskiego prawa zobowiązań*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2004, Nr 3, s. 31; M. V. Onufrio, *Harmonisation of European Contract Law and Legal Translation: A Role for Comparative Lawyers*, *InDret Review on the Analysis of Law* 2007, Nr 2, s. 2, K. Osajda, *Perspektywy europejskiego prawa umów: Zielona Księga Komisji Europejskiej o Europejskim Prawie Kontraktów*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2010, Nr 11, s. 19

⁶²⁰ S. Leible, *Drogi do europejskiego prawa prywatnego*, *Europejski Przegląd Sądowy* 2007, Nr 8, s. 4.

⁶²¹ *Resolution on action to bring into line the private law of the Member States* (Dz. Urz. WE z 1989 r., C 158, s. 400) oraz *Resolution on the harmonization of certain sectors of the private law of the Member States* (Dz. Urz. WE z 1994 r., C 205, s. 518)

rozpoczęcia kompleksowych prac legislacyjnych⁶²², to wspomniane rezolucje nie spotkały się z większym zainteresowaniem przedstawicieli środowisk prawniczych⁶²³.

Impulsem do uczynienia tych zagadnień przedmiotem europejskiej debaty i prac badawczych zakrojonych na szerszą skalę stała się zorganizowana w 1997 r. pod przewodnictwem holenderskim konferencja w Scheveningen pod hasłem „Ku europejskiemu kodeksowi cywilnemu” („*Towards a European Civil Code*”) oraz komunikat Komisji Europejskiej z 2001 r. wydany po szczycie w Tampere z 1999 r. świadczący o woli zaangażowania się w tę problematykę organu wykonawczego Unii Europejskiej⁶²⁴. Warto wspomnieć, że w literaturze podjęcie tematu harmonizacji prawa zobowiązań na poziomie unijnym zostało również odebrane jako swoiste przystąpienie tej organizacji do globalnego dyskursu dotyczącego prawa umów⁶²⁵.

Wspominany dokument, czyli Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego dotyczący europejskiego prawa umów, COM (2001) 398⁶²⁶ wydany 11 lipca 2001 r., miał na celu zapoczątkowanie dyskusji angażującej przedstawicieli zainteresowanych środowisk oraz zgromadzenie dowodów świadczących o konieczności podjęcia działań przez Wspólnotę Europejską w dziedzinie ujednoczenia prawa umów⁶²⁷. Ponadto, w treści komunikatu Komisja zidentyfikowała pewne niedostatki zarówno w zakresie jakości dyrektyw mających wpływ na prawo prywatne⁶²⁸ jak i w sposobie ich implementowania do systemów prawnych poszczególnych państw członkowskich. Słabości prawa europejskiego w określonym powyżej zakresie zostały również opisane w doktrynie, której przedstawiciele wśród jego głównych i oczywistych wad wymieniają wybiórczy i chaotyczny charakter, wewnętrzne sprzeczności, niespójną terminologię, brak skutecznych środków ochrony prawnej oraz brak konsekwencji, co do modelu harmonizacji porządków prawnych poszczególnych państw członkowskich (w tym

⁶²² E. Hondius wspomina, że praca rekodyfikacyjna, których skutkiem było opracowanie holenderskiego kodeksu cywilnego, do dziś będącego jedynym z najnowocześniejszych w Europie, rozpoczęły się właśnie w odpowiedzi na pytanie sformułowane przez przedstawicieli parlamentu tego państwa. Zob. E. Hondius, *Towards a European Civil Code* [w:] *Towards a European Civil Code*, pod red. A. S. Hartkamp, Ch. von Bar, The Hague, London, Boston 1998, s. 11

⁶²³ S. Leible, *op. cit.*, s. 4

⁶²⁴ A. Wiewiórowska-Domagalska, E. Hondius, *op. cit.*, s. 27

⁶²⁵ N. Reich A European Contract Law: Ghost Or Host For Integration?, *Wisconsin International Law Journal* 2006, vol. 24, Nr 2, s. 425

⁶²⁶ Dz. Urz. WE z 2002 r., C 241, s. 1

⁶²⁷ Pkt 10 Komunikatu Komisji Europejskiej z dnia 11 lipca 2001 r.

⁶²⁸ Lista tych dyrektyw została wskazana w załącznikach do komunikatu.

kontekście ustawodawcy europejskiemu zarzucono niemożność dokonania wyboru pomiędzy harmonizacją minimalną a całkowitą)⁶²⁹.

W odpowiedzi na powyżej wskazane ustalenia zaproponowano cztery scenariusze możliwych działań.

Pierwszy, który można opisać jako „wariant zerowy” (*‘do nothing’ option*) miał polegać na niepodejmowaniu przez Wspólnotę jakiegokolwiek aktywności w zakresie europejskiego prawa umów, co oznaczałoby, że kwestia harmonizacji prawa zobowiązań została pozostawiona „rozwojowi rynku wewnętrznego”⁶³⁰. Oznacza to, że dalsze podejmowanie działań w tej dziedzinie zależałoby wyłącznie od woli podmiotów funkcjonujących na rynku wewnętrznym (przedsiębiorców lub ich organizacji czy stowarzyszeń broniących praw konsumentów), które niezależnie od instytucji europejskich mogłyby ewentualnie zaaranżować jakieś oddolne inicjatywy. Odnosząc się do tego rozwiązania należy zwrócić uwagę, że zostało ono krytycznie ocenione przez wielu przedstawicieli doktryny uznających, że sam rozwój gospodarczy nie sprzyja powstawaniu jednolitych w skali europejskiej i wiążących reguł, dodatkowo uwzględniających interesy konsumentów⁶³¹. Podobne stanowisko zajęły niektóre państwa członkowskie (m.in. Francja i Włochy), przedstawiciele europejskich zrzeszeń praktyków prawa, organizacji ochrony konsumentów, a także, sadząc po treści kolejnych komunikatów dotyczących tej problematyki, sama Komisja Europejska⁶³².

W ramach drugiego scenariusza Komisja podjęłaby się promowania wspólnych zasad prawa umów będących środkiem poprawy jakości prawa wspólnotowego, zbiorem wskazówek dla sądów krajowych w zakresie stosowania prawa obcego oraz wzorcem dla krajowych ustawodawców prowadzących prace legislacyjne mające na celu wykreowanie nowych rozwiązań w sferze prawa kontraktowego⁶³³. Ponadto, zasady te mogłyby być używane również w praktyce obrotu prawnego zarówno na etapie redagowania postanowień kontraktów, jak i ich egzekucji⁶³⁴. Takie rozwiązanie zostało pozytywnie

⁶²⁹ N. Reich, *op. cit.*, s. 427

⁶³⁰ J. Staudenmayer, *The Commission Communication on European Contract Law and its Follow-Up [w:] An Academic Green Paper on European Contract Law*, red. S. Grundmann, J. Stuyck, The Hague-London-New York, 2002 s. 47 cyt. za K. Kudrycka, *Kierunki harmonizacji prawa kontraktowego państw członkowskich UE*, Państwo i Prawo 2006, z. 12, s. 41

⁶³¹ Ch. von Bar, O. Lando, S. Swann, *Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission of European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code*, *European Review of Private Law* 2002, vol. 10, issue 2, s. 183-248

⁶³² K. Kudrycka, *op. cit.*, s. 41

⁶³³ Pkt 52-55 Komunikatu Komisji Europejskiej z dnia 11 lipca 2001 r.

⁶³⁴ *Ibidem*, pkt 53

ocenione przez J. Rajskiego, który zauważył, że ewentualnie wypracowane w ramach realizacji tej opcji ogólne zasady prawa, dzięki konieczności ich nieustannego dostosowywania do zmieniających się gospodarczych i społecznych wymagań, nadadzą europejskiemu prawu kontraktów dynamiczny oraz elastyczny charakter oraz dzięki nieustannej weryfikacji przez praktykę kontraktową zapewnią wysoki poziom jego jakości⁶³⁵. Dodatkową zaletą wdrożenia tego scenariusza dostrzeżoną przez wspomnianego powyżej autora mogłoby być wręcz ukształtowanie się europejskiego zwyczajowego prawa handlowego jako skutku długotrwałego i nieprzerwanego stosowania tak skonstruowanych regulacji⁶³⁶. Niemniej jednak, w literaturze wskazuje się również na dość istotną trudność związaną z uzyskaniem przez europejskie zasady prawa umów statusu *lex mercatoria*, którą stanowiłaby niemożność wskazania organu legitymowanego do ich interpretacji⁶³⁷.

Trzecia opcja zakładała działania prowadzące do poprawy jakości istniejącego prawodawstwa europejskiego m.in. poprzez ujednoczenie używanej w nim terminologii oraz dokonanie przeglądu zakresów przedmiotowych poszczególnych dyrektyw pod kątem jego rozszerzenia w uzasadnionych przypadkach⁶³⁸.

Ostatni, najdalej idący, scenariusz przewidywał ustanowienie na poziomie wspólnotowym wyczerpujących regulacji obejmujących rozwiązania zarówno z części ogólnej prawa zobowiązań jak i dotyczące poszczególnych umów nazwanych⁶³⁹. Odnośnie mocy wiążącej tego instrumentu przewidziano trzy możliwe rozwiązania – począwszy od uczynienia go zbiorem przepisów obowiązujących pomiędzy stronami tylko, jeżeli tak postanowią (*optional model*), poprzez nadanie mu charakteru dyspozytywnego tj. wiążącego strony, o ile nie ustalą one inaczej (*fall-back provisions*), aż po nadanie mu statusu bezwzględnie obowiązującego wyłączającego konieczność stosowania postanowieniem stron umowy (*non-excludable provisions*) oraz zastępującego właściwe przepisy państw członkowskich⁶⁴⁰. To rozwiązanie z przyczyn oczywistych spotkało się z najbardziej skrajnymi reakcjami. Z jednej strony wpisywało się ono w już wcześniej formułowane postulaty przedstawiciele doktryny uznających, że wspólne europejskie prawo umów mogłoby się przyczynić do obniżenia kosztów transakcyjnych

⁶³⁵ J. Rajski, Kierunki rozwoju europejskiego prawa kontraktów, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2002, nr 1, s. 219 i 220.

⁶³⁶ *Ibidem*, s. 216

⁶³⁷ N. Reich, *op. cit.*, s. 431

⁶³⁸ Pkt 57-60 Komunikatu Komisji Europejskiej z dnia 11 lipca 2001 r.

⁶³⁹ Pkt 60 Komunikatu Komisji Europejskiej z dnia 11 lipca 2001 r.

⁶⁴⁰ Pkt 66-67 Komunikatu Komisji Europejskiej z dnia 11 lipca 2001 r.

podmiotów prowadzących działalność w ramach wspólnego rynku⁶⁴¹. Natomiast, z drugiej odnotowywano opinie podnoszących, iż obniżenie kosztów nie stanowi wystarczającego argumentu dla ingerencji Unii w tym zakresie, której kompetencje w tym zakresie, z uwagi na zasadę subsydiarności wydają się raczej wątpliwe⁶⁴². W tym kontekście wskazywano, że skoro naczelną ideą prawa zobowiązań jest zasada swobody umów i wynikająca z niej możliwość ukształtowania treści stosunków obligacyjnych na podstawie dowolnego systemu prawa (krajowego albo międzynarodowego np. o charakterze *lex mercatoria*), to prawodawca europejski powinien zaakceptować te uwarunkowania, a nie podejmować konkurencję regulacyjną ustanawiając własne rozwiązania⁶⁴³.

W treści Komunikatu Komisji skierowanego do Parlamentu Europejskiego i Rady – *Bardziej spójne europejskie prawo umów* – Plan działania, COM (2003) 68 wydanego w dniu 12 lutego 2003 r.⁶⁴⁴ uwzględniono reakcje zainteresowanych podmiotów na propozycje przedstawione w 2001 r. Spośród wszystkich 181 odpowiedzi otrzymanych do dnia wydania komunikatu wyrażono poparcie dla drugiego, a przede wszystkim trzeciego scenariusza, przy czym nieliczni opowiedzieli się za opcją pierwszą, a większość sprzeciwiała się opcji czwartej, choć odnotowano znaczną liczbę opinii wskazujących, że może ona stanowić przedmiot dalszych prac, o ile taka potrzeba zostanie stwierdzona w rezultacie realizacji scenariusza drugiego albo trzeciego⁶⁴⁵.

Jednocześnie warto wspomnieć, że w ocenie niektórych przedstawicieli doktryny wybór opcji przedstawionych przez Komisję, w istocie, sprowadzał się do dwóch (trzeciego albo czwartego)⁶⁴⁶. W ramach uzasadnienia tego stanowiska, wskazano, że wariant pierwszy polegający na niepodejmowaniu żadnych działań, należy uznać za niewykonalny i odmówiono mu statusu rozwiązania samego w sobie, a wariant drugi zaś jest już realizowany przez środowiska akademickie w ramach prywatnych inicjatyw⁶⁴⁷.

W komunikacie z 2003 r. Komisja przedstawiła propozycje dalszych działań, których zamiar przeprowadzenia został również potwierdzony w Komunikacie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11.10.2004 *Europejskie prawo umów i*

⁶⁴¹ J. Basedow, A Common Contract Law for the Common Market, *Common Market Law Review* 1996, vol. 33, Nr 6, s. 1181

⁶⁴² N. Reich, *op. cit.*, s. 431

⁶⁴³ *Ibidem*

⁶⁴⁴ Dz.Urz. WE z 2003 r., C 63, s. 1

⁶⁴⁵ Pkt 4 i 7 Komunikatu Komisji Europejskiej z dnia 12 lutego 2003 r.

⁶⁴⁶ N. Reich, *op. cit.*, s. 433 i cyt. tam literatura

⁶⁴⁷ *Ibidem*

weryfikacja *acquis*: rozwój COM(2004) 651⁶⁴⁸. Po pierwsze, uznano za konieczną poprawę jakości europejskiego prawa umów polegającą na zwiększeniu jego spójności. Środkiem realizacji tego celu miała stać się Wspólna Rama Odniesienia⁶⁴⁹ (*Common Frame of Reference*) określające wspólne zasady, terminologię europejskiego prawa umów oraz wzory przepisów mogących stanowić inspirację dla działalności legislacyjnej unijnego prawodawcy. Po drugie, zadeklarowano wspieranie prac mających na celu wypracowanie wspólnotowych standardowych klauzul umownych, poprzez wspieranie wymiany informacji dotyczących używania takich postanowień w szczególności w zakresie niedozwolonych klauzul umownych i prawa ochrony konkurencji. Po trzecie, zapowiedziano podjęcie działań obliczonych na opracowanie opcjonalnego instrumentu prawnego (*optional instrument*) rozumianego jako zbiór przepisów, które strony umowy mogą wskazać jako prawo właściwe dla łączącego je stosunku prawnego. W tym zakresie zapowiedziano, że przedmiotem dyskusji będzie w szczególności, możliwość nadania statusu instrumentu opcjonalnego Wspólnej Ramie Odniesienia.

Wydarzeniem, które można postrzegać jako przejaw wzrostu znaczenia działań mających na celu ujednoczenie europejskiego prawa umów było ogłoszenie przez Komisję Europejską Strategii Europa 2020⁶⁵⁰. W dokumencie tym wśród przedsięwzięć mających przyczynić się do osiągnięcia przed 2020 r. pięciu nadrzędnych⁶⁵¹ celów Unii wymieniono m.in. ujednoczenie rozwiązań w zakresie umów konsumenckich, europejskich wzorcowych klauzul umownych oraz podjęcie prób ujednoczenia europejskiego prawa umów. Działania te przedstawiono jako dążenie do usunięcia wąskich gardeł zakłócających funkcjonowanie rynku wewnętrznego, a za ich pożądany rezultat uznano obniżenie kosztów i ułatwienie zawierania przez przedsiębiorców i konsumentów umów z partnerami pochodzącymi z innych państw członkowskich Unii Europejskiej⁶⁵². Za doprecyzowanie postanowień Strategii Europa 2020, w zakresie

⁶⁴⁸ Dz. Urz. UE z 2005 r., C 14, s. 6

⁶⁴⁹ W polskiej wersji Komunikatu Komisji z dnia 11.10.2004 posłużono się innym tłumaczeniem wyrażenia *Common Frame of Reference* używając jako odpowiednika zwrotu „Wspólny System Odniesienia”.

⁶⁵⁰ Komunikat Komisji z dnia 3 marca 2010 r. Europa 2020 Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, KOM(2010) 2020, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:EN:PDF> [Dostęp: 2018-07-10]

⁶⁵¹ Nadrzędne cele Unii Europejskiej według strategii Europa 2020 stanowią: ustalenie wskaźnika zatrudnienia osób w wieku 20-64 lat na poziomie 75%, przeznaczanie na inwestycje w badania i rozwój 3% PKB Unii; osiągnięcie celu „20/20/20” w zakresie klimatu i energii; ograniczenie liczby osób przedwcześnie kończących naukę szkolną do 10%, przy jednoczesnym uzyskaniu wskaźnika co najmniej 40% osób z młodego pokolenia uzyskujących wyższe wykształcenie, zmniejszenie liczby osób zagrożonych ubóstwem o 20 mln. Zob. Komunikat Komisji z dnia 3 marca 2010 r., s. 10-11

⁶⁵² Komunikat Komisji z dnia 3 marca 2010 r., s. 21

harmonizacji europejskiego prawa zobowiązań można uznać kolejny dokument programowy, jakim jest Europejska agenda cyfrowa⁶⁵³. Wprawdzie głównym celem tej inicjatywy jest osiągnięcie trwałych korzyści gospodarczych i społecznych z jednolitego rynku cyfrowego opartego na bardzo szybkim Internecie oraz zapewnienie wszystkim mieszkańcom Europy do 2013 r. dostępu do szybkich łączy internetowych, to ma ona również znaczenie dla ujednoczenia europejskiego prawa zobowiązań. Wynika to stąd, że jedną z podstawowych barier dla rozwoju handlu elektronicznego stanowi rozdrobnienie regulacji prawnych również tych mieszczących się w zakresie prawa umów. Wobec tego rozwiązaniem tego problemu ma być stworzenie do 2012 r. opcjonalnego instrumentu prawnego stanowiącego uzupełnienie dyrektywy o prawach konsumentów⁶⁵⁴.

Wspomniany opcjonalny instrument prawny zostanie oparty na akademickim projekcie Wspólnej Ramy Odniesienia. Zamiar wdrożenia takiego rozwiązania Komisja Europejska sygnalizowała już we wspomnianym powyżej komunikacie z 2003 r., a dodatkowo z wyborem tego rozwiązania opowiedział się Parlament Europejski. W uchwale z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie komunikatu Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady: „*Przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w służbie obywateli*” – *program sztokholmski*⁶⁵⁵ eurodeputowani wezwali Komisję do intensywniejszej pracy w dziedzinie europejskiego prawa umów, właśnie, w oparciu o akademicki projekt Wspólnej Ramy Odniesienia oraz o inne prace naukowe w dziedzinie europejskiego prawa umów. Jednocześnie podkreślono, że polityczna Wspólna Rama Odniesienia powinny przybrać postać instrumentu opcjonalnego, dającego się bezpośrednio stosować przez strony umów, m.in. przedsiębiorców i konsumentów, umożliwiając im swobodny wybór europejskiego prawa umów jako podstawy zawieranej transakcji⁶⁵⁶. Dodatkowo Parlament stwierdził, że Komisja powinna udostępnić projekt Wspólnej Ramy Odniesienia i inne opracowania naukowe, w jak największej liczbie wersji językowych, aby zapewnić wszystkim zainteresowanym podmiotom ich dostępność⁶⁵⁷. Ponadto, należy podkreślić, że w treści uchwały zachęcono prawodawców zarówno europejskich jak i krajowych do wykorzystywania projektu Wspólnej Ramy

⁶⁵³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee And The Committee Of The Regions, A Digital Agenda for Europe, COM(2010) 245/2, 26.08.2010, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:EN:PDF> [Dostęp: 2018-07-10]. Pierwsza wersja ostateczna tego dokumentu została opublikowana 19 maja 2010 r.

⁶⁵⁴ Komunikat Komisji z dnia 26 sierpnia 2010 r.

⁶⁵⁵ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2009-0090+0+DOC+XML+V0//PL> [Dostęp: 2018-07-10].

⁶⁵⁶ Pkt 99 uchwały Parlamentu Europejskiego z dnia 25 listopada 2009 r.

⁶⁵⁷ Pkt 100 uchwały Parlamentu Europejskiego z dnia 25 listopada 2009 r.

Odniesienia jako niewiążącego narzędzia prawnego⁶⁵⁸. Jakkolwiek rekomendacja ta brzmi dość nieprecyzyjnie, to w kontekście deklaracji czynionych w Komunikatach Komisji oraz dalszej części uchwały można przyjąć, że należy ją rozumieć jako wykorzystywanie projektu Wspólnej Ramy Odniesienia jako swoistego wzorca przy konstruowaniu nowych rozwiązań w dziedzinie prawa umów na poziomie poszczególnych państw członkowskich, a także na poziomie prawa europejskiego (Komisja została wezwana do systematycznego i szczegółowego uwzględniania projektu we wszystkich przyszłych wnioskach Komisji i ocenach wpływu dotyczących prawa umów).

Bezpośrednim dowodem wskazującym na posłużenie się przez Komisję Europejską wspomnianym dokumentem jako podstawą do opracowania opcjonalnego instrumentu prawnego w zakresie prawa umów jest decyzja Komisji z dnia 26 kwietnia 2010 r. ustanawiająca grupę ekspertów ds. wspólnej ramy odniesienia w dziedzinie europejskiego prawa zobowiązań⁶⁵⁹.

Pierwszym efektem współpracy Komisji Europejskiej z powyżej wspomnianym gremium było przyjęcie w dniu 1 lipca 2010 r. Zielonej Księgi Komisji Europejskiej w sprawie możliwości politycznych w zakresie postępów w kierunku ustanowienia europejskiego prawa umów dla konsumentów i przedsiębiorstw⁶⁶⁰. Podobnie jak w przypadku każdej zielonej księgi, stanowiącej koncepcyjne opracowanie służące wywołaniu dyskusji w kręgach zainteresowanych podmiotów w celu zebrania opinii mogących mieć znaczenie dla procesu wypracowywania decyzji, również niniejszy dokument ma stanowić punkt wyjścia konsultacji publicznych wskazanych w nim rozwiązań w dziedzinie europejskiego prawa umów w kontekście potrzeby wzmocnienia rynku wewnętrznego⁶⁶¹. Wspomniane propozycje sprowadzają się do przygotowania instrumentu europejskiego prawa umów, którego forma zostanie ustalona w toku uzgodnień, a który powinien być dostępny we wszystkich językach urzędowych, stanowiąc wsparcie dla wszystkich zainteresowanych grup, takich jak prawodawcy, sędziowie czy uczestnicy obrotu prawnego (przedsiębiorcy i konsumenci). W zakresie sposobu wdrożenia przedmiotowych rozwiązań Komisja przedstawiła siedem wariantów sklasyfikowanych w kolejności od najbardziej do najmniej radykalnego.

⁶⁵⁸ *Ibidem*

⁶⁵⁹ Dz. Urz. UE z 2010 r., L 105, s. 109

⁶⁶⁰ Zielona księga Komisji w sprawie możliwości politycznych w zakresie w zakresie postępów w kierunku ustanowienia europejskiego prawa umów dla konsumentów i przedsiębiorstw, 1.7.2010, KOM(2010)348.

⁶⁶¹ Zielona księga Komisji z dnia 1 lipca 2010 r.

Wariant pierwszy miałby polegać jedynie na opublikowaniu wyników prac grupy ekspertów, które przy założeniu, że uda się uzyskać praktyczny i powszechnie zrozumiały dokument, mogłyby stanowić źródło inspiracji zarówno dla legislatorów jak i przedsiębiorców redagujących standardowe postanowienie kontraktów. Ponadto, takie opracowanie jako uzyskane w oparciu o najlepsze rozwiązania pochodzące z różnych systemów prawnych mogłoby stanowić, doskonały materiał dydaktyczny do wykorzystania w ramach kształcenia akademickiego albo szkoleń specjalistycznych. Niestety wobec braku mocy wiążącej tak skonstruowany akt mógłby nie wyeliminować problemu barier na rynku wewnętrznym.

W ramach wariantu drugiego zaproponowano przyjęcie „oficjalnego zestawu narzędzi dla prawodawców” rozumianego jako komunikat lub decyzja Komisji albo porozumienie międzyinstytucjonalne między Komisją, Parlamentem i Radą, w których zobowiązano by się do stosowania wyników prac ekspertów w ramach działalności legislacyjnej. Jednakże również ten środek, podobnie jak powyżej opisany, również nie zapewniłby bezpośrednich i wymiernych korzyści dla rynku wewnętrznego z uwagi na brak statusu aktu powszechnie obowiązującego.

Rozwiązaniem zaproponowanym w ramach wariantu trzeciego uczyniono niewiążące zalecenia Komisji w sprawie europejskiego prawa umów skierowane bezpośrednio do państw członkowskich, w treści których zachęcano by je do zastąpienia dokumentem stanowiącym wynik pracy ekspertów rodzimych regulacji z zakresu prawa umów albo włączenia je do krajowych porządków prawnych jako systemu opcjonalnego. W pierwszej sytuacji rozwiązanie takie byłoby zbliżone do amerykańskich *uniform laws*⁶⁶² (takich jak np. *Uniform Commercial Code* czy *Uniform Electronic Transactions Act*), natomiast w drugim stanowiłoby dokument zbliżonych do zasad UNIDROIT.

Wariant czwarty, piąty, szósty i siódmy przewidują nadanie dokumentowi wypracowanemu przez grupę ekspertów formy projektu aktu prawnego. Miałyby stać się on dyrektywą (w sprawie europejskiego prawa umów) albo rozporządzeniem o różnym zakresie przedmiotowym obejmującym w wariantcie najmniej radykalnym wprowadzenie

⁶⁶² *Uniform laws*, tłumaczone niekiedy jako „akty jednolite” (zob. np. K. Osajda, *op. cit.*, s. 19) stanowią nieoficjalne projekty gotowych aktów prawnych wydawane głównie przez *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, choć niekiedy również przy udziale innych podmiotów takich jak *American Law Institute* czy *American Bar Association*, w celu promowania większej spójności pomiędzy prawem poszczególnych stanów. Legislatury stanowe nie są zobowiązane do ich „implementowania”, niemniej jednak w wielu przypadkach wprowadzają je do swych porządków prawnych w ich oryginalnym brzmieniu lub z niewielkimi modyfikacjami. Zob. szerzej R. M. Mersky, D. J. Dunn, J. M. Jacobstein, *Fundamentals of legal research*, New York 2002, s. 416-418

opcjonalnego instrumentu europejskiego prawa umów, czyli swoistego dwudziestego ósmego reżimu prawa kontraktowego w Europie, natomiast w wersjach dalej idących zawierałby odpowiednio bezpośrednio obowiązującą regulację europejskiego prawa umów albo wręcz przepisy ustanawiające europejski kodeks cywilny.

Abstrahując od kwestii rozwiązania jakie zostanie ostatecznie wybrane przez prawodawcę europejskiego warto wspomnieć o postanowieniach Zielonej Księgi odnoszących się do problematyki świadczenia usług. W tym zakresie wskazano, że europejski instrument prawa umów może zawierać konkretne przepisy szczegółowe regulujące poszczególne, najczęściej występujące w obrocie typu umów. Mimo, że w pierwszej kolejności, i ze zrozumiałych względów wymieniono umowę sprzedaży towarów, to następnie wskazano właśnie na potrzebę uregulowania problematyki świadczenia usług. Przy czym, dostrzegając zróżnicowany charakter kontraktów klasyfikowanych w tej grupie, uznano potrzebę sformułowania konkretnych rozwiązań dla poszczególnych rodzajów umów o świadczenie usług. Wśród przykładów takich szczegółowych regulacji wymieniono umowę leasingu czy umowy mające za przedmiot usługi finansowe.

Podsumowując, należy zauważyć, że choć wejście w życie instrumentu europejskiego prawa zobowiązań, szczególnie w formie rozporządzenia albo jako części europejskiego kodeksu cywilnego stanowi raczej odległą perspektywę, to działania zmierzające do wypracowania jakiejś formy mechanizmu unifikującego prawo zobowiązań poszczególnych państw członkowskich jest przedmiotem zainteresowania instytucji europejskich już od 1989 r. Właśnie dlatego, że jest to już dość długi okres oraz z uwagi na fakt, że znaczne rozdrobnienie w dziedzinie zobowiązań zaczęło być identyfikowane jako jedna z przeszkód na drodze do w pełni zharmonizowanego rynku wewnętrznego, można się spodziewać, iż Komisja kiedyś przedłoży konkretne rozwiązania. Wydaje się, że bez względu na ostateczną formę zaproponowanego aktu będzie się on opierał na dokumentach wypracowanych w ramach współpracy środowisk akademickich. W tym kontekście na szczególną uwagę zasługują dwa opracowania: Wspólna Ramy Odniesienia i „Zasady europejskiego prawa umów o świadczenie usług”. W związku z tym, na podstawie analizy sposobu uregulowania problematyki świadczenia usług w tych dwóch dokumentach można sformułować pewne przypuszczenia odnośnie kształtu regulacji kontraktów mających za przedmiot usługi w przyszłym instrumencie europejskiego prawa zobowiązań. Dlatego też należałoby te dokumenty poddać analizie mającej na celu

zidentyfikowanie rozwiązań mogących stanowić źródło inspiracji dla polskiego ustawodawcy.

III. 2 Rola projektu Wspólnej Ramy Odniesienia

Tak zwany akademicki projekt Wspólnej Ramy Odniesienia (*Common Frame of Reference*)⁶⁶³ stanowi obecnie główny element procesu tworzenia jednolitego europejskiego prawa prywatnego. Ma on służyć za punkt wyjścia dla prac grupy ekspertów ds. wspólnej ramy odniesienia w dziedzinie europejskiego prawa zobowiązań, której podstawowym zadaniem ma być wsparcie Komisji w działaniach zmierzających do przygotowania projektu politycznych wspólnej ramy odniesienia. Oprócz wspomnianego dokumentu grupa robocza będzie musiała uwzględnić inne prace badawcze, prowadzone w tej dziedzinie, oraz dorobek prawny Unii. W szczególności jej zadanie będzie polegać na wybraniu tych części akademickiego projektu wspólnej ramy odniesienia, które mają bezpośrednie lub pośrednie znaczenie dla prawa zobowiązań, oraz zreorganizować, zweryfikować i uzupełnić wybrane części⁶⁶⁴. Niewątpliwie celem tych działań ma być stworzenie dokumentu, który zostałby zatwierdzony przez instytucje Unii Europejskiej i mógłby być stosowany w praktyce przez przedsiębiorców i konsumentów jako materialnoprawna regulacja z zakresu zobowiązań umownych, o której mowa np. w pkt 14 preambuły rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)⁶⁶⁵, czyli mogąca zostać wskazaną jako prawo właściwe dla danego zobowiązania umownego przez strony transakcji o charakterze transgranicznym. Innymi słowy prace grupy mają doprowadzić do ustanowienia opcjonalnego instrumentu prawnego, tzw. dwudziestego ósmego systemu regulacji w dziedzinie prawa zobowiązań przygotowanego w oparciu o akademicki projekt wspólnej ramy odniesienia i ewentualnie analogiczne opracowania, wśród których niewątpliwie największe znaczenie będą miały „Zasady europejskiego prawa umów”.

Jednakże jeszcze przed wydaniem powyżej wspomnianej decyzji powstanie tego instrumentu stanowiło jeden z zadeklarowanych celów Komisji Europejskiej w dziedzinie

⁶⁶³ Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swann, P. Varul, A. Veneziano, F. Zoll, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition, Munich 2009

⁶⁶⁴ Pkt 8 preambuły i art. 2 decyzji Komisji z 26 kwietnia 2010 r.

⁶⁶⁵ Dz. Urz. UE z 2008 r., L 177, s. 6

unifikacji prawa prywatnego państw członkowskich. W tym kontekście Komisja Europejska deklarowała, że zamierza odnieść się do Wspólnej Ramy Odniesienia przygotowując propozycje działań dotyczących polepszania jakości i wewnętrznej spójności istniejącego europejskiego prawa umów oraz formułując plany prac legislacyjnych w tym zakresie⁶⁶⁶. W swoich dokumentach programowych w odniesieniu do Wspólnej Ramy Odniesienia Komisja Europejska posługuje się sformułowaniem „skrzynka narzędziowa” (*toolbox*)⁶⁶⁷, co związane jest z tym, że zawierają one definicje pojęć prawnych, podstawowych zasad oraz spójnych wzorcowych przepisów prawa umów opracowanych na podstawie rozwiązań uregulowanych w prawie wspólnotowym (*acquis communautaire*) oraz przepisów poszczególnych państw członkowskich, o ile zostały one ocenione jako „wypробowane rozwiązania problemów pochodzących z [krajowych] systemów prawnych”⁶⁶⁸. Poza tym, przewiduje się również, że Wspólna Rama Odniesienia będzie mogła zostać wykorzystana w poniżej wymienionych sytuacjach jako:

- materiał usprawniający i polepszający proces implementacji dyrektyw wspólnotowych z zakresu prawa umów do prawa krajowego,
- wzór dla legislatorów krajowych stosowany w działalności ustawodawczej w dziedzinie prawa umów, w zakresie nieuregulowanym w prawie europejskich,
- materialno-prawna podstawa orzekania dla sądów polubownych (to zastosowanie jest szczególnie promowane przez Parlament Europejski),
- prawo właściwe dla umów zawieranych z osobami trzecimi przez Komisję Europejską oraz inne organy i organizacje,
- punkt odniesienia dla Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przy wykładni wspólnotowego prawa umów⁶⁶⁹.

Natomiast w odbiorze przedstawicieli doktryny Wspólna Rama Odniesienia jawi się jako materiał budzący znaczne kontrowersje i skrajne oceny. Przede wszystkim przez ich autorów, a zarazem zwolenników, są prezentowane jako swoisty rdzeń prawa prywatnego opracowany w celu zastosowania w sporach transgranicznych, wręcz „prawo

⁶⁶⁶ S. Leible, *op. cit.*, s. 9

⁶⁶⁷ Komunikat Komisji dla Parlamentu europejskiego i Rady - Europejskie prawo umów i weryfikacja *acquis*: rozwój, COM(2004) 651 końcowy, 11 Października 2004.

⁶⁶⁸ S. Leible, *op. cit.*, s. 9

⁶⁶⁹ *Ibidem*

podstawowe” w dziedzinie prawa zobowiązań i prawa rzeczowego (*patrimonial law*⁶⁷⁰) państw Unii Europejskiej⁶⁷¹. Niektórzy przedstawiciele środowisk, zaangażowanych w opracowanie tego dokumentu prezentują bardziej powściągliwe oceny. Np. Hans Schulte-Nölke, koordynator sieci odpowiedzialnej za skompilowanie Wspólnej Ramy Odniesienia, zastrzegając, że ci którzy dopatrują się w tym dokumencie projektu kodeksu popełniają powszechny błąd, postrzega go jako punkt odniesienia dla europejskich dyskusji dotyczących prawa rzeczowego i prawa zobowiązań, mający przede wszystkim przedstawić obraz istniejących systemów prawnych w całym ich pięknie i różnorodności, będący akademickim projektem dostarczającym spostrzeżeń, opracowanym w celu popularyzowania wiedzy w dziedzinie prawa porównawczego, a nie politycznym dokumentem określającym postać przyszłego prawa prywatnego Europy⁶⁷². Sceptycy odbierają te deklaracje Hansa Schulte-Nölke jako przejaw postawy przybranej w celu odparcia krytyki ostatecznego wydania Wspólnych Ram Odniesienia oraz zachęcenia do podjęcia owocnej dyskusji odnośnie tego dokumentu, które nie brzmią wiarygodnie w kontekście okoliczności opracowania tego dokumentu przez Grupę Studyjną ds. Europejskiego kodeksu cywilnego⁶⁷³. Potwierdzeniem tej tezy miałyby być fakt prezentowania przez innych członków wspomnianego gremium krańcowo odmiennych opinii. W tym kontekście zauważa się, że Martijn Hesselink, jeden z liderów grupy roboczej odpowiedzialnej za przygotowanie zasad dotyczących umów agencji, franszyzy i dystrybucji stwierdził, że Wspólna Rama Odniesienia stanowi europejski kodeks cywilny we wszystkim oprócz nazwy⁶⁷⁴.

Abstrahując od powyżej zasygnalizowanych kontrowersji w założeniu, jak się okazało w 2010 r. słusznym, projekt Wspólnej Ramy Odniesienia miał stanowić propozycję środowisk akademickich skierowaną do decydentów politycznych, od których oczekuje

⁶⁷⁰ *Patrimonial law* w tym kontekście stanowi wyrażenie używane dla jednoczesnego opisanie regulacji odnoszących się do praw rzeczowych, deliktów i umów (zob. P. C. Haanappel, E. Mackaay Haanappel, *Netherlands Civil Code - Patrimonial Law in General (English-French)*. Netherlands Civil Code: Book 3, 1990 – kwestię tego tłumaczenia wyjaśniono we wprowadzeniu do tego opracowania opublikowanym pod adresem http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1737823 [Dostęp 2018-07-10] w następujący sposób *patrimonial law, [...] comprises what in common law are called property rights, torts and contracts.*

⁶⁷¹ Ch. von Bar, *Die Study Group on a European Civil Code [w:] Festschrift für Dieter Henrich*, pod red. P. Gottwalda Bielefeld 2000, s. 3 cyt. za R. Zimmermann, N. Jansen, 'A European Civil Code in All But Name': *Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference*, *Cambridge Law Journal*, Vol. 69, s. 99

⁶⁷² Zob. prace tego autora cytowane w R. Zimmermann, N. Jansen, *op. cit.*, s. 99

⁶⁷³ R. Zimmermann, N. Jansen, *op. cit.*, s. 99

⁶⁷⁴ Zob. np. M. Hesselink, *The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law*, *Tulane Law Review* 2009, Vol. 83, Nr 4, s. 919, 923 i cyt. tam literature, zdaniem tego autora, stanowiąca uzasadnienie tej tezy.

się wykorzystania wspomnianego dokumentu jako projektu „politycznej” Wspólnej Ramy Odniesienia⁶⁷⁵ tj. takiej, która uzyska akceptację wszystkich państw członkowskich. Jednakże nawet wówczas nie przewiduje się nadaniu jej statusu wiążącego aktu prawnego. Mają one stać się tzw. instrumentem opcyjnym, tj. zbiorem zasad i reguł materialnego prawa umów uznanych na płaszczyźnie europejskiej, który mógłby zostać wybrany przez strony umowy jako prawo właściwe dla wiążącego je stosunku zobowiązaniowego⁶⁷⁶. Tym samym uzyskały by rangę analogiczną do zasad UNIDROIT czy Zasad Europejskiego Prawa Umów (*Principles of European Contract Law*).

Najnowsze wydanie projektu Wspólnej Ramy Odniesienia (*Outline Edition*) składa się z dziesięciu ksiąg (*books*)⁶⁷⁷. W księdze I zawarto przepisy ogólne odnoszące się do takich kwestii jak wykładnia postanowień dokumentu, klauzula rozsądku, forma pisemna, podpis czy definicja pojęć konsumenta i przedsiębiorcy (*consumer and business*)⁶⁷⁸. Autorzy projektu wskazują, że te uregulowania mają służyć jako krótki i ogólny przewodnik wskazujący sposoby posługiwania się całym tekstem⁶⁷⁹. Księga II i III odnoszą się do zagadnień, które w prawie niemieckim oraz w systemach, które w tym zakresie czerpią z niego inspiracje, byłyby sklasyfikowane w ramach doktryny czynności prawnych oraz części ogólnej prawa zobowiązań⁶⁸⁰. Natomiast problematyka świadczenia usług została uregulowana w księdze IV. Pozostałe księgi poświęcone są różnym zagadnieniom z zakresu prawa zobowiązań oraz prawa rzeczowego. Należy wspomnieć, że sposób ujęcia materii zaproponowany w projekcie Wspólnej Ramy Odniesienia oraz ich systematyka zostały skrytykowane jako reprezentujące „surową i niezrozumiałą logikę” zapożyczoną z prawa niemieckiego⁶⁸¹.

⁶⁷⁵ H. Eidenmüller, F. Faust, H. Ch. Grigoleit, N. Jansen, G. Wagner, R. Zimmermann, *The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2008, Nr 28, s. 564

⁶⁷⁶ S. Leible, *op. cit.*, s. 9

⁶⁷⁷ *Book I General provisions* (przepisy ogólne), *Book II Contracts and other juridical acts* (umowy i inne czynności prawne), *Book III Obligations and corresponding rights* (zobowiązania i prawa pokrewne), *Book IV Specific contracts and the rights and obligations arising from them* (umowy nazwane oraz prawa i zobowiązania wynikające z ich treści), *Book V Benevolent intervention in another's affairs* (prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia), *Book VI Non-contractual liability arising out of damage caused to another* (odpowiedzialność pozaumowna wynikająca z wyrządzenia szkody innemu podmiotowi), *Book VII Unjustified enrichment* (bezpodstawne wzbogacenie), *Book VIII Acquisition and loss of ownership of goods* (nabycie i utrata własności rzeczy), *Book IX Proprietary security in movable assets* (zabezpieczenia rzeczowe na ruchomościach), *Book X Trusts* (trusty).

⁶⁷⁸ Większa liczba definicji obejmująca również te sformułowane w księdze I została umieszczona w aneksie.

⁶⁷⁹ Ch. von Bar *et al.*, *DCFR*, s. 26

⁶⁸⁰ H. Eidenmüller *et. al.*, *op. cit.*, s. 564

⁶⁸¹ O. Lando, *The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference*, *European Review of Contract Law* 2007, Nr 3, s. 250

Księga IV oprócz wspomnianych umów o świadczenie usług dodatkowo odnosi się do takich kontraktów jak: sprzedaż (*sale*), najem ruchomości (*lease of goods*⁶⁸²), agencja (*commercial agency*), franszyza (*franchise*) i dystrybucja (*distributorship*), pożyczka (*loan*), zabezpieczenia osobiste (*personal security*) oraz darowizna (*donation*). W kontekście oceny projektu w zakresie w jakim typizuje on poszczególne umowy nazwane przedstawiciele doktryny zauważają, że zaproponowane rozwiązania nie zawsze opierają się na konstrukcjach pochodzących z poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej czy też propozycjach wypracowanych w ramach studiów prawnoporównawczych, a co za tym idzie pewnym zaskoczeniem dla prawników angielskich będzie ujęcie, w treści projektu, instytucji *lease* wśród stosunków zobowiązaniowych, a dla niemieckich zdefiniowanie zlecenia jako odpłatnej czynności prawnej ograniczonej do wewnętrznej więzi pomiędzy mocodawcą a pełnomocnikiem⁶⁸³. Również zaproponowana we Wspólnej Ramie Odniesienia regulacja trustów obejmująca aż 116 artykułów, prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia (*benevolent intervention in another's affairs*), bezpodstawnego wzbogacenia (*unjustified enrichment*) czy odpowiedzialności pozakontraktowej (deliktowej albo obostrzonej) za szkody wyrządzone innym (*non-contractual liability arising out of damage caused to another* uznanej przez doktrynę za odpowiednik takich pojęć jak, *delict liability, tort liability* czy *strict liability*) uważana jest przez przedstawicieli nauki prawa za materię nie będącą odzwierciedleniem prawa poszczególnych systemów prawnych Europy⁶⁸⁴.

Opisując rolę Wspólnej Ramy Odniesienia niewątpliwie należy podkreślić jedną z kluczowych funkcji tego opracowania, jaką jest sformułowanie jednolitej terminologii

⁶⁸² W treści projektu Wspólnej Ramy Odniesienia słowo *goods* jest używane jako oznaczenie ruchomych przedmiotów materialnych, które w polskiej terminologii cywilistycznej, nazywane są ruchomościami. Zob. art. 45 k.c. oraz definicję *goods* w Ch. von Bar *et al.*, DCFR, s. 555 zgodnie z którą "*Goods*" means corporeal movables. It includes ships, vessels, hovercraft or aircraft, space objects, animals, liquids and gases. W kontekście tłumaczenia tego pojęcia za problematyczne można uznać objęcie zakresem wyrażenia również cieczy i gazów, które w prawie polskim stanowią rzeczy tylko wtedy gdy zostaną wyodrębnione z przyrody np. poprzez umieszczenie w zbiornikach czy opakowaniach – zob. np. B. Ziemiński, K. A. Dadańska, Prawo rzeczowe, Warszawa 2008, s. 23. Z treści DCFR nie wynika, o jakich cieczach i gazach mowa w tym opracowaniu. Nie wyjaśnia tego również definicja pojęcia *corporeal* (materialny), która w swej treści odnosi się jedynie do stanu skupienia przedmiotów materialnych (*having a physical existence in solid, liquid or gaseous form* – zob. DCFR, s. 549). Jednakże ze względu na cywilnoprawny charakter DCFR można uznać, że analizowane pojęcie dotyczy „postaci wyodrębnionych”, a co za tym idzie można założyć, że odpowiada rzeczy ruchomej w rozumieniu prawa polskiego. Ponadto, tytułem dygresji można zwrócić uwagę na fakt, że pojęcie *movables*, powszechnie tłumaczone na język polski jako ruchomości, w DCFR odnosi się zarówno do przedmiotów materialnych jak i dóbr niematerialnych – "*Movables*" means corporeal and incorporeal property other than immovable property (Ch. von Bar *et al.*, DCFR, s. 560). W związku z tym powinno zostać przetłumaczone jako „dobra majątkowe inne niż nieruchomości”.

⁶⁸³ H. Eidenmüller *et al.*, *op. cit.*, s. 565

⁶⁸⁴ R. Zimmermann, N. Jansen, *op. cit.*, s. 103

europejskiego prawa umów. W odniesieniu do rangi tego zadania można sformułować tezę, że jego realizacja stanowi wręcz o powodzeniu projektu harmonizacji prawa prywatnego w ramach Unii Europejskiej. Przyczynę tego stanu rzeczy stanowią obiektywne trudności związane z przekładem prawniczym. W przeciwieństwie do innych rodzajów tłumaczeń nie może on być zautomatyzowanym procesem, ponieważ o jego jakości świadczy odnalezienie powiązań pomiędzy odpowiadającymi sobie instytucjami języka źródłowego i docelowego⁶⁸⁵. Ich zidentyfikowanie może być bardzo trudne, jako że prawo jest wytworem społeczeństwa, w którym funkcjonuje, więc dla jego właściwego postrzegania konieczne jest nie tylko analizowanie treści tekstów prawnych i prawniczych, lecz również kontekstu społecznego i kulturowego w jakim stosuje się regulacje⁶⁸⁶. W rezultacie uznaje się, że komunikat sformułowany w źródłowym języku prawnym jest, w istocie, nadany za pomocą swoistego kodu, którego rozszyfrowanie wymaga od tłumacza zarówno znajomości systemu prawnego opisywanego przez daną wypowiedź, jak i uwarunkowań systemu prawnego języka docelowego, przy czym ten poziom kompetencji jest niezbędny do ponownego i poprawnego zakodowania komunikatu⁶⁸⁷. Niemniej jednak nawet bardzo sprawni w swej dziedzinie komparatyści, doskonale znający uwarunkowania konfrontowanych systemów prawnych, są albo powinni być świadomi, że skoro poszczególne instytucje prawne stanowią wytwór konkretnych społeczeństw, to zazwyczaj niemożliwe jest odnalezienie idealnych odpowiedników w dwóch różnych porządkach prawnych⁶⁸⁸. Stąd też, w literaturze juryslingwistycznej podkreśla się, że w przekładzie prawniczym należy raczej dążyć do osiągnięcia równoważności, a nie równowartości (równoznaczności) znaczeniowej terminów⁶⁸⁹. To oznacza, że dobre tłumaczenie będzie opierać się nie tyle na zidentyfikowanych synonimach, co raczej bliskich ekwiwalentach (*approximate equivalents*) nazw poszczególnych określeń⁶⁹⁰.

W związku z powyższym w literaturze, spotyka się pogląd zgodnie z którym tłumaczenie prawnicze na język angielski wymaga odwołania się do bazy terminologicznej systemów *common law*⁶⁹¹. Podczas, gdy w standardowych tłumaczeniach prawniczych konieczność ta nie stanowi problemu, to w przypadku

⁶⁸⁵ M. V. Onufrio, *op. cit.*, s. 4

⁶⁸⁶ *Ibidem*

⁶⁸⁷ J. Pieńkos, Podstawy juryslingwistyki. Język w prawie – Prawo w języku, Warszawa 1999, s. 120-121.

⁶⁸⁸ M. V. Onufrio, *op. cit.*, s. 4

⁶⁸⁹ J. Pieńkos, Podstawy przekładoznawstwa. Od teorii do praktyki, Zakamycze 2003, s. 228.

⁶⁹⁰ M. V. Onufrio, *op. cit.*, s. 4

⁶⁹¹ Ł. Augustyniak, R. Gąszczyk, Tłumaczenie nazw wybranych instytucji prawa cywilnego (w odniesieniu do terminologii *common law*), Państwo i Prawo 2010, z. 9, s. 71

opisania rezultatów prac z zakresu harmonizacji prawa, taki zabieg mógłby zniweczyć ich efekt, ponieważ jednolite, a przez to różne od krajowych, rozwiązania prawne opisane za pomocą terminologii anglojęzycznych porządków prawnych, siłą rzeczy zostałyby do nich zbliżone. Nie bez znaczenia jest również fakt, że ujednolicanie europejskiego prawa zobowiązań jest procesem prowadzonym pod egidą Unii Europejskiej, której zasady ustrojowe przewidują równość języków urzędowych⁶⁹². Dlatego też, w celu wyeliminowania możliwości uprzywilejowania angielskiego jako języka urzędowego tylko niektórych państw członkowskich Unii Europejskiej, zachodzi potrzeba stworzenia odmiany angielszczyzny oderwanej od terminologii *common law*, a przez to neutralnej i uniwersalnej, dla której bazę terminologiczną stanowiłyby właśnie Wspólne Ramy Odniesienia. Wprawdzie wybór właśnie angielskiego jako języka, w którym prowadzone są prace harmonizacyjne oraz będącego podstawą przyszłej wspólnej terminologii, jako kwestia ściśle związana z problemem suwerenności i narodowej tożsamości, wymaga politycznej akceptacji poszczególnych państw członkowskich, to jednak nie wydaje się, żeby w tej kwestii pojawiły się głosy sprzeciwu. Skala popularności języka angielskiego, który współcześnie stał się dominującym narzędziem komunikacji pomiędzy uczestnikami różnych przedsięwzięć wykraczających poza obszar jednego państwa, sprawia, że trudno wskazać w tym zakresie na jakieś alternatywy. Nie bez znaczenia, jest również fakt, że w ramach prac dotychczasowych inicjatyw związanych z harmonizacją prawa europejskiego posługiwano się głównie angielskim⁶⁹³.

W tym kontekście Wspólne Ramy Odniesienia jako baza spójnej terminologii przyszłego wspólnego języka prawnego Europy, tylko w warstwie lingwistycznej opartego na angielskim, w zamyśle autorów i samej Komisji Europejskiej powinny określać definicje podstawowych instytucji prawa prywatnego takich jak umowa (*contract*) czy szkoda (*damage*)⁶⁹⁴. Ponadto, oprócz powyżej wskazanego celu długookresowego, powinna również, posłużyć realizacji zamierzeń krótkookresowych, takich jak przegląd i przeformułowanie istniejącego prawa europejskiego pod kątem jego spójności językowej⁶⁹⁵. Konieczność podjęcia pilnych działań w tym zakresie wynika ze słabej jakości prawa europejskiego przejawiającej się tym, że w różnych dyrektywach często dla opisanie tych samych koncepcji używa się odmiennych określeń. Wspólne

⁶⁹² Na ten temat szerzej A. Doczekalska, Interpretacja wielojęzycznego prawa Unii Europejskiej, Europejski Przegląd Sądowy 2006, Nr 5, s. 14 i n.

⁶⁹³ Zob. np. H. Collins, *The European Civil Code. The Way Forward*, Cambridge 2008, s. 142

⁶⁹⁴ M. V. Onufrio, *op. cit.*, s. 10

⁶⁹⁵ *Ibidem*

Ramy Odniesienia mogą również zostać wykorzystane jako instrument wsparcia legislatorów zarówno europejskich jak i krajowych w procesie stanowienia i implementacji prawa europejskiego przy czym warto podkreślić, że ta rola opracowania jest również doceniana przez przedstawicieli doktryny sceptycznie odnoszących się do tej inicjatywy⁶⁹⁶. Przy założeniu, że opisywane opracowanie będzie spełniać wszystkie wskazane powyżej zadania prawdopodobnie będzie można uznać je za właściwy krok w kierunku bardziej zharmonizowanego i spójnego europejskiego prawa umów⁶⁹⁷.

III. 3 Świadczenie usług w projekcie Wspólnej Ramy Odniesienia

Umowom o świadczenie usług poświęcona jest część C księgi czwartej zatytułowana *Part C Services*. Przepisy typizujące poszczególne przypadki nazwanych umów o świadczenie usług, wśród których znajduje się umowa o roboty budowlane (*construction*), umowa o przetworzenie (*processing*) umowa przechowania (*storage*), umowa o projektowanie (*design*), umowa o udzielenie informacji lub porady (*information and advice*) i umowa o leczenie (*treatment contract*), poprzedzone są dwoma ogólnymi rozdziałami dotyczącymi usług, które o ile nie postanowiono inaczej, stosuje się do wszystkich powyżej wymienionych kontraktów. Odnosząc się do tak skonstruowanego katalogu kontraktów przedstawiciele doktryny zauważają: po pierwsze, że postrzegając go przez pryzmat terminologii prawa niemieckiego, należy stwierdzić, iż w większości zawiera on różne warianty umowy o świadczenie usług albo o dzieło, a po drugie stypizowane w nim więzi obligacyjne nie znajdują analogicznej regulacji w istniejących kodyfikacjach europejskich⁶⁹⁸.

Definicja umowy o świadczenie usług została umieszczona w przepisie IV. C. – 1:101(1)(a)⁶⁹⁹, określającym zakres przedmiotowy rozdziału I z części C projektu Wspólnych Ram Odniesienia. Ma on zastosowanie do kontraktów na podstawie których usługodawca (*service provider*) zobowiązuje się do świadczenia usługi drugiej stronie (*supply a service*) nazwanej klientem, w zamian za wynagrodzenie pieniężne (*price*⁷⁰⁰). W

⁶⁹⁶ S. Whittaker, The “Draft Common Frame of Reference”. An Assessment commissioned by the Ministry of Justice, United Kingdom, 2008, s. 10

⁶⁹⁷ M. V. Onufrio, *op. cit.*, s. 10

⁶⁹⁸ *Ibidem*

⁶⁹⁹ IV. C. – 1:101(1)(a) This Part of Book IV applies: (a) to contracts under which one party, the service provider, undertakes to supply a service to the other party, the client, in exchange for a price;

⁷⁰⁰ Pojęcie *price* zostało ujęte w zestawieniu definicji stanowiących załącznik do projektu Wspólnej Ramy Odniesienia. Zgodnie z zawartymi tam wyjaśnieniami oznacza ono świadczenie dłużnika wyrażone w pieniądzu

tym kontekście należy zwrócić uwagę na fakt, że twórcy projektu Wspólnych Ram Odniesienia nie powtórzyli rozbieżności terminologicznych istniejących we odpowiednim fragmencie „Zasad europejskiego prawa umów o świadczenie usług”, w którym dla oznaczenia wynagrodzenia usługobiorcy użyto dwóch określeń tj. *price* i *remuneration*.

W kolejnym przepisie wyłączono wprost stosowanie postanowień powyżej wspomnianego rozdziału do umowy: transportu, ubezpieczenia, dostawy produktu, zabezpieczenia lub zapewnienia produktu finansowego albo usługi finansowej⁷⁰¹.

Ponadto, zgodnie z IV. C. – 1:101, ogólne zasady sformułowane w rozdziale I z części C projektu Wspólnych Ram Odniesienia, znajdują odpowiednie zastosowanie do umów o świadczenie usług zawartych pod tytułem darmym⁷⁰² oraz tych, w których usługa jest wykonywana w zamian za inne świadczenie niż świadczenie pieniężne (*otherwise than in exchange for a price*). To rozwiązanie zasługuje na szczególną aprobatę, ponieważ umożliwia zastosowanie tych przepisów, bez odwoływania się do skomplikowanych zabiegów interpretacyjnych, do umów w których wymiana dóbr polega na wzajemnym świadczeniu czynności pomiędzy stronami danego stosunku zobowiązaniowego. Poza tym, w kwestii odpłatności, zastrzeżono wyraźnie, że o ile okoliczności danego przypadku nie wskazują inaczej, umowa zawarta przez przedsiębiorcę jest odpłatna⁷⁰³.

III. 4 Świadczenie usług w projekcie „Zasad europejskiego prawa umów o świadczenie usług”

Początki prac mających na celu przygotowanie propozycji europejskiego jednolitego prawa umów o świadczenie usług wiążą się ze wspomnianą powyżej konferencją z Scheveningen zwołaną w 1997 r., od której rozpoczęły się sponsorowane przez organizacje pozarządowe prace badawcze nad wybranymi zagadnieniami z zakresu prawa cywilnego. W ramach tych prac zagadnienie regulacji umów nazwanych (sprzedaży, o świadczenie usług i umów długoterminowych) było analizowane przez grupę pod przewodnictwem odpowiednio profesorów Hondiusa, Barendrechta i Hesselinka z

wynikające z zobowiązania pieniężnego uiszczane w zamian za inne świadczenie. W brzmieniu oryginalnym: *The “price” is what is due by the debtor under a monetary obligation, in exchange for something supplied or provided, expressed in a currency which the law recognises as such.* Zob. Ch. von Bar *et al.*, DCFR, s. 562

⁷⁰¹ IV. C. – 1:102 This Part does not apply to contracts in so far as they are for transport, insurance, the provision of a security or the supply of a financial product or a financial service.

⁷⁰² IV. C. – 1:101(1)(a) This Part of Book IV applies: (b) with appropriate adaptations, to contracts under which the service provider undertakes to supply a service to the client otherwise than in exchange for a price.

⁷⁰³ IV. C. – 2:101: Where the service provider is a business, a price is payable unless the circumstances indicate otherwise.

uniwersytetów w Utrechcie, Tilburgu i Amsterdamie (tzw. Grupa holenderska)⁷⁰⁴. Od 1999 r. ich prace prowadzone były w ramach Grupy Studyjnej do spraw Europejskiego Kodeksu Cywilnego (*Study Group on European Civil Code*) powołanej jako podmiot kontynuujący działalność Komisji do spraw Europejskiego Prawa Umów (*Commission on European Contract Law*)⁷⁰⁵. Głównym założeniem jej aktywności było przygotowanie propozycji dokumentu mogącego stanowić przyczynek do debaty politycznej o potrzebie i kierunkach kodyfikacji europejskiego prawa cywilnego, który według członków tego gremium był niezbędny, żeby w ogóle taką debatę móc rozpocząć⁷⁰⁶. Istotnym elementem takiego opracowania miał być projekt zbioru przepisów regulujących kontrakty mające za przedmiot usługi.

Zadanie opracowania problematyki umów o świadczenie usług zostało powierzone reprezentantom wydziału prawa Uniwersytetu Tilburskiego. W literaturze zauważa się, że prace tego zespołu miały szczególnie kreatywny charakter, nacechowany nowatorskim i funkcjonalnym podejściem, ponieważ nie tylko sprowadzały się do przygotowania propozycji uregulowania kontraktów znanych porządkom prawnym poszczególnych państw członkowskich, lecz dodatkowo ich efektem było wyodrębnienie nowych kategorii umów o świadczenie usług⁷⁰⁷. Wybór takiego podejścia podyktowany był faktem, że ani na poziomie krajowym, ani na unijnym nie funkcjonuje spójny system regulujący świadczenie usług w ogólności, a poszczególne rodzaje umów usługowych są stypizowane w aktach rangi ustawowej albo dotyczące ich zasady wywodzone są z orzecznictwa⁷⁰⁸. Wprawdzie w najważniejszych europejskich kodyfikacjach znajdują się przepisy mogące stanowić podstawę systemu regulacji kontraktów usługowych (np. § 675 BGB, art. 1779 *Code civil* oraz art. 7:400 i następne holenderskiego *Burgerlijk Wetboek*, jednak mają one charakter ogólny i obowiązują o tyle o ile dane kwestie nie zostały inaczej ujęte w pozostałych przepisach wspomnianych ustaw⁷⁰⁹. Przyczyną braku kompleksowych rozwiązań w tym zakresie są uwarunkowania gospodarcze czasów, w których powstawały wielkie kodyfikacje. Świadczenie usług nie odgrywało wówczas tak istotnej roli jak współcześnie i odbywało się w stosunkowo krótkim okresie od momentu

⁷⁰⁴ A. Wiewiórowska-Domagalska, E. Hondius, *op. cit.*, s. 32; H. Konarski, *op. cit.*, s. 31

⁷⁰⁵ Principles of European Law on Service Contracts, pod red. M. Barendrecht, Ch. Jansen, A. Pinna, R. Cascão, S. van Gulijk, Oxford 2007, s. IX.

⁷⁰⁶ Ch. von Bar, Prace nad projektem Europejskiego Kodeksu Cywilnego, Państwo i Prawo 2000, Nr 10, s. 44

⁷⁰⁷ A. Wiewiórowska-Domagalska, E. Hondius, *op. cit.*, s. 32

⁷⁰⁸ *Ibidem*, s. 33

⁷⁰⁹ M. B. M. Loos, Service Contracts, [w:] A. Hartkamp et al. (eds.), Towards a European Civil Code, pod red. A. Hartkampa et al., Ars Aequi Libri/Kluwer Law International 2003, s. 572

zawarcia umowy⁷¹⁰. Dodatkową trudność w opracowaniu tej problematyki stanowi specyfika prowadzenia badań naukowych w tej dziedzinie. Większość naukowców specjalizujących się w tych zagadnieniach koncentruje się w ramach swej działalności na wybranym rodzaju kontraktów usługowych, co utrudnia im formułowanie propozycji spójnych rozwiązań dla wielu zróżnicowanych umów⁷¹¹. Ponadto, prawnicy zajmujący się częścią ogólną prawa zobowiązań, wprawdzie czasami odwołują się do problematyki świadczenia usług, ale tylko po to, żeby zilustrować problemy dotyczące zagadnień wspólnych dla wszystkich umów⁷¹². Podsumowując, wszystkie te okoliczności sprawiły, że dotychczas w żadnym państwie nie powstał spójny system regulacji kontraktów mających za przedmiot świadczenie usług.

Warto wspomnieć, że w ramach prac przygotowawczych tilburski zespół roboczy wybrał dziesięć najczęściej spotykanych w praktyce kontraktów, spośród których w pierwszej kolejności podjęto prace nad umowami o: roboty budowlane (realizacja obiektów budowlanych), o usługi projektowe (np. wykonywane przez architektów), przetwarzanie dóbr (obejmujące reperację, utrzymywanie oraz podobne usługi), usługi przechowania (przechowanie i skład), usługi lecznicze (np. wykonywane przez lekarzy) oraz usługi informacyjne i doradcze (np. wykonywane przez prawników)⁷¹³. Jednym z założeń grupy było, aby wypracowane regulacje mogły być odpowiednio stosowane do podobnych stosunków zobowiązaniowych, np. umowy o usługi lecznicze do umów o świadczenie usług weterynaryjnych⁷¹⁴. Ostatecznie zdecydowano się na przedstawienie propozycji regulacji sześciu kontraktów, będącej wynikiem przanalizowania – przy zastosowaniu metody prawoporównawczej – porządków prawnych państw Unii Europejskiej z wyłączeniem, tych które przystąpiły po 1 maja 2004 r. (oprócz Polski)⁷¹⁵, z której udało się pozyskać reprezentanta do udziału w pracach grupy, a tym samym zapewnić uwzględnienie w pewnym zakresie rozwiązań polskiego systemu prawnego w projekcie) oraz Danii, Irlandii, Luksemburga i Szkocji⁷¹⁶.

Efektom prac wspomnianej grupy jest projekt „Zasad europejskiego prawa umów o świadczenie usług” (*Principles of European Law on Service Contracts* – zwane dalej

⁷¹⁰ *Ibidem*

⁷¹¹ *Ibidem*

⁷¹² *Ibidem*

⁷¹³ A. Wiewiórowska-Domagalska, E. Hondius, *op. cit.*, s. 34

⁷¹⁴ *Ibidem*

⁷¹⁵ Uwzględnienie w pewnym zakresie rozwiązań polskiego systemu prawnego w projekcie było możliwe z uwagi na pozyskanie reprezentanta naszego kraju do udziału w pracach grupy. Zob. PEL SC, s. 136

⁷¹⁶ PEL SC, s. 136

„PEL SC”), który opublikowano w 2007 roku. Opracowanie to zawiera propozycję regulacji sześciu umów zidentyfikowanych przez jego twórców jako mogące powodować spory prawne⁷¹⁷. Wspomniane kontrakty to umowy ugruntowane w tradycji prawniczej takie jak umowa o roboty budowlane (*construction contract*), umowa przechowania (*storage contract*) i w pewnym zakresie umowa o leczenie (*treatment contract*), a także umowy wychodzące naprzeciw potrzebom współczesnej praktyki obrotu, czyli umowy: o przetworzenie, informacje i projektowanie (*processing contract, information contract i design contract*)⁷¹⁸. W tekście projektu regulacje dotyczące poszczególnych typów więzi obligacyjnych (rozdziały od drugiego do siódmego) zostały poprzedzone zasadami ogólnymi (rozdział pierwszy) wywiedzionymi z unormowań odnoszących się do wspomnianych sześciu stosunków umownych⁷¹⁹. Przepisy rozdziału I PEL SC różnią się od pozostałych również metodą ich opracowania. Podczas gdy rozdziały od 2 do 7 stanowią rezultat badań prawnoporównawczych, których przedmiot stanowiły kodeksy, orzecznictwo oraz standardowe wzorce umowne (*standard forms of contracts*) różnych państw europejskich, to zasady ogólne zawarte w rozdziale pierwszym zostały wywiedzione z unormowań odnoszących się do wspomnianych sześciu typów umownych jako uregulowania wspólne dla każdego z tych kontraktów⁷²⁰. Dlatego też w pierwszej kolejności powstały rozdziały od 2 do 7, na podstawie których dopiero później opracowano rozdział 1⁷²¹.

W intencji autorów prawie wszystkie postanowienia rozdziału pierwszego znajdujące zastosowanie do „nienazwanych” umów o świadczenie usług rozumianych jako te, do których nie mogą znaleźć zastosowania przepisy pozostałych rozdziałów, mają charakter dyspozytwny. Wyjątek w tym zakresie stanowi art. 1:114 pkt 1, zgodnie z którym usługodawca nie może wyłączyć ani ograniczyć odpowiedzialności za śmierć albo szkodę na osobie zaistniałą wskutek wykonania usługi⁷²². Ponadto, w pewnym sensie, imperatywny charakter ma art. 1:101 określający zakres przedmiotowy rozdziału pierwszego, ponieważ w intencji autorów PEL SC, strony nie mogą dokonać prawnej kwalifikacji zawartej pomiędzy sobą umowy o świadczenie usług, w sposób powodujący

⁷¹⁷ PEL SC, s. XV

⁷¹⁸ *Ibidem*

⁷¹⁹ *Ibidem*, s. XVI

⁷²⁰ *Ibidem*, s. 130

⁷²¹ *Ibidem*

⁷²² art. 1:114 pkt 1 PEL SC The service provider may neither limit nor exclude liability for death or personal injury caused by the performance of the service.

wyłączenie stosowania zasad dotyczących usług⁷²³. Nie ulega wątpliwości, że przepis ten znajdzie zastosowanie do podmiotów, które zdecydują się na poddanie swoich stosunków zobowiązaniowych Zasadom prawa europejskiego, tzn., że celem tego uregulowania jest wyłączenie możliwości zakwalifikowania np. jako umowy sprzedaży podlegającej PEL S kontraktu zobowiązującego do świadczenia usług.

W opisywanym projekcie umowy o świadczenie usług (*service contracts*) zdefiniowano jako stosunek zobowiązaniowy, w ramach którego usługodawca (*service provider*) zobowiązuje się do świadczenia usługi drugiej stronie (*supply a service*) nazwanej klientem, w zamian za wynagrodzenie (*remuneration*)⁷²⁴. Odnosząc się do terminologii zastosowanej w celu opisanego tego kontraktu warto zwrócić uwagę na fakt, że w wersji angielskiej odbiega ona od nazewnictwa stosowanego w angielskim prawie umów⁷²⁵. Ogólne postanowienia pierwszego rozdziału stosuje się do sześciu powyżej wspomnianych kontraktów w takim zakresie w jakim nie są one uregulowane przez poświęcone im regulacje szczególne (zawarte w rozdziałach od drugiego do siódmego)⁷²⁶. Należy więc przyjąć, że rozdział pierwszy PEL SC jest nie tylko swoistą „regulacją przednawiasową”, lecz również wprost normuje „nienazwane” umowy o świadczenie usług. Wśród przykładów takich umów wymieniono kontrakty mające za przedmiot usługi świadczone przykładowo przez architektów, prawników (*lawyers, barristers, solicitors*), przedsiębiorców budowlanych (*building and civil engineering contractors*), konsultantów, lekarzy, projektantów mody, przedsiębiorców z branży informatycznej, hydraulików, pośredników w obrocie nieruchomościami, ogrodników, trenerów, a także przedsiębiorców prowadzących banki, parkingi, magazyny⁷²⁷.

Przedstawiając charakter zależności pomiędzy postanowieniami rozdziału 1 i rozdziałów kolejnych autorzy PEL SC wyjaśnili, że w tym zakresie można wyróżnić cztery sytuacje. W pierwszej artykuły rozdziału pierwszego będą wprost stosowane do umowy szczególnej uregulowanej pozostałymi częściami projektu. Innymi słowy przepis

⁷²³ PEL SC, s. 147

⁷²⁴ art. 1:101 pkt 1 PEL SC This Chapter applies to contracts whereby one party, the service provider, is to supply a service to the other party, the client, in exchange for remuneration.

⁷²⁵ Autorzy PEL SC wyjaśnili, że dla nazwania usługodawcy posłużyli się określeniem „service provider” zamiast stosowanego w prawie angielskim „supplier”, ponieważ „supplier” odnosi się zarówno do podmiotów świadczących usługi jak i dostarczających towarów („supplier of services” i „supplier of goods”). Ponadto, w ramach analizy terminologicznej można odnotować fakt określenia usługobiorcy mianem „client”, przyjętym zamiast sformułowania „employer”, które, niewątpliwie słusznie, uznano za zbyt kojarzące się ze słownictwem z zakresu prawa pracy. Zob. Principles of European Law..., s. 135

⁷²⁶ art. 101:1 pkt 2 PEL SC This Chapter applies to contracts for construction, processing, storage, design, information, and treatment, unless provided otherwise in Chapters 2 to 7.

⁷²⁷ PEL SC, s. 140

części ogólnej nie zostanie uszczegółowiony w dalszych postanowieniach projektu. W tym zakresie tytułem przykładu powołano art. 1:115, w którym uregulowano prawo klienta (usługobiorcy) do wypowiedzenia umowy w każdym czasie (*client's right to cancel service contract at any time*). Oznacza, to że mimo, iż w częściach dotyczących każdej z umów nie przewidziano szczególnych postanowień dotyczących możliwości wypowiedzenia przez klienta umowy, to każdy z tych kontraktów może zostać wypowiedziany właśnie na podstawie art. 1:115. Drugi rodzaj relacji, jaki może zaistnieć pomiędzy postanowieniami rozdziału 1 i rozdziałów kolejnych, to brak odpowiednika przepisu ogólnego wśród przepisów szczególnych. Tę zależność autorzy wytłumaczyli odnosząc się do art. 1:105 i art. 6:102. Pierwszy z tych artykułów nakłada na usługodawcę obowiązek uzyskania i zebrania informacji, co do okoliczności w jakich ma być świadczona usługa oraz obowiązku ustalenia czy świadczenie tej usługi jest dostosowane do tych warunków i okoliczności. Natomiast w drugim z ww. artykułów wskazano sposób wypełnienia tych obowiązków w odniesieniu do umowy o informację. Tym samym stanowi on uszczegółowienie całości właściwego postanowienia części ogólnej. Trzeci typ relacji opisano jako uszczegółowienie przez postanowienie szczególne części przepisu ogólnego. Ten rodzaj zależności wyjaśniono w odniesieniu do art. 1:106 i art. 7:103. Pierwszy ze wspomnianych przepisów określa obowiązki usługodawcy w zakresie sposobu świadczenia usługi i ponoszonych w związku z tym nakładów (*Duties of the Service Provider regarding Input*), zaś drugi stanowi doprecyzowanie ustępu trzeciego art. 1:106 stworzone na potrzeby umowy o leczenie, w treści którego wymieniono m.in. narzędzia i materiały wymagane w kontekście świadczenia usługi leczenia, tj. instrumenty, medykamenty, materiały i instalacje. Oznacza to, że art. 1:106 ma zastosowanie do umowy o leczenie *in extenso*, jednakże ustęp trzeci tego przepisu obowiązuje w odniesieniu do tej umowy w wersji uzupełnionej o postanowienia art. 7:103. Czwarty typ zależności pomiędzy przepisami części ogólnej i części szczególnych występuje wówczas, gdy dany przepis szczególny z zakresu regulacji danego kontraktu nie ma swojego odpowiednika w treści rozdziału pierwszego. Przykładem takiego postanowienia jest art. 7:111 dotyczący odpowiedzialności zakładów opieki zdrowotnej (*Central Liability of Treatment Providing Organisations*).⁷²⁸

⁷²⁸ PEL SC, s. 137-139

Z zakresu przedmiotowego projektu wyłączono umowy: transportu, ubezpieczenia, gwarancji, dostawy produktu finansowego albo usługi finansowej⁷²⁹ oraz umowę o pracę⁷³⁰. To rozwiązanie uzasadniono wskazując na szczególne cechy tych stosunków prawnych (umowa o pracę) albo objęciem ich innymi inicjatywami realizowanymi na poziomie Unii Europejskiej (usługi finansowe, transport)⁷³¹. Jednakże jeśli wspomniane kontrakty oprócz świadczenia charakterystycznego regulują również świadczenie typowe dla tych opisanych w PEL SC⁷³², to w tej części PEL SC znajdzie do nich zastosowanie. Inną sytuacją, w której postanowienia PEL SC, mogą znaleźć zastosowanie do wspomnianych powyżej kontraktów, będzie okoliczność wskazania w ich treści zasad jako systemu prawnego regulującego daną umowę⁷³³. W całej rozciągłości wyłączono możliwość zastosowania zasad opisywanego dokumentu do umowy o pracę. Ograniczenie to nie zostanie również zniesione wobec kontraktów mieszanych łączących w sobie stosunek pracy z elementami innych umów⁷³⁴. Pominięcie umowy o pracę w treści PEL SC uzasadniono powołując się nie tylko na wyraźne odrębności pomiędzy tym stosunkiem prawnym a umowami mającymi za przedmiot usługi, lecz również wskazując na uwarunkowania techniczne. W tym kontekście zauważono, że metoda opracowania części ogólnej PEL SC, tj. zebranie w tej części wszystkich zasad wspólnych dla poszczególnych kontraktów uregulowanych w pozostałych częściach nie przyniosłaby tak dobrych rezultatów gdyby wśród tych typów kontraktowych znalazła się również umowa o pracę⁷³⁵. Ponadto, wyjaśniając to rozwiązanie stwierdzono, że umowy będące podstawą nawiązania stosunku pracy są zazwyczaj oddzielane od umów o świadczenie usług i poddawane normom imperatywnym odzwierciedlającym preferencje ustawodawcy krajowego w zakresie poziomu ochrony pracowników⁷³⁶. Dlatego też włączenie umowy o pracę do PEL SC spowodowałoby, zdaniem autorów tego opracowania, powstanie trudności w kontekście pogodzenia tych zasad z krajowymi regulacjami z zakresu prawa pracy⁷³⁷.

⁷²⁹ art. 101:1 pkt 4 PEL SC Without prejudice to paragraph (3), this Chapter does not apply to contracts for transport, insurance, guarantee, or for the supply of a financial product or a financial service.

⁷³⁰ art. 101:1 pkt 5 PEL SC This Chapter does not apply to employment contracts.

⁷³¹ PEL SC, s. 142

⁷³² art. 101:1 pkt 3 PEL SC When, under a contract, a party is bound to supply a service and to do something else, both this Chapter and, so far as relevant, Chapters 2 to 7 apply to the parts of the contract that involve services, with appropriate modifications.

⁷³³ PEL SC, s. 141

⁷³⁴ *Ibidem*

⁷³⁵ PEL SC, s. 143

⁷³⁶ *Ibidem*

⁷³⁷ *Ibidem*

Na zagrożenia wynikające z art. 1:101 pkt 6 PEŁ SC zwracają uwagę przedstawiciele doktryny prawa pracy⁷³⁸. M. Freedland nie bez racji wskazuje, że dyskusja dotycząca umów o świadczenie usług w ujęciu PEŁ SC powinna również uwzględniać sytuację usługodawców będących osobami fizycznymi prowadzącymi działalność gospodarczą na własny rachunek (tzw. *independent contractors*). Wspomniany autor zauważa, że w chwili obecnej zamiarem autorów PEŁ SC jest niewątpliwie stworzenie rozwiązań wykorzystywanych w stosunkach handlowych pomiędzy typowymi przedsiębiorcami lub takimi przedsiębiorcami a konsumentami. Niemniej jednak, choć M. Freedland nie wspomina o tym wprost, należy przyjąć, że od momentu wejścia w życie PEŁ SC zaczęły być one wykorzystywane jak każde regulacje umożliwiające świadczenie usług, czyli posłużą do obniżenia kosztów związanych z zatrudnianiem, które co do zasady są wyższe w przypadku umów o pracę niż dla umów cywilnoprawnych. Innymi słowy, w szczególności umowy zawierane na zasadach ogólnych opisanych w pierwszym rozdziale PEŁ SC mogą posłużyć jako podstawa do nawiązania tzw. zatrudnienia niepracowniczego w ramach kontraktów cywilnoprawnych (*personal contracts for services*). Wprawdzie, M. Freedland nie zgłasza w związku z tym konkretnych postulatów, jednocześnie zastrzegając, że w żaden sposób nie zamierza wstrzymywać prac związanych z unifikacją europejskiego prawa umów o świadczenie usług, to wydaje się, że kwestia powinna zostać wzięta pod uwagę w ramach dalszych prac związanych z ujednolicaniem europejskich przepisów dotyczących świadczenia usług. Oczywiście twórcom PEŁ SC nie udało się wykreować rozwiązań, które zapobiegałyby obchodzeniu prawa przez nieuczciwych pracodawców, ponieważ w takich kwestiach działalność legislacyjna jest z góry skazana na przegraną w konfrontacji z kreatywnością uczestników obrotu prawnego, jednakże wydaje się, że pożądane byłoby wpisanie do treści zasad rozwiązań umożliwiających w uzasadnionych sytuacjach objęcie usługodawców ochroną wynikającą z przepisów prawa pracy⁷³⁹. Zakres takiej ochrony jest oczywiście kwestią dyskusyjną, ale można przyjąć, że w oparciu o analizę uregulowań przyjętych w poszczególnych państwach członkowskich można by było zaproponować optymalne rozwiązania⁷⁴⁰.

⁷³⁸ M. Freedland, *Application...*, s. 11

⁷³⁹ Potrzeba wprowadzenia takich rozwiązań w odniesieniu do krajowych systemów prawnych została wyrażona np. w Rekomendacji nr 198 o stosunku pracy wydanej przez Międzynarodową Organizację Pracy (*International Labour Organization*) Zob. R198 Employment Relationship Recommendation, 2006, <http://www.ilo.org/legacy/english/inwork/cb-policy-guide/employmentrelationshiprecommendationno198.pdf> [Dostęp: 2018-07-10].

⁷⁴⁰ Minimalne rozwiązanie w tym zakresie powinno zostać wyznaczone przez konieczność zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, która w prawie polskim stanowi również obowiązek

Wobec powyższego należy uznać, że zgodnie z PEL SC umowa o świadczenie usług jest umową zobowiązującą do dokonania określonej czynności w zamian za wynagrodzenie. Ponadto, ogólne zasady, sformułowane w pierwszym rozdziale dokumentu, znajdują odpowiednie zastosowanie do umów o świadczenie usług zawartych pod tytułem darmym⁷⁴¹. Przy czym, jeśli nie postanowiono inaczej umowa zawarta w ramach prowadzonej działalności gospodarczej albo zawodowej jest odpłatna⁷⁴². W tym kontekście, jeśli strony nie uregulowały wysokości wynagrodzenia albo metody jej ustalania, wartość tej kwoty oblicza się w odniesieniu do stawek rynkowych pobieranych w okresie, w którym umowa została zawarta⁷⁴³.

Wśród metod ustalania wysokości wynagrodzenia wymieniono ryczałt (*fixed price*), kalkulację na podstawie stawki godzinowej oraz honorarium warunkowe, uzależnione od wyniku powierzonych spraw określone mianem ‘*no cure no pay*’⁷⁴⁴. W praktyce obrotu ten sposób ustalania wysokości świadczenia pieniężnego występuje najczęściej w kontraktach zawieranych z prawnikami na potrzeby reprezentowania klientów występujących w postępowaniach sądowych w charakterze powoda. Jest on szczególnie popularny w krajach systemu *common law*, gdzie istnieje możliwość dochodzenia przed sądem wysokich odszkodowań w postaci tzw. *punitive damages* (odszkodowania sankcyjnego)⁷⁴⁵. Wówczas klient może ustalić ze swoim pełnomocnikiem procesowym, że

przedsiębiorców niebędących pracodawcami, organizujących pracę wykonywaną przez osoby fizyczne na innej podstawie niż stosunek pracy czy przez osoby prowadzące na własny rachunek działalność gospodarczą. Zob art. 304 § 3 k.p. Oczywiście PEL SC nie muszą zawierać powyżej wskazanych treści albo podobnych, jednakże tak jak w nich wskazano, że nie znajdują zastosowania do umowy do pracę, tak równie dobrze mogą zawierać postanowienie wskazujące, że osoby fizyczne osobiście świadczące usługi w warunkach zbliżonych do stosunku pracy korzystają z ochrony zagwarantowanej im odpowiednimi przepisami prawa krajowego lub europejskiego.

⁷⁴¹ art. 101:1 pkt 6 PEL SC This Chapter, with the exception of Article 1:102, applies with appropriate modifications to contracts whereby the service provider is to supply a service to the client otherwise than for remuneration.

⁷⁴² art. 102:1 pkt 1 PEL SC Unless agreed otherwise, a service provider who has entered into the contract in the course of a profession or business is entitled to a price.

⁷⁴³ art. 102:1 pkt 2 PEL SC Where the contract does not fix the price or the method of determining it, the price is the market price generally charged at the time of the conclusion of the contract.

⁷⁴⁴ PEL SC, s. 154

⁷⁴⁵ *Punitive damages* (zwane również *exemplary damages*, *vindictive damages*, *punitory damages*, *presumptive damages*, *added damages*, *aggravated damages*, *speculative damages*, *imaginary damages*, ‘*smart money*’, *punies*) to występująca w krajach systemu *common law* forma odszkodowania mająca na celu, nie tyle skompensowanie poniesionego uszczerbku, czemu służy instytucja *compensatory damages* (*actual damages*), co ukaranie sprawcy danej szkody w sytuacji, gdy jego działanie jest tak naganne (*outrageous*), że zachodzi potrzeba zasądzenia na tyle wysokiego odszkodowania, żeby odstraszyć innych potencjalnych sprawców podobnych naruszeń w myśl zasady ‘*tort does not pay*’ (czyn niedozwolony nie popłaca) wyrażonej w brytyjskim orzeczeniu *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129. Jak zauważają przedstawiciele doktryny to rozwiązanie nie znajduje odpowiednika w systemach prawa cywilnego państw kontynentalnej Europy, nasuwając jedynie pewne skojarzenia z karą prywatną dochodzoną w procesie cywilnym w okresie starożytności i średniowiecza. Początków *punitive damages* można dopatrywać się w brytyjskim orzeczeniu wydanym w sprawie *Huckle v. Money* z 1763 r., które to zostało przyjęte przez większość amerykańskich sądów stanowych

honorarium zostanie naliczone w postaci tzw. *contingency fee*, tj. jako odsetek, wynoszący zazwyczaj ok. 30% sumy uzyskanej w rezultacie zasądzenia odszkodowania zgodnie z żądaniem pozwu⁷⁴⁶.

Istotną kwestią dotyczącą sposobu ustalania wysokości wynagrodzenia w razie braku postanowień umowy dotyczących tej kwestii jest uzasadnienie sformułowanego w art. 102:1 pkt 2 PEL SC domniemania zastrzeżenia stawki rynkowej obowiązującej w momencie zawarcia kontraktu. W tym zakresie wspomniane postanowienie stanowi przepis szczególny względem art. 6:104 *Principles of European Contract Law*, w którym na okoliczność nieuregulowania ceny przewidziano konieczność uiszczenia świadczenia pieniężnego w rozsądnej wysokości (*reasonable price*). Autorzy PEL SC wyjaśnili, że przyjęcie takiego rozwiązania, mimo iż może być ono niekorzystne dla pozycji rynkowej usługodawcy (wówczas, gdy jego wynagrodzenie jest wyższe od przeciętnie pobieranego na rynku) ma w założeniu stanowić zachętę do regulowania kwestii wynagrodzenia w umowie, tak żeby usługobiorcy nie byli zaskakiwani wysokością roszczeń z tego tytułu oraz, żeby ich decyzja o zawarciu umowy stanowiła decyzję świadomą (*informed decision*)⁷⁴⁷. Rezultatem przyjętych rozwiązań jest również, to że ciężar dowodu w zakresie ustalenia w kontekście danego stanu faktycznego znaczenia pojęcia „ceny rynkowej zwykle pobieranej w momencie zawarcia umowy” będzie spoczywał na stronie dochodzącej przed sądem wynagrodzenia, czyli na usługodawcy⁷⁴⁸.

Na zakończenie prezentacji sposobu uregulowania problematyki umów o świadczenie usług w PEL SC należy wspomnieć, że autorzy tego opracowania za jedną z ich podstawowych cech uznają konieczność stałej współpracy pomiędzy stronami tego kontraktu, której przejawem powinno być wzajemne informowanie się o okolicznościach istotnych dla jego realizacji, ostrzeganie o ewentualnych zagrożeniach, a także zapewnianie sobie odpowiedniego wsparcia w celu osiągnięcia celów związanych z danym zobowiązaniem – zarówno indywidualnych jak i wspólnych⁷⁴⁹. Takie ujęcie, scharakteryzowane jako właściwe „nowoczesnym umowom o świadczenie usług”,

w XIX w. Zob. Black's Law Dictionary, s. 448, A. Burrows [w:] English Private Law, pod red. A. Burrowsa, Oxford 2007, s. 1677-1679, E. Bagińska, Odszkodowanie karne (*punitive damages*) w prawie amerykańskim, Państwo i Prawo 2001, z. 9, s. 79-80 i cyt. tam literaturę. *Punitive damages* nie mogą być zasądzone za szkodę powstałą wyniku niewykonania albo niewłaściwego wykonania umowy (*breach of contract*), chociaż wyjątek w tym zakresie poczynił kanadyjski Sąd Najwyższy orzeczeniem w sprawie *Whiten v. Pilot Insurance Co* (2002) 209 DLR (4th) 257.

⁷⁴⁶ E. Bagińska, Procesy tytoniowe w Stanach Zjednoczonych Ameryki, Państwo i Prawo 2000, Nr 6, s. 75

⁷⁴⁷ PEL SC, s. 155-156

⁷⁴⁸ PEL SC, s. 157

⁷⁴⁹ PEL SC, s. 128

przeciwstawiono tradycyjnym rozwiązaniom, zgodnie z którymi zaangażowanie każdej ze stron takiej umowy, w zasadzie sprowadza się do jednostronnego przedstawienia wskazówek przez usługodawcę i ich realizacji przez usługobiorcę⁷⁵⁰.

Opisane powyżej rozwiązanie ma wpływ nie tylko na wykonanie umowy, lecz również determinuje kwestie odpowiedzialności za niewykonanie albo niewłaściwe wykonanie kontraktu, dla której przypisania nie tylko bada się kwestię niewłaściwego działania jednej ze stron, lecz również zaangażowanie w proces wzajemnego wspierania się i wymiany informacji pomiędzy kontrahentami⁷⁵¹.

III. 5 Podsumowanie

Na podstawie analizy rozwiązań (przeprowadzonej w rozdziale drugim) znajdujących zastosowanie w porządkach prawnych poszczególnych państw obcych do świadczenia usług w ramach stosunków kontraktowych można zauważyć, że w każdym z nich (za wyjątkiem prawa szwedzkiego) występują dedykowane tej działalności umowy. Jakkolwiek wypracowane w tym zakresie koncepcje mogą stanowić, same w sobie, źródło inspiracji dla polskiego ustawodawcy, w kontekście reformy prawa zobowiązań, to poprzestanie na czerpaniu wzorców jedynie z tego źródła nie wydaje się wystarczające. Wobec dokonania swoistej syntezy tych regulacji w opracowaniach podsumowujących działania w ramach procesu unifikacji europejskiego prawa zobowiązań (np. DCFR i PEEL SC) można uznać, że to właśnie one powinny być podstawowym punktem odniesienia dla formułowania propozycji w zakresie rekodyfikacji polskiego prawa cywilnego. Oczywiście, jeśli to konieczne, mogłyby one zostać uzupełnione o koncepcje wypracowane w tych porządkach prawnych, które z wiadomych względów nie znalazły się w obszarze zainteresowań autorów wspomnianych opracowań. W tym kontekście można by było wymienić prawo amerykańskie, z którego np. wywodzi się uzasadnienie postulatu poświęcenia usługom ogólnych, elastycznych norm mogących znaleźć zastosowanie do wszystkich świadczeń tego rodzaju⁷⁵². Przy czym należy zauważyć, że w praktyce funkcjonowania tego porządku prawnego odczuwalny jest brak wyraźnego modelu kontraktowego poświęconego tej sferze obrotu, czego wyrazem jest swoiste „wyręczenie” ustawodawcy przez instytucje państwowe i pozarządowe proponujące

⁷⁵⁰ *Ibidem*

⁷⁵¹ *Ibidem*, s. 132

⁷⁵² Tak I. Karwala, *Regulacja świadczenia usług w prawie amerykańskim ...*, s. 101

alternatywne względem ustawowych rozwiązania w tym zakresie (tj. stosowanie wzorców czy formularzy kontraktowych opracowanych przez wyspecjalizowane organizacje).

Koncepcje w zakresie regulacji problematyki umów o świadczenie usług przedstawione w DCFR oraz PEL SC czerpią nie tylko z krajowych porządków prawnych, lecz również z prawa unijnego, w którym wypracowano szereg rozwiązań umożliwiających nawiązywanie ekonomicznie efektywnych relacji kontraktowych (np. obowiązki informacyjne stron na etapie zarówno przedkontraktowym, jak i wykonywania umowy). Jednocześnie trzeba zauważyć, że w ww. opracowaniach następuje odejście od tradycyjnych modeli kontraktowych na rzecz oryginalnie skonstruowanych więzi obligacyjnych, które swym zakresem obejmują rozwiązania dotychczas przypisane do różnych umów nazwanych, co oczywiście stanowi propozycję przesunięcia granic pomiędzy tradycyjnie wyodrębnianymi kontraktami. Ponadto, w odniesieniu do problematyki usług w ramach umów nie wpisujących się w żaden z typów zidentyfikowanych w tych projektach proponuje się jedynie stosowanie poświęconych tym świadczeniom przepisów ogólnych. Niemniej jednak mając na uwadze doświadczenia innych porządków prawnych wydaje się, iż inspirację w tym zakresie można by było ograniczyć do treści odpowiednich rozwiązań, a nie ich formy (rozumianej jako sposób ujęcia w przepisach ustawowych).

Rozdz. IV Świadczenie usług jako element akcesoryjny niektórych rodzajów umowy sprzedaży

IV. 1 Uwagi wprowadzające

Tradycyjnie w polskim prawie zobowiązań przyjmuje się wyraźne rozgraniczenia pomiędzy poszczególnymi rodzajami umów nazwanych. Jednakże w innych systemach prawnych oraz w przepisach regulujących obrót konsumencki można niekiedy zaobserwować zatarcie tych granic albo brak wyodrębnienia porównywalnej liczby typów umów. Dobrym przykładem takich porządków prawnych może być ustawodawstwo brytyjskie, w którym zamiast licznych umów nazwanych mających za przedmiot usługi występuje w zasadzie tylko jedna – *contract for the supply of service* (obejmująca swym zakresem zarówno umowę o dzieło jak i różne przypadki umów o świadczenie usług), czy prawo szwedzkie, w którym w ogóle nie występują szczególne regulacje dotyczące umów o świadczenie usług, a do stosunków zobowiązaniowych tego rodzaju stosuje się przepisy o sprzedaży⁷⁵³.

Wydaje się, że rozwój technologii oraz wzmagająca się profesjonalizacja poszczególnych stosunków gospodarczych będzie prowadziła do nasilenia się tendencji zacierania granic pomiędzy konkretnymi rodzajami umów nazwanych. Już w chwili obecnej można dostrzec, że nawet w przypadku, wydawałoby się prostych towarów konsumpcyjnych, jak urządzenia elektroniczne, korzystanie z nich jest niekiedy niemożliwe bez przeprowadzenia odpowiedniej instalacji i konfiguracji wymagającej wiedzy specjalistycznej lub wykonania (czy też stałego wykonywania przez cały okres eksploatacji) na rzecz nabywcy takiego przedmiotu określonych usług. Prawidłowość ta jest jeszcze bardziej widoczna w przypadku rzeczy nabywanych w związku z prowadzoną

⁷⁵³ PEL SC, s. 153. Wyjątek w tym zakresie stanowią usługi świadczone na rzecz konsumentów podporządkowane odrębnym przepisom czy umowy o leczenie regulowane przepisami o wykonywaniu danych zawodów medycznych.

działalnością gospodarczą takich jak skomplikowane urządzenia czy linie produkcyjne. Ten stan rzeczy spotyka się z natychmiastową odpowiedzią przedsiębiorców, którzy w swym asortymencie zaczynają uwzględniać odpowiednie usługi albo oferują ich świadczenie w ramach umów na podstawie których dochodzi do przeniesienia własności towaru.

Powyżej opisane tendencje znajdują również odzwierciedlenie w różnych aktach prawnych. Wśród nich można wymienić m.in. Konwencję Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, sporządzoną w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r.⁷⁵⁴, ustawę prawach konsumenta (implementującą przepisy dyrektywy o prawach konsumenta), dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji⁷⁵⁵, zwaną dalej „dyrektywą 1999/44”), a także *Sale Contract* uregulowany w „Zasadach europejskiego prawa umów sprzedaży” czy *contract for the transfer of goods* w rozumieniu brytyjskiej *Sale of Goods and Services Act 1979*.

Opisanie rozwiązań zawartych w powyżej wskazanych aktach prawnych może pomóc w sformułowaniu wniosków dotyczących sposobu zmiany regulacji umów o świadczenie usług w prawie polskim w takim zakresie w jakim usługi te są ściśle powiązane z kontraktami mającymi za przedmiot przeniesienie własności rzeczy.

IV. 2 Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów

W doktrynie zauważa się, że mimo, iż w konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów⁷⁵⁶ nie zdefiniowano pojęcia „umowy sprzedaży” to na podstawie art. 30⁷⁵⁷ i 53⁷⁵⁸ tego aktu prawnego można przyjąć, że określenie to jest rozumiane podobnie jak w prawie polskim⁷⁵⁹ oraz wielu innych porządkach prawnych, zarówno należących do kręgu kultury prawa cywilnego jak i *common law*⁷⁶⁰. Jednakże, w celu

⁷⁵⁴ Dz. U. z 1997 r. Nr 45, poz. 286

⁷⁵⁵ Dz. Urz. L 171/12 z dnia 7 lipca 1999 r. z późn. zm.

⁷⁵⁶ Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, sporządzona w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 45 poz. 286), zwana dalej „Konwencją wiedeńską”.

⁷⁵⁷ Zgodnie z tym przepisem sprzedający obowiązany jest dostarczyć towary, przekazać wszelkie dokumenty ich dotyczące oraz przenieść prawo własności towarów, zgodnie z umową i konwencją.

⁷⁵⁸ Przepis ten odnosi się do głównego obowiązku kupującego, którym jest zapłacenie ceny za towary i przyjęcie dostawy, zgodnie z umową i konwencją.

⁷⁵⁹ J. Rajski, Jednolite prawo międzynarodowej sprzedaży towarów, Przegląd Prawa Handlowego 1996, nr 3, s. 2

⁷⁶⁰ R. August, *op. cit.*, s 541. R. August zauważa, że znaczenie pojęcia „umowa sprzedaży”, które można wyinterpretować z tekstu konwencji odpowiada również analogicznemu pojęciu użytemu w amerykańskim

ustalenia roli świadczenia usług w realizacji umów zawieranych na zasadach opisanych w konwencji, należy się odwołać nie do przepisów regulujących obowiązki stron, lecz do przepisów ograniczających jej zakres przedmiotowy. W art. 3 ust. 2 tego aktu prawnego wskazano, że konwencja nie ma zastosowania do umów, w których przeważająca część zobowiązań strony dostarczającej towary polega na zapewnieniu siły roboczej lub świadczeniu innych usług (tzw. *mixed contracts*).

W tym kontekście uznaje się, że określenie „przeważająca” odnosi się do wartości majątkowej poszczególnych świadczeń (usług albo towaru)⁷⁶¹, chociaż w literaturze anglojęzycznej podnosi się wątpliwości co do sposobu rozumienia tego wyrażenia⁷⁶². Abstrahując od tych trudności, w opinii Rady Doradczej ds. konwencji o międzynarodowej sprzedaży towarów (*Convention on International Sale of Goods Advisory Council*), problemów interpretacyjnych nie nastęrczają kontrakty, na podstawie których sprzedający oprócz przeniesienia własności towaru dodatkowo zobowiązany jest postanowieniami danej umowy do jego zapakowania, wysłania czy zawarcia umowy z przewoźnikami⁷⁶³. Takie umowy uznawane są za sprzedaż. Natomiast, bardziej skomplikowane jest sklasyfikowanie stosunków zobowiązaniowych, w ramach których sprzedawca musi dokonać czynności zwianych z instalacją lub montażem dostarczonych towarów albo przeszkoleniem pracowników w zakresie posługiwania się sprzedanymi maszynami czy też zobowiązuje się podjąć działania marketingowe w celu sprzedaży dóbr wyprodukowanych za pomocą nabytych od niego urządzeń⁷⁶⁴. W tym kontekście wyjaśnia się, że decydujące znaczenie

Uniform Commercial Code, który definiuje tę umowę jako „passing of a title from the seller to the buyer for a price”.

⁷⁶¹ J. Honnold, *Uniform law for International Sales Under the 1980 U.N. Convention*, Kluwer 1982, § 59, P. Schlechtriem, *Uniform Sales law – The UN-Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, Wien 1986, s. 31 cyt. za J. Rajski, *Jednolite prawo...*, s. 2

⁷⁶² R. August wskazuje, że mimo, iż słowo *preponderant* (przeważający) ma według konwencji prawdopodobnie to samo znaczenie, co w języku potocznym, czyli „więcej niż połowę”, to wątpliwe jest czy przewaga ta ma się wyrażać kosztach, cenie towaru czy innej wartości. Zob. R. August, *op. cit.*, s. 542. Ponadto, w opinii Rady Doradczej ds. konwencji o międzynarodowej sprzedaży towarów wyjaśniono, że udział usług w danym kontrakcie nieznacznie przekraczający 50% nie powinien przesądzać o wyłączeniu stosowania przepisów konwencji. Zob. CISG Advisory Council, *CISG-AC Opinion no. 4, Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG)*, pkt 3.4 (2004), opublikowana na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op4.html> [Dostęp 2018-07-10].

⁷⁶³ CISG Advisory Council, *CISG-AC Opinion...*, pkt 3.1

⁷⁶⁴ W orzecznictwie dotyczącym konwencji można odnotować takie przykłady usług jak instalacja linii produkcyjnych (orzeczenie Trybunału Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlu nr 7660/1994), montaż ścianek działowych z elementów (orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Lugano z dnia 29 października 2003 r., tłumaczenie angielskie opublikowano na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031029s1.html> [Dostęp 2018-07-10]), czy złożenie z części i uruchomienie urządzeń wchodzących w skład parku maszynowego fabryki okien (orzeczenie *Oberlandesgericht* w Monachium z dnia 3 grudnia 1999 r., tłumaczenie angielskie opublikowano na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991203g1.html> [Dostęp 2018-07-10]).

powinny mieć nazwa umowy oraz jej treść⁷⁶⁵, sposób obliczania ceny⁷⁶⁶ oraz znaczenie nadane przez strony poszczególnym świadczeniom w ramach stosunku zobowiązaniowego⁷⁶⁷.

W ramach propozycji przewyciężenia tych trudności w doktrynie przedstawia się praktyczne rozwiązania mające na celu ułatwienie stosowania przepisów konwencji do umów mieszanych. W tym kontekście J. Rajski dostrzegając, że uznanie danego kontraktu za umowę sprzedaży będzie możliwe gdy wartość dostarczanego towaru będzie znacznie większa od wynagrodzenia za związane z nim usługi, proponuje żeby strony umów obejmujących dostawę towarów i świadczenie usług takich jak dostawa elementów linii technologicznej w połączeniu z jej zamontowaniem i uruchomieniem, korzystając z przynależnej im swobody kontraktowania, czytelnie wskazywały w treści kontraktu albo kontraktów, czy poszczególne świadczenia należy traktować łącznie czy rozłącznie⁷⁶⁸. W przypadku łącznego ujęcia, w treści umowy należałoby określić ich wartość, co ułatwiłoby ustalenie statusu umowy w kontekście przepisów konwencji albo wyodrębnić na tyle, żeby możliwe było ustalenie w jakim zakresie konwencja ma zastosowanie do danego kontraktu, a w jakim nie ma, natomiast w przeciwniej sytuacji, poszczególne świadczenia powinny stanowić przedmiot odrębnych umów⁷⁶⁹.

Podsumowując, w postanowieniach konwencji dopuszczono poddanie jej zasadom umów mających za przedmiot nie tylko przeniesienie własności towaru, lecz również świadczenie usług z tym związanych. Oznacza to, że w świetle przepisów jednolitego prawa międzynarodowej sprzedaży towarów granice pomiędzy takimi kontraktami jak sprzedaż,

⁷⁶⁵ Orzeczenie Trybunału Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlu nr 7153/1992 (tłumaczenie angielskie opublikowano na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927153i1.html> [Dostęp 2018-07-10]), w którym Trybunał orzekł, że umowa mająca za przedmiot umeblowanie i montaż materiałów dla hotelu podlega konwencji, ponieważ w treści kontraktu strony bardzo wyraźnie postanowiły, że jest to umowa sprzedaży.

⁷⁶⁶ Orzeczenie *Landesgericht* w Monachium z dnia 16 listopada 2000 r. (tłumaczenie angielskie opublikowano na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001116g1.html> [Dostęp 2018-07-10]), w którym sąd orzekł, że przepisom konwencji podlega umowa mająca za przedmiot dostawę i instalację wyposażenia pizzerii, ponieważ ogólna cena została skalkulowana poprzez zsumowanie cen poszczególnych artykułów. Ponadto, w jej wysokości uwzględniono wynagrodzenie za instalację dostarczonych artykułów oraz ich przewóz. Natomiast, w treści faktury nie ujęto wynagrodzenia za usługi, co zdaniem sądu, wskazywało, że przeważającą część zobowiązania sprzedającego stanowiło dostarczenie wyposażenia, a nie świadczenie usług związanych z jego instalacją.

⁷⁶⁷ Orzeczenie *Oberlandesgericht* w Mainz z dnia 26 listopada 1998 r. (tłumaczenie angielskie opublikowano na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981126g1.html> [Dostęp 2018-07-10]), w którym sąd, uznając że umowa będąca przedmiotem sporu podlega konwencji, orzekł, że w cenie za produkcję, dostarczenie i usługi związane z nabyciem urządzenia nie uwzględniono cen jednostkowych, wobec czego niemożliwym było przypisanie konkretnej wartości do poszczególnych świadczeń sprzedawcy. W związku z tym, w celu ustalenia które zobowiązania są „przeważające”, sąd wziął pod uwagę zarówno dokumentację kontraktu jak i okoliczności jego zawarcia. Na tej podstawie uznano, że świadczenia związane z produkcją i dostawą towaru były szczegółowo określone w przeciwieństwie do usług związanych z nabyciem urządzenia, a co za tym idzie, nie mogły one, w tej sytuacji, stanowić przeważającej części zobowiązań sprzedawcy.

⁷⁶⁸ J. Rajski, *Jednolite prawo...*, s. 2

⁷⁶⁹ *Ibidem*, s. 2-3

umowa o dzieło czy umowa o świadczenie usług uległy zatarciu wskutek uwzględnienia potrzeb praktyki obrotu gospodarczego. Ponadto, rozwiązania konwencji, w tym zakresie, wywarły wpływ na wiele krajowych systemów prawnych, m.in. na polską regulację sprzedaży konsumenckiej.

IV. 3 Umowa sprzedaży w obrocie konsumenckim

Pojęciu sprzedaży w obrocie konsumenckim nadawane jest szczególne znaczenie. Dążąc do ustalenia jego treści należałoby przywołać postanowienia dwóch aktów prawnych. Po pierwsze, w przepisach dyrektywy 1999/44 przyjmuje się, że oznacza ona umowę przenoszącą za wynagrodzeniem własność dóbr konsumpcyjnych, czyli rzeczy ruchomych, zawieraną przez sprzedawcę w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej lub zawodowej z osobą fizyczną zawierającą umowę w celu nie związanym z prowadzoną przez nią działalnością gospodarczą lub zawodową⁷⁷⁰. Do umów tych zalicza się kontrakty mające za przedmiot przeniesienie własności rzeczy które mają być wyprodukowane lub wytworzone, a także sprzedaż połączoną z usługą montażu⁷⁷¹. Takie ujęcie sprawia, że kontrakt ten może być utożsamiony ze sprzedażą w rozumieniu ekonomicznym oznaczającą wszelkie przypadki transakcji, z którymi wiąże się przeniesienie prawa własności rzeczy (towarów). Przy czym warto wspomnieć, że niniejsza konwencja terminologiczna wydaje się być dość typowa dla europejskiego prawa ochrony konsumentów⁷⁷². Innym przykładem zastosowania nazwy „sprzedaż” w szerokim, ekonomicznym, znaczeniu jest art. 2 lit. a dyrektywy 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 września 2002 r. dotyczącej sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość oraz zmieniająca dyrektywę Rady 90/619/EWG oraz dyrektywy 97/7/WE i 98/27/WE⁷⁷³, w treści którego zdefiniowano „umowy zawierane na odległość” m.in. jako umowy dotyczące usług finansowych zawarte pomiędzy dostawcą a konsumentem w ramach zorganizowanej

⁷⁷⁰ J. Pisuliński zauważa, że skutkiem takiego sformułowania jest ujęcie w zakresie sprzedaży w rozumieniu dyrektywy 1999/44 nie tylko różnego rodzaju odmian sprzedaży (sprzedaż na raty, sprzedaż komisową) ujętych w k.c., lecz również umowy dostawy, o dzieło, a nawet kontraktacji. Zob. J. Pisuliński [w:] A. Brzozowski, J. Frąckowiak, W. J. Katner, J. Napierała, M. Nesterowicz, L. Ogiegło, A. Olejniczak, J. Pisuliński, E. Rott-Pietrzyk, M. Stec, L. Stecki, A. Stelmachowski, J. Strzępka, System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, t. 7, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2004 s. 156 i cyt. tam lit.

⁷⁷¹ Zob. art. 1 ust. 4 oraz art. 2 ust. 5 dyrektywy 1999/44/WE.

⁷⁷² Definiowanie umów w „dyrektywach konsumenckich” poprzez posługiwanie się określeniami używanymi w sensie ekonomicznym, a nie w odniesieniu do kryterium struktury stosunków między dłużnikiem i wierzycielem uznawane bywa wręcz za jedną z podstawowych cechy europejskiego prawa konsumenckiego tworzonego na podstawie dyrektyw. Tak M. Jagielska, E. Łętowska, A. Wiewiórowska-Domagalska, P. Mikłaszewicz, K. Lis, Implementacja prawa konsumenckiego w Polsce, Europejski Przegląd Sądowy 2006, Nr 12, s. 15

⁷⁷³ Dz. Urz. WE L 271 z 9.10.2002 r., s. 16–24

sprzedaży⁷⁷⁴. Podobny przykład stanowiła dyrektywa Rady 87/102/EWG z dnia 22 grudnia 1986 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących kredytu konsumenckiego⁷⁷⁵, w której zakresie przedmiotowym znalazły się nie tylko stosunki zobowiązaniowe związane z udzieleniem kredytu konsumenckiego *sensu stricto*, lecz również te, w których można zidentyfikować elementy umowy najmu, pożyczki czy leasingu⁷⁷⁶. Taka praktyka jest zresztą przedmiotem krytyki ze strony przedstawicieli doktryny, którzy zauważają, że posługiwanie się przez ustawodawcę europejskiego ekonomicznym, a nie prawnym (klasycznym) kryterium typizacji umów utrudnia właściwe zrozumienie celu dyrektyw, a tym samym utrudnia ich odpowiednią implementację do systemów prawa cywilnego poszczególnych państw członkowskich⁷⁷⁷.

Drugim aktem prawnym, którego postanowienia należałoby przywołać w celu ustalenia treści pojęcia sprzedaży w prawie konsumenckim jest dyrektywa o prawach konsumenta. Zgodnie z jej art. 2 pkt 5 „umowa sprzedaży» oznacza każdą umowę, na mocy której przedsiębiorca przenosi lub zobowiązuje się do przeniesienia własności towarów na konsumenta, a konsument płaci lub zobowiązuje się do zapłacenia ich ceny, w tym również każdą umowę, której przedmiotem są zarówno towary, jak i usługi». W doktrynie zauważa się, że różnica pomiędzy „umową sprzedaży» w rozumieniu dyrektywy 1999/44 i dyrektywy o prawach konsumenta sprowadza się do ujęcia w zakresie tego pojęcia w wariantcie występującym w pierwszym z ww. aktów prawnych również zobowiązania do wytworzenia towarów⁷⁷⁸. Natomiast w drugiej ze wskazanych dyrektyw „rozstrzygającą cechą definitywną» sprzedaży jest zobowiązanie przeniesienia własności, co oznacza przypisanie mu szerszego zakresu pojęciowego niż w dyrektywie 1999/44 (wytworzenie towarów będzie w tym reżimie prawnym usługą⁷⁷⁹). Jednocześnie, należy przytoczyć pogląd F. Zolla, zgodnie z którym w sytuacji gdy w ramach konkretnej umowy zobowiązanie świadczenia usługi będzie

⁷⁷⁴Odnosząc się do użycia słowa „sprzedaż» w treści tego przepisu przedstawiciele doktryny wyjaśniają, że zostało ono zastosowane w znaczeniu ekonomicznym, a w języku prawniczym jego odpowiednikiem byłoby sformułowanie „zawarcie umowy o świadczenie usługi». Tak. F. Grzegorzczak, Uwagi o reformie wspólnotowego prawa konsumenckiego, Europejski Przegląd Sądowy 2009, Nr 10, s. 16, przyp. 27

⁷⁷⁵Dz. U. WE L 42 z 12 lutego 1987 r., s. 48. Przedmiotowy akt prawny został uchylony dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylająca dyrektywę Rady 87/102/EWG (Dz. Urz. UE L 2008 Nr 133, s. 66).

⁷⁷⁶H. K. Ostrowski, Transpozycja dyrektywy 99/44/WE do ustawodawstw wewnętrznych państw członkowskich Unii Europejskiej, Przegląd Prawa Handlowego 2008, Nr 11, s. 51

⁷⁷⁷Por. E. Łętowska, Prawo europejskie inspiracją dla dogmatyki prawa cywilnego, Studia Prawnicze 2001, Nr 3-4, s. 203.

⁷⁷⁸F. Zoll, Problem z pojęciem umowy sprzedaży w nowej ustawie o prawach konsumenta – zagadnienie umów mieszanych z obowiązkiem świadczenia usługi, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2014, Nr 4, s. 12 i cyt. tam lit.

⁷⁷⁹F. Zoll, Problem z pojęciem..., s. 13

dominujące, a przeniesienie własności będzie miało charakter dominujący (tak jak w przypadku wykonania przez architekta dokumentacji projektowej połączonej z przeniesieniem jej własności na zamawiającego), to pomimo treści art. 2 pkt 5 dyrektywy 1999/44 trzeba będzie ją uznać za umowę o świadczenie usług w rozumieniu tego aktu prawnego⁷⁸⁰. Tym samym wspomniany autor opowiada się za uznaniem, że rozwiązania ww. aktu prawnego nie wyłączają stosowania zasady absorpcji wówczas gdy jedno ze świadczeń w ramach umowy mieszanej⁷⁸¹ „jest dominujące dla treści zobowiązania”, a jedynie „przesuwają akcenty na rzecz umowy sprzedaży”⁷⁸².

Odnosząc ww. akty prawa unijnego, w opisanych zakresach, należy przede wszystkim zwrócić uwagę na art. 6 ustawy o prawach konsumenta. Zgodnie z tym przepisem do umowy, na mocy której przedsiębiorca jest zobowiązany do przeniesienia własności rzeczy i wykonania usługi, stosuje się przepisy dotyczące umów zobowiązujących do przeniesienia własności. Ten sposób ujęcia przedmiotowej problematyki uznaje się za skutkujący koniecznością zastosowania „w pierwszym rzędzie” np. przepisów o sprzedaży w sytuacji gdy w ramach danego stosunku zobowiązaniowego dochodzi do wykonania usługi i przeniesienia prawa własności rzeczy⁷⁸³, czyli w istocie wyłączający możliwości zastosowania w tych okolicznościach metody kombinowanej⁷⁸⁴.

IV. 4 Sale Contract według „Zasad europejskiego prawa umów sprzedaży”

Projekt przepisów dotyczących umowy sprzedaży został opracowany przez zespół działający w ramach grupy roboczej zajmującej się sprzedażą, usługami i umowami długoterminowymi wchodzącej w skład inicjatywy znanej jako Grupa Studyjna do spraw Europejskiego Kodeksu Cywilnego (*Study Group on European Civil Code*). Został on opublikowany p.t. „Zasady europejskiego prawa umów sprzedaży” (*Principles of European*

⁷⁸⁰ *Ibidem*

⁷⁸¹ W doktrynie przyjmuje się, że umowa mieszana oznacza kontrakt, w którym połączone są elementy różnych ustawowo uregulowanych typów umów. Tak np. A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 84

⁷⁸² F. Zoll, *Problem z pojęciem...*, s. 13

⁷⁸³ Tak. J. Jezioro [w:] B. Burian, A. Cisek, M. Dreła, W. Dubis, E. Gniewek, J. Gołaczyński, K. Gołębiowski, K. Górski, J. Jezioro, J. Kremis, P. Machnikowski, J. Nadler, J. Strzebinczyk, W. Szydło, K. Zagrobelny, *Kodeks cywilny, Komentarz*, pod red. E. Gniewka i P. Machnikowskiego, Warszawa 2014, s. 1079

⁷⁸⁴ F. Zoll, *Problem z pojęciem...*, s. 13

Law on Sales– dalej jako PEL S)⁷⁸⁵. Już we wstępie do tego opracowania autorzy zauważają, że obecnie granica pomiędzy umową sprzedaży a umowami o świadczenie usług stała się niewyraźna, ponieważ wiele kontraktów mających za przedmiot usługi obejmuje również przeniesienie własności rzeczy, a wiele przypadków sprzedaży wiąże się z koniecznością wykonania określonej czynności na rzecz kupującego⁷⁸⁶. Niemniej jednak z uwagi na obowiązywanie dyrektywy 1999/44 oraz konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów autorzy PEL S nie zdecydowali się na zastosowanie w treści opracowanego przez nich dokumentu podejścia funkcjonalnego przyjętego przez twórców PEL SC, pozostając przy tradycyjnym rozumieniu sprzedaży⁷⁸⁷.

W PEL S zawarto precyzyjną i zwięzłą definicję analizowanego kontraktu, co stanowi istotną różnicę między tym opracowaniem a dyrektywą 1999/44 oraz konwencją wiedeńską o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, które nie określają wprost pojęcia „sprzedaży”. W tym zakresie autorzy czerpali inspiracje z narodowych systemów prawnych, nie powielając rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę europejskiego i międzynarodowego⁷⁸⁸. Zgodnie z art. 1:101 pkt 2 zawierającym definicję umowy sprzedaży towarów, w ramach tego kontraktu, jedna strona, sprzedawca, zobowiązuje się wobec, drugiej, strony, kupującego, do przeniesienia własności towarów na rzecz kupującego, albo osoby trzeciej, niezwłocznie po zawarciu umowy albo w terminie późniejszym, a kupujący zobowiązuje się do zapłaty ceny⁷⁸⁹. Treści tego przepisu nie można, jednak, analizować w oderwaniu od art. 1:101 pkt 1 określającego zakres przedmiotowy PEL S. Wskazano w nim, że zasady znajdują zastosowanie do umów sprzedaży towarów⁷⁹⁰. Właściwe znaczenie tego sformułowania może być określone w kontekście wyjaśnień zawartych w analizowanym opracowaniu według, których obecna wersja PEL S znajduje zastosowanie wyłącznie do towarów pozostawiając usługi, np. te które polegają na wytworzeniu określonej rzeczy ruchomej, w zakresie regulacji PEL SC⁷⁹¹. Jednocześnie autorzy PEL S opowiadają się za swoistym domniemaniem stosowania tej regulacji w przypadkach, w których istnieje wątpliwość odnośnie tego, które zasady powinny znaleźć zastosowanie, tj. wówczas kiedy w

⁷⁸⁵ Principles of European Law on Sales, pod red. E. Hondius, V. Heutger, Ch. Jeloschek, H. Sivesand, A. Wiewiorowska, Monachium 2008

⁷⁸⁶ PEL S, s. XIV

⁷⁸⁷ *Ibidem*

⁷⁸⁸ PEL S, s. 113

⁷⁸⁹ Art. 1:101 pkt 2 PEL S: A contract for the sale of goods is a contract under which one party, the seller, undertakes to transfer the ownership of goods to another party, the buyer, either immediately on conclusion of the contract or at some future time, and the buyer undertakes to pay the price.

⁷⁹⁰ Art. 1:101 pkt 1 PEL S: These Principles apply to contracts for the sale of goods.

⁷⁹¹ PEL S, s. 121

umowie o świadczenie usług występuje element sprzedaży⁷⁹². To rozwiązanie będzie miało szczególne znaczenie w przypadku umów zawieranych w obrocie konsumenckim, ponieważ PEL S zawiera szereg rozwiązań faworyzujących słabszą stronę stosunków obligacyjnych i mających bezwzględnie wiążący charakter⁷⁹³. W tym zakresie nie znajdują zastosowania PEL SC, w których dominują normy względnie wiążące. Wobec powyższego można zauważyć, że w tej kwestii analizowane opracowanie powieli rozwiązania dyrektywy 1999/44, w której art. 2 ust. 5, skutki nieprawidłowej instalacji towarów konsumpcyjnych przez sprzedawcę w ramach umowy sprzedaży, a więc działalności usługowej, są traktowane jako równoznaczne z brakiem zgodności towarów z umową⁷⁹⁴.

W związku z tym, że PEL S stosuje się wyłącznie do umów mających za przedmiot przeniesienie własności rzeczy zachodzi potrzeba zidentyfikowania w systemie „Zasad prawa europejskiego” przepisów regulujących umowy mieszane, to jest takich na podstawie których świadczy się usługi oraz jednocześnie przenosi się prawo własności rzeczy. Taką regulację stanowi art. 101 pkt 3 PEL SC, zgodnie z którym, jeżeli strona na podstawie umowy zobowiązana jest do świadczenia usługi oraz do jakichkolwiek dodatkowych świadczeń, stosuje się do niej odpowiednio w części dotyczącej usług rozdział 1 PEL SC oraz we właściwym zakresie rozdziały od 2 do 7⁷⁹⁵. Jako przykład ilustrujący zastosowanie tej regulacji autorzy PEL SC przedstawiają transakcję sprzedaży laptopa wraz z jednoczesnym zobowiązaniem się sprzedawcy sprzętu do świadczenia usług serwisowych w trzyletnim

⁷⁹² PEL S, s. 123

⁷⁹³ *Ibidem*

⁷⁹⁴ Odnosząc się do zagadnienia sprzedaży towaru konsumpcyjnego wraz z instalacją, należy zwrócić uwagę, że w treści PEL SC zawarto dodatkowe uzasadnienie dotyczące wyboru powyżej opisanego rozwiązania. W sytuacji, gdy usługa świadczona jest na podstawie umowy sprzedaży towaru konsumpcyjnego, i wiąże się z jego instalacją czy montażem według standardowych procedur, wówczas nakład pracy w porównaniu do wartości urządzenia, którego prawo własności przeniesiono na podstawie kontraktu, jest stosunkowo niewielki. Montaż odbywa się również praktycznie bez udziału klienta oraz bez jego wskazówek, co do sposobu wykonania czynności. Wobec tego z uwagi na nieznaczny udział świadczenia usługowego w toku wykonania umowy trudno podtrzymać tezę o możliwości uznania takiej umowy za umowę mieszaną (autorzy PEL SC twierdzą wręcz, że czynności takiej nie można uznać za usługę, co jednak nie wydaje się zasadne). W konsekwencji do takiego kontraktu znajdzie zastosowanie wyłącznie PEL S. Zob. PEL SC, s. 145. Niemniej jednak autorzy PEL SC odnoszą się również do innej, choć zbliżonej sytuacji, w której, mimo że, zawarto umowę sprzedaży urządzenia obejmującą świadczenie usługi związanej z jego instalacją, zastosowanie będą miały nie tylko PEL S, lecz również PEL SC. Dojdzie do tego wówczas, gdy montaż zakupionego sprzętu będzie wymagał znacznych pracochłonnych modyfikacji zarówno zakupionego towaru, jak i miejsca, w którym powinien zostać zainstalowany. W takiej sytuacji, z uwagi na fakt, że świadczonych usług w żaden sposób nie będzie można uznać za czynności wykonane w ramach standardowych procedur, a ich właściwe wykonanie niewątpliwie będzie wymagało ścisłej współpracy pomiędzy stronami umowy, sprzedaż będzie podlegała PEL S, natomiast usługi związane z jego instalacją oraz adaptacją miejsca, w którym urządzenie powinno zostać umieszczone, będą oceniane w odniesieniu do regulacji PEL SC. Zob. s. 145-146

⁷⁹⁵ Art. 1:101 pkt 3 PEL SC: When, under a contract, a party is bound to supply a service and to do something else, both this Chapter and, so far as relevant, Chapters 2 to 7 apply to the parts of the contract that involve services, with appropriate modifications.

okresie od dnia dokonania zakupu⁷⁹⁶. W tej sytuacji PEL S znajdzie zastosowanie do tej części umowy, która wiąże się z przeniesieniem własności komputera, natomiast świadczenie usługi będzie uregulowane przez rozdział 3 PEL SC (przepisy dotyczące umowy o przetworzenie – *processing contract*)⁷⁹⁷, które w prawie polskim odpowiadały by umowie o dzieło zobowiązującej do naprawy urządzenia.

Warto zwrócić uwagę, że w treści PEL SC zawarto uzasadnienie wyboru powyżej opisanego rozwiązania w zakresie wyboru regulacji właściwych dla umów mieszanych. W tym kontekście po pierwsze przedstawiono dwa możliwe podejścia do przedmiotowego zagadnienia⁷⁹⁸. Jedno nich określono mianem „*system of exclusive qualification*” (system kwalifikacji wyłącznej) natomiast drugie opisano jako „*system of distributive qualification*” (system kwalifikacji rozdzielnej). Odnosząc te wyrażenia do pojęć stosowanych w nauce polskiego prawa cywilnego można je opisać odpowiednio jako teorię (również metodę czy zasadę) absorpcji i teorię kombinowaną (kombinacji)⁷⁹⁹.

Pierwszy z nich polega na zastosowaniu do umowy mieszanej przepisów właściwych tylko dla jednego ze świadczeń uzyskiwanych na jej podstawie. Oznacza to, że w przypadku kontraktu łączącego w sobie sprzedaż i usługi będą stosowane regulacje właściwe tylko dla jednej ze wspomnianych instytucji. Przy tym wybór regulacji może zachodzić na podstawie ustalonych kryteriów (np. zastosowanie znajdują te regulacje, które dotyczą świadczenia przeważającego) albo zastosowanie konkretnych rozwiązań podyktowane jest arbitralną decyzją prawodawcy, dla której uzasadnieniem może być konieczność zapewnienia ochrony słabszej strony danej transakcji. System ten został przyjęty w przepisach dyrektywy

⁷⁹⁶ PEL SC, s. 141

⁷⁹⁷ *Ibidem*

⁷⁹⁸ PEL SC, s. 142

⁷⁹⁹ Zob. np. B. Gawlik, Umowy mieszane – konstrukcja i ocena prawna, *Palestra* 1974, nr 5, s. 30; Z. Radwański, Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 240–241; K. P. Sokołowski, *Czynności prawne mieszane*, *Przegląd Sądowy* 2010, nr 7–8, s. 148–149

1999/44⁸⁰⁰, konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów⁸⁰¹ oraz PEL S w zakresie dotyczącym sprzedaży konsumenckiej⁸⁰².

Drugie ze wspomnianych podejść zakłada oddzielenie dwóch zobowiązań, dla których źródłem jest ta sama umowa i poddanie każdego z nich odrębnej regulacji. W przypadku umów łączących sprzedaż i usługi poddanych zasadom prawa europejskiego byłyby one w odpowiednich zakresach regulowane przez PEL S i PEL SC. Właśnie to rozwiązanie zostało wybrane przez twórców PEL SC, ponieważ jego stosowanie wiąże się z mniejszą liczbą problemów praktycznych. Przede wszystkim wybór odpowiedniego reżimu dla poszczególnych zobowiązań jest stosunkowo prosty, ponieważ wymaga jedynie stwierdzenia czy mamy do czynienia z usługą czy sprzedażą. Ponadto, zastosowanie tego podejścia eliminuje konieczność przeprowadzenia oceny odnośnie tego, które ze świadczeń występujących w ramach jednego kontraktu jest przeważające. Wreszcie, przy założeniu, że udałoby się zidentyfikować świadczenie przeważające, trudno byłoby uzasadnić konieczność zastosowania do świadczenia „nieprzeważającego” regulacji dotyczących zupełnie innej umowy. Niemniej jednak autorzy PEL SC dostrzegli również wadę przyjętego modelu, która wynika z tego, że zastosowanie dwóch różnych zbiorów zasad do dwóch zobowiązań w ramach jednego kontraktu może prowadzić do rozbieżnych rezultatów⁸⁰³. Rozwiązanie tego problemu ma stanowić art. 1:101(3) PEL SC, zgodnie z którym zasady stosuje się do umów mieszanych odpowiednio, co w tym kontekście oznaczać ma zapewnienie stronom umów, wykonywanych na zasadach opisywanego reżimu prawnego, odpowiedniego poziomu elastyczności umożliwiającego celowościowe interpretowanie stosownych przepisów z uwzględnieniem specyfiki umów mieszanych⁸⁰⁴. Te wyjaśnienia można zinterpretować jako zachętę do takiej modyfikacji dyspozytywnych postanowień PEL SC, która pozwalałaby na wyeliminowanie poważnych rozbieżności wynikających ze stosowania PEL S i PEL SC do jednej umowy. W tym kontekście autorzy zdają się twierdzić, że ten swoisty „margines

⁸⁰⁰Zgodnie z art. 2 ust. 5 dyrektywy 1999/44 sprzedaż połączoną z usługą montażu stanowi umowę sprzedaży konsumenckiej w związku z tym do usługi świadczonej na jej podstawie znajdują zastosowanie przepisy o sprzedaży.

⁸⁰¹Zgodnie z art. 3 ust. 2 konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów konwencja nie ma zastosowania do „umów, w których przeważająca część zobowiązań strony dostarczającej towary polega na zapewnieniu siły roboczej lub świadczeniu innych usług”. konsekwencją takiego rozwiązania jest stosowanie przepisów konwencji do umów, w których świadczenie usług nie stanowi przeważającej części zobowiązania strony dostarczającej towary.

⁸⁰² Konieczność stosowania PEL S do umów sprzedaży konsumenckiej w ramach, których świadczona jest usługa związana z instalacją czy montażem zakupionego towaru wynika z Art. 2:204 PEL S, którego brzmienie jest analogiczne do art. 2 ust. 5 dyrektywy 1999/44.

⁸⁰³ PEL SC, s. 142

⁸⁰⁴ PEL SC, s. 143

swobody” dostępny jest jedynie w ramach PEL SC, podczas gdy tak swobodne interpretowanie PEL S nie jest dopuszczone⁸⁰⁵.

IV. 5 *Contract for the sale of goods* w prawie angielskim

Umowa sprzedaży towarów (*contract for the sale of goods*) wchodzi w zakres regulacji brytyjskiego prawa stanowionego. Aktem prawnym zawierającym przepisy dotyczące tego kontraktu jest *Sale of Goods Act 1979*, który od dnia wejścia w życie był kilkakrotnie nowelizowany⁸⁰⁶. Odnosi się on zarówno do sprzedaży zachodzącej w obrocie profesjonalnym (*commercial sale*), konsumenckim (*consumer sale*), przy czym wyodrębnienie tych dwóch typów jest dla prawa brytyjskiego rozwiązaniem stosunkowo nowym, ponieważ wprost sformułowano je dopiero w 2002 r.⁸⁰⁷. Ponadto z uwagi na fakt, że Zjednoczone Królestwo nie jest stroną konwencji o międzynarodowej sprzedaży towarów powyżej wskazana regulacja znajduje również zastosowanie do sprzedaży zawieranej w ramach międzynarodowych stosunków gospodarczych.

Definicja umowy sprzedaży towarów zawarta jest w *section 2(1)* ww. aktu prawnego. Zgodnie z tym przepisem jest to umowa, na podstawie której sprzedawca przenosi albo zobowiązuje się do przeniesienia własności towarów za świadczenie pieniężne, nazwane ceną⁸⁰⁸. Na podstawie przytoczonej definicji w literaturze wyodrębnia się cztery charakterystyczne elementy tego stosunku prawnego: umowa (*contract*)⁸⁰⁹, towar (*goods*),

⁸⁰⁵ *Ibidem*

⁸⁰⁶ Historię rozwoju kodyfikacji prawa brytyjskiego w zakresie umowy sprzedaży przedstawiono m.in. w M. Griffiths, I. Griffiths, *op. cit.*, s. 95, M. Freedland [w:] N. Andrews, J. Armour, J. Bell, M. Bridge, A. Briggs, M. Clarke, W. Cornish, S. Cretney, J. Davies, J. Edelman, M. Freedland, R. Hooley, R. Kerridge, E. McKendrick, C. Mitchell, N. Palmer, F. Reynolds, L. Smith, W. Swadling, G. Treitel, *English Private Law*, pod red. A. Burrowsa, Oxford 2007, s. 859, L. S. Sealy, R. J. Hooley, *Commercial Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford 2009, s. 265-266

⁸⁰⁷ Nastąpiło to na skutek zmian wprowadzonych do *Sale of Goods Act 1979* na mocy *Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002*. W tym kontekście warto wspomnieć, że ustawodawca brytyjski dokonał transpozycji dyrektywy 1999/44 nowelizując akty prawne dotyczące sprzedaży i dostawy towarów, tj. *Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002*, *Sale of Goods Act 1979*, *Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973*, *Supply of Goods and Services Act 1982*. Znowelizowane regulacje weszły w życie 31.03.2003 r. Zob. H. K. Ostrowski, *op. cit.*, s. 54. Ponadto, w literaturze odnotowano, że władze brytyjskie, uznając, iż prawo brytyjskie, co do zasady realizuje cele dyrektywy w brzmieniu sprzed implementacji, dokonały jej w sposób dość powściągliwy nowelizując stosunkowo nieliczne przepisy. Takie działanie spotkało się z krytyką doktryny, której nie wszyscy przedstawiciele podzielali poglądy organów ustawodawczych. Zob. A. Kurowska, *Implementacja dyrektywy o sprzedaży konsumenckiej do porządków prawnych wybranych państw członkowskich*, *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego 2007*, vol. VI, s. 113 i cyt. tam literaturę.

⁸⁰⁸ S 2(1) *Sale of Goods Act 1979* A contract of sale of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price.

⁸⁰⁹ Konieczność nadania danemu stosunkowi prawnemu formy umowy będąca jedną z przesłanek możliwości uznania go za sprzedaż, jest istotna dla prawa brytyjskiego, ponieważ w tym systemie darowizna (*gift*) nie

cena (*price*) i przeniesienie własności (*transfer of property*)⁸¹⁰. W kontekście analizy problematyki świadczenia usług w ramach umowy sprzedaży konieczne jest odniesienie się do drugiego i trzeciego.

Mimo, że pojęcie towarów, których świadczenie stanowi przedmiot umowy sprzedaży, zostało dość precyzyjnie zdefiniowane w treści ww. aktu jako obejmujące „wszystkie ruchomości z wyłączeniem przedmiotów niematerialnych i pieniędzy”⁸¹¹, to w praktyce wyznaczenie czytelnych granic pomiędzy wspomnianym kontraktem, a innymi związanymi z koniecznością przeniesienia własności rzecz stanowi istotny problem⁸¹². Kontraktami, których zakresy w pewnych okolicznościach mogą pokrywać się ze sprzedażą są: umowa o dzieło (*contract for work and materials*) i umowa o świadczenie usług (*contract for services*)⁸¹³. Przy czym, w orzecznictwie w celu przyporządkowania danego kontraktu do określonego typu używa się kryterium jego „istoty” (*substance*)⁸¹⁴. Jeżeli istotą danego stosunku prawnego jest zaangażowanie umiejętności i pracy (*skill and labour*) wykonawcy towaru, to należy go zakwalifikować do kategorii *contract for work and materials*⁸¹⁵. W związku z tym, jeśli strony przywiązują większą wagę do „produktu końcowego” (*end product*) wówczas taką też prawną należałoby przyporządkować do grupy umów sprzedaży⁸¹⁶. Jednocześnie przedstawiciele doktryny zauważają, że obecnie, rozróżnienie dwóch powyżej wskazanych typów umów nie ma wielkiego znaczenia praktycznego, ponieważ postanowienie dorozumiane właściwe dla ww. kontraktów (*implied terms*) są bardzo podobne⁸¹⁷.

Kolejnym istotnym elementem charakteryzującym *contract for the sale of goods* jest przeniesienie własności towarów, pomiędzy sprzedawcą a kupującym, następujące w wyniku zawarcia umowy. Występujące w wyrażeniu (*transfer of property*), które opisuje ten element

stanowi kontraktu, chociaż dokonanie rozróżnienia pomiędzy instytucjami *gift* i *sale* jest często utrudnione. Zob. M. Freedland, *op. cit.*, s. 860 i cyt. tam orzeczenie.

⁸¹⁰ M. Freedland, *op. cit.*, s. 860

⁸¹¹ S 61(1) *Sale of Goods Act 1979* [...] "goods" includes all personal chattels other than things in action and money, and in Scotland all corporeal moveables except money; and in particular "goods" includes emblements, industrial growing crops, and things attached to or forming part of the land which are agreed to be severed before sale or under the contract of sale and includes an undivided share in goods. Warto wspomnieć, że zgodnie z klasyfikacjami przyjętymi w brytyjskiej doktrynie ruchomości (*personal chattels*) dzieli się na ruchomości będące przedmiotami materialnymi (*things in possession* lub *tangibles*) oraz ruchomości niebędące przedmiotami materialnymi (*things in action*, *intangibles* lub *choses in action*). Zob. L. S. Sealy, R. J. Hooley, *op. cit.*, s. 268

⁸¹² M. Freedland, *op. cit.*, s. 861

⁸¹³ Obie umowy są uregulowane w przepisach *Supply of Goods and Services Act 1982*. Przy czym pierwsza z nich stanowi podtyp drugiej.

⁸¹⁴ Orzeczenie ws. *Robinson v. Graves* z 1935 r.

⁸¹⁵ *Ibidem*

⁸¹⁶ M. Freedland, *op. cit.*, s. 861

⁸¹⁷ *Ibidem*

sformułowanie *property* należy, w kontekście sprzedaży, przetłumaczyć właśnie jako własność, mimo że w angielskiej terminologii prawniczej może się ono odnosić również do innych instytucji (np. mienia)⁸¹⁸. Ta cecha umowy sprzedaży pozwala odróżnić ją od tych kontaktów, na podstawie których nie dochodzi do zbycia własności towarów (np. *contracts of hire*)⁸¹⁹.

Podsumowując, również w prawie brytyjskim dopuszcza się możliwość świadczenia usług w ramach umowy sprzedaży. W tym zakresie przyjmuje się metody wyboru reżimu prawnego dla takich kontraktów podobne do tych, które stosuje się w konwencji wiedeńskiej o międzynarodowej sprzedaży towarów czy w PEL S. Chociaż, ani orzecznictwo, ani doktryna nie posługują się w tej kwestii kryterium „przeważającej części zobowiązania”, to stosowany w praktyce test „istoty” stosunku prawnego prowadzi w zasadzie do tych samych rezultatów. W kontekście analizy zakresu przedmiotowego *Sale of Goods Act 1979* formułuje się np. tezę, zgodnie z którą, jeżeli celem umowy jest przede wszystkim zbycie towaru, a świadczenie usługi ma charakter incydentalny wówczas znajdzie zastosowanie ww. regulacja (tytułem przykładu takiej transakcji wskazuje się sprzedaż posiłku na wynos)⁸²⁰. Natomiast, jeśli dany kontrakt ma na celu przede wszystkim zobowiązanie do wykonania określonych czynności, a przeniesienie własności towarów ma charakter akcesoryjny, to dana więź obligacyjna będzie wchodzić w zakres przedmiotowy *Supply of Goods and Services Act 1982* (ma to miejsce np. w przypadku naprawy samochodu, w ramach której usługodawca przenosi na usługobiorcę własność części samochodowych użytych w celu wymiany zepsutych komponentów albo w ramach usługi dekoracji wnętrza, gdzie następuje zbycie farby użytej do dekoracji pomieszczeń)⁸²¹.

IV. 6 Podsumowanie

Z prezentacji powyżej przedstawionych regulacji prawnych wynika, że nowoczesne ujęcie zarówno umów o świadczenie usług jak i umów sprzedaży powinno uwzględniać występowanie w praktyce kontraktów mieszanych, w ramach których świadczenie rzeczowe polegające na przeniesieniu własności rzeczy i jej wydaniu jest ściśle związane ze świadczeniem usług takich jak montaż, instalacja, uruchomienie, a nawet działania marketingowe służące sprzedaży towarów wytworzonych dzięki dostarczonym urządzeniom.

⁸¹⁸ Zob. L. S. Sealy, R. J. Hooley, *op. cit.*, s. 268 i 274-277 i cyt. tam literaturę.

⁸¹⁹ M. Freedland, *op. cit.*, s. 863

⁸²⁰ M. Griffiths, I. Griffiths, *op. cit.*, s. 97

⁸²¹ *Ibidem*

W kontekście identyfikacji reżimu prawnego znajdującego zastosowanie do takich stosunków obligacyjnych należy wypracować mechanizmy ułatwiające ich zakwalifikowanie do grupy umów skutkujących przeniesieniem własności rzeczy (m.in. sprzedaży) albo umów o świadczenie usług. Niewątpliwie pomocne w tym zakresie może być czerpanie inspiracji z bogatego orzecznictwa dotyczącego konwencji wiedeńskiej o międzynarodowej sprzedaży towarów, a także stosowanie metody absorpcji czy kombinacji dopuszczanych również przez twórców PEL S i PEL SC. Przy tym, w przypadku kontraktów zawieranych w obrocie konsumenckim będą dominowały rozwiązania ujęte w normy przynajmniej semiimperatywne skutkujące *de lege lata* koniecznością stosowania przepisów o umowach zobowiązujących do przeniesienia własności. Tym samym w takiej sytuacji właściwy reżim prawny będzie ustalany przy zastosowaniu metody absorpcji, co zazwyczaj będzie skutkowało koniecznością zastosowania do świadczenia usług przepisów o sprzedaży albo innej umowie skutkującej przeniesieniem własności rzeczy. Jakkolwiek rozwiązanie takie wydaje się dość kontrowersyjne z perspektywy teorii umów, to można je uzasadnić koniecznością ochrony konsumenta jako słabszej strony stosunku kontraktowego, która na chwilę obecną, i zapewne w dającej się przewidzieć przyszłości, jest i będzie zapewniona na wyższym poziomie w reżimie sprzedaży w obrocie konsumenckim.

Natomiast w oparciu o przeanalizowane w niniejszym rozdziale regulacje (w szczególności PEL SC) wydaje się, że najwłaściwszym rozwiązaniem w przypadku umów mających za przedmiot usługi, w przypadku których nie będzie konieczności stosowania regulacji dotyczących obrotu konsumenckiego będzie wpisanie w zakresach ich regulacji metody kombinowanej na wzór art. 1:101(3) PEL SC.

Rozdz. V Przesłanki uzasadniające potrzebę nowego uregulowania problematyki umów o świadczenie usług

V. 1 Uwagi wprowadzające

Kodeks cywilny w jego obecnym brzmieniu jest przedmiotem krytyki zarówno *in extenso*⁸²² jak i w zakresie regulacji świadczenia usług w ramach stosunków zobowiązaniowych.

Przyczyną formułowania poglądów, w ramach których krytykuje się kodeks jako całość, jest częściowe napiętnowanie jego treści przez elementy charakterystyczne dla prawa socjalistycznego⁸²³, które nie w pełni udało się usunąć w wyniku zmian zapoczątkowanych w 1990 r. W tym zakresie często wskazuje się, iż mimo, że k.c. w dużej mierze został opracowany w oparciu o akty prawne przygotowane na podstawie materiałów Komisji Kodyfikacyjnej z okresu międzywojennego (Kodeks zobowiązań oraz

⁸²² Można przyjąć, iż takiej oceny dokonuje np. R. Mańko zauważając, w kontekście ewentualnego zastąpienia polskiego k.c. przez europejski k.c., że „nie wydaje się, by istniały przeszkody kulturowe dla unifikacji prawa prywatnego w krajach Unii w postaci szczególnej wartości rodzimej, polskiej kultury prawa prywatnego, którą należałoby za wszelką cenę chronić z uwagi na jej unikatowy i niepowtarzalny charakter”. Zob. R. Mańko, *op. cit.*, s. 51

⁸²³ Należy jednak wspomnieć, że wprowadzenie do kodeksu elementów właściwych socjalistycznym systemom prawnym nie dla wszystkich przedstawicieli nauki prawa cywilnego stanowi przesłankę dyskwalifikującą ten akt prawny. W tym zakresie fakt wprowadzenia do k.c. elementów socjalistycznych, w ocenie L. Górnickiego, nie był w stanie „zniszczyć głębokiej wewnętrznej warstwy klasycznego myślenia prawniczego i klasycznych instytucji cywilistycznych”. Ponadto, cytowany autor uznał wręcz, że bazujący na rozwiązaniach zaczerpniętych z różnych systemów prawnych kodeks, stanowi twórcze rozwinięcie tych elementów „stopione w nowe, oryginalne dzieło jurydyczne”. Podobną opinię przedstawił Z. Radwański, stwierdzając, iż dzieło to zasługuje na miano wybitnego tworu polskiej kultury prawnej. Zob. L. Górnicki [w:], Z. Banaszczyk, J. Frąckowiak, L. Górnicki, W. J. Katner, E. Łętowska, T. Pajor, M. Pazdan, T. Pietrzykowski, M. Pyziak-Szafnicka, Z. Radwański, W. Rozwadowski, M. Safjan, M. Zieliński, System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne - część ogólna, t. 1, pod. red. M. Safjana, Warszawa 2007, s. 121, Z. Radwański, [w:] Czterdzieści Lat Kodeksu Cywilnego. Materiały z Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów w Rzeszowie (8-10 października 2004 r.), pod red. M. Sawczuka, Kraków-Warszawa 2006, s. 28 Natomiast F. Zoll przedstawia pogląd o tym, że uznanie k.c. za wybitne osiągnięcie polskiej cywilistyki nie jest podważane. Zob. F. Zoll, Czy należy powrócić do dyskusji o strukturze przyszłego Kodeksu cywilnego? [w:] Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi, pod red. M. Pazdana, E. Rott-Pietrzyk, M. Jagielskiej, M. Szpunara, Warszawa 2017, s. 829

prawo zunifikowane z lat 1945-46⁸²⁴), to zawierał również elementy typowe dla socjalistycznej myśli prawnej. Niektóre z tych elementów przejawiały się w wyraźnie wyodrębnionych grupach przepisów zawartych np. w tytule I księgi II (dotyczących różnych rodzajów własności) albo tytule III księgi III (dotyczących obowiązku zawierania umów pomiędzy jednostkami gospodarki uspołecznionej)⁸²⁵. Natomiast inne, takie jak klauzule generalne „zasad współzycia społecznego” czy „społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa” przenikały cały kodeks cywilny⁸²⁶. Właśnie klauzule generalne stanowią ten defekt⁸²⁷ opisywanej ustawy, który pomimo przeprowadzenia szeregu nowelizacji nie został w dalszym ciągu wyeliminowany⁸²⁸. Te mankamenty kodeksu cywilnego sprawiają, że w literaturze formułowana jest nawet teza negująca⁸²⁹ przekonanie znanego komparatysty H. Kötz⁸³⁰ o całkowitym odejściu w przeszłość socjalistycznej kultury prawnej.

Inny nurt krytyki współczesnego polskiego prawa cywilnego sprowadza się do stwierdzenia utraty przez k.c. funkcji podstawowego aktu prawnego w tej dziedzinie,

⁸²⁴ W tym okresie przyjęto szereg dekretów unifikujących prawo cywilne m.in.:

- część ogólną prawa cywilnego – dekret z dnia 12 listopada 1946 r. (Dz. U. R. P. Nr 67, poz. 369);
- prawo osobowe – dekret z dnia 29 sierpnia 1945 r. (Dz. U. R. P. Nr 40, poz. 223);
- prawo rzeczowe – dekret z dnia 11 października 1946 r. (Dz. U. Nr 57, poz. 319);
- prawo rodzinne i opiekuńcze – dekret z dnia 25 września 1945 r. (Dz. U. R. P. Nr 48, poz. 270) dotyczący prawa małżeńskiego, dekret z dnia 29 maja 1946 r. (Dz. U. R. P. Nr 31, poz. 197) dotyczący prawa małżeńskiego majątkowego, dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. (Dz. U. R. P. Nr 6, poz. 52) dotyczący prawa rodzinnego, dekret z dnia 14 maja 1946 r. (Dz. U. R. P. Nr 20, poz. 135) dotyczący prawa opiekuńczego.
- prawo spadkowe – dekret z dnia 8 października 1946 r. (Dz. U. Nr 60, poz. 328).

⁸²⁵R. Mańko, *op. cit.*, s. 49

⁸²⁶*Ibidem*

⁸²⁷ W tej kwestii należy zauważyć, powołując poglądy doktryny dotyczące klauzuli „zasad współzycia społecznego”, że ważniejsze od ich brzmienia jest znaczenie nadawane jej przez orzecznictwo i doktrynę. W szczególności judykatura w ramach swej działalności dokonywała oczyszczenia tej instytucji z „ideologicznie zorientowanej treści”. Zob. E. Rott-Pietrzyk, *Klauzula generalna rozsądku w prawie prywatnym*, Warszawa 2007, s. 308. Ponadto, należy wspomnieć, że pierwotne brzmienie tej klauzuli, sprzed nowelizacji k.c. dokonanej w 1990 r. było nieco inne („zasady współzycia społecznego w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej”).

⁸²⁸ Postulat zastąpienia klauzul generalnych będących wynikiem oddziaływania na k.c. ideologii socjalistycznej „tradycyjnymi klauzulami słusznościowymi” jako pierwszy sformułował M. Safjan. Na ten temat wypowiedział się również A. Brzozowski przedstawiając, w kontekście analizy art. 357¹ k.c., propozycję zastąpienia formuły „zasady współzycia społecznego” inaczej sformułowanymi klauzulami takimi jak „usprawiedliwione interesy stron”, „zwyczaje panujące w obrocie” czy „zasada słuszności”. Postulat ten spotkał się z uznaniem J. Rajskego. Zob. M. Safjan, *Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji)*. Państwo i Prawo 1990, z. 11, s. 56, A. Brzozowski [w:] Z. Banaszczyk, A. Brzozowski, M. Jagielska, M. Kaliński, P. Machnikowski, P. Mostowik, M. Pyziak-Szafnicka, A. Śmieja, K. Zawada, F. Zoll, *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 6, pod red. A. Olejniczaka, Warszawa 2009, s. 992, J. Rajske, *Z problematyki funkcjonowania zasady pacta sunt servanda i klauzuli rebus sic stantibus we współczesnym klimacie gospodarczym*. Przegląd Prawa Handlowego 2010, Nr 3, s. 7.

⁸²⁹ Tak R. Mańko, *op. cit.*, s. 50

⁸³⁰ W przedmowie do trzeciego angielskiego wydania podręcznika „An Introduction to Comparative Law” H. Kötz, uzasadniając usunięcie rozdziału poświęconego socjalistycznej kulturze prawnej, rzeczywiście stwierdził, że jest ona martwa i pogrzebana („dead and buried”), niemniej jednak jednocześnie przyznał, że usunięcie śladów totalnego podporządkowania niektórych systemów prawnych ideologii socjalistycznej może zająć jeszcze lata. Zob. H. Kötz [w:], K. Zweigert, H. Kötz, *op. cit.*, s. v

gwarantującego spójność i kompletność regulacji, co sprawia, że stała się ona „chaotyczna”⁸³¹. Wynika to stąd, że obowiązujący k.c. znajduje się w „sytuacji kryzysowej” i jako taki nie zawiera rozwiązań wielu identyfikowanych w praktyce problemów, a co za tym idzie, w zasadzie, nie może funkcjonować jako źródło regulacji dla znacznego zakresu współczesnego obrotu prawnego⁸³². Jednocześnie cytowana autorka zastrzega, iż przytoczone powyżej stwierdzenie nie stanowi negatywnej oceny norm wyrażonych w tym akcie prawnym, które w większości inspirowane są treścią tzw. pomników prawa – np. w odniesieniu do prawa zobowiązań na kodeksie zobowiązań⁸³³.

Natomiast odnosząc się do drugiej z zasygnalizowanych powyżej kwestii należy zauważyć, że w opinii przedstawicieli doktryny obecny sposób stypizowania w polskim kodeksie cywilnym umów o świadczenie usług, na podstawie których jedna ze stron zobowiązuje się do wykonania „określonej czynności”, które nie są umową zlecenia, ani żadną z umów o świadczenie usług uregulowanych odrębnymi przepisami, nie zasługuje na aprobatę jako wzbudzający wiele wątpliwości i zastrzeżeń⁸³⁴.

Obecna regulacja kodeksowa problematyki umów o świadczenie usług w znaczeniu czynnościowym nie odpowiada potrzebom praktyki, a jej dysfunkcje w tym zakresie nie mogą zostać wyeliminowane poprzez zabiegi interpretacyjne prowadzące np. do redefinicji pojęcia usługi. W tym kontekście konieczne jest przedstawienie argumentacji potwierdzającej konieczność przeprowadzenia zmian prawnych w ramach procesu rekodyfikacji.

Przede wszystkim należy zauważyć, że identyfikowane niedoskonałości regulacji nie mogą zostać wyeliminowane wskutek zabiegów interpretacyjnych podejmowanych w ramach działalności przedstawicieli doktryny oraz sądów. W szczególności orzecznictwo dotyczące tej problematyki oceniane jest krytycznie. Zauważa się np., że regulacja art. 750 k.c. bardzo często sprawiała, że sądy stosując odpowiednio przepisy o zleceniu do nienazwanych umów o świadczenie usług, stosowały je bez zmian (nie korzystając z – uprawnionej w ramach koncepcji odpowiedniego stosowania prawa – możliwości ich zmodyfikowania czy wyłączenia), nie rozważając nawet zastosowania przepisów

⁸³¹ Tak M. Pecyna, Założenia regulacji zobowiązań w projekcie nowego kodeksu cywilnego [w:] 50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji, pod red. P. Steca i M. Załuckiego, Warszawa 2015, s. 240

⁸³² *Ibidem*, s. 244

⁸³³ *Ibidem*, s. 240

⁸³⁴ S. Wójcik, Umowa..., s. 299

normujących inny kodeksowy typ umowy, bardziej zbliżony do umowy podlegającej ocenie⁸³⁵.

Pomimo tego, że takie przypadki mają miejsce, to nie ulega wątpliwości, że nie mogą stanowić wyłącznej przyczyny uzasadniającej zmianę regulacji ustawowych. Są one bowiem przejawem ich niewłaściwego stosowania. Odpowiednie stosowanie przepisów zakłada przecież możliwość ich niestosowania do danego stanu faktycznego w ogóle, a co za tym idzie, dopuszcza poszukiwanie nowych zakresów regulacji np. identyfikowanych w ramach wnioskowania *per analogiam*.

Wobec powyższego wyeliminowanie takich sytuacji mogłoby zostać dokonane jedynie pod wpływem argumentów *de sententia ferenda*. Niemniej jednak wspomniane regulacje obarczone są dodatkowymi wadami, które uzasadniają podjęcie prac legislacyjnych.

V. 2 Konieczność odpowiedniego stosowania przepisów o zleceniu

Art. 750 k.c. jest przepisem odsyłającym. Umieszczanie takich regulacji w tekście aktu prawnego pozwala na zapewnienie jego większej zwięzłości oraz pozytywnie wpływa na spójność całego systemu prawa, ponieważ wyłącza konieczność kilkukrotnego powtarzania tych samych treści⁸³⁶. Również w doktrynie prawa cywilnego zauważa się, że przesłanką zastosowania konstrukcji „odpowiedniego stosowania przepisu” jest „uproszczenie techniki ustawodawczej”⁸³⁷. Konsekwencje przyjęcia takiego rozwiązania są zgodnie wyjaśniane poprzez uznanie, że może ono sprowadzać się do bezpośredniego zastosowania regulacji wskazanych w przepisie (stosowanie wprost), zastosowania ich z modyfikacjami (*mutatis mutandis*) albo wyłączenia zastosowania wówczas, gdy nie dają się pogodzić z innymi odpowiednio stosowanymi przepisami albo z charakterem stosunku prawnego, który miałyby regulować⁸³⁸. Skutkiem takiego działania, w przypadku usług, jest uzyskanie przez stosunki zobowiązaniowe, mające za przedmiot wspomniane świadczenie, „własnego reżimu prawnego” wobec uczynienia ich „drugim zakresem

⁸³⁵ E. Rott-Pietrzyk, Systematyka części szczegółowej zobowiązań a miejsce umów o pośrednictwo sensu largo (głos w dyskusji), *Transformacje Prawa Prywatnego* 2013, nr 1, s. 60–61

⁸³⁶ T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2009, s. 91

⁸³⁷ M. Sośniak, Umowy o świadczenie usług z art. 750 kodeksu cywilnego, *Państwo i Prawo* 1981, Nr 5, s. 60, B. Gawlik, Pojęcie umowy nienazwanej, *Studia Cywilistyczne* 1971, t. XVIII, s. 13, L. Ogiegło, *System...*, s. 452

⁸³⁸ M. Sośniak, *Umowy...*, s. 69, J. Nowacki, „Odpowiednie” stosowanie przepisów prawa, *Państwo i Prawo* 1964, nr 3, s. 370

odniesienia” art. 734-749 k.c.⁸³⁹. W tym kontekście L. Ogiegło zwraca uwagę na istotne „osobliwości” odpowiedniego stosowania przepisów o zleceniu według art. 750 k.c. Po pierwsze, wspomniany autor zauważa, że odbiega ono od innych standardowych przypadków odpowiedniego stosowania regulacji jednej umowy nazwanej do drugiej (podając przykłady sprzedaży i zamiany oraz zlecenia i spedycji), w ramach których nie następuje trudności zrekonstruowanie wzorca normatywnego kontraktu stanowiącego „drugi zakres odniesienia”⁸⁴⁰. Następnie w konsekwencji, stwierdza, iż w przypadku usług, art. 734-749 k.c. stanowią regulację dla szeregu mniej lub bardziej wyraźnie ukształtowanych umów: począwszy od kontraktu tak podobnego do zlecenia, że znajdą do niego zastosowanie wszystkie przepisy o zleceniu z wyłączeniem art. 734 § 1 k.c.; poprzez warianty tego stosunku prawnego, których specyfika powodowałaby wyłączenie niektórych z ww. przepisów, następnie „wyraźnie ukształtowane umowy nienazwane” regulowane nie tylko analizowanymi tu przepisami, lecz również regułami zwyczajowymi, aż wreszcie po nienazwane umowy o świadczenie usług „w czystej postaci”, w przypadku których konkretny zakres regulacji trzeba będzie ustalać wyłącznie *ad casum* biorąc pod uwagę przynajmniej przepisy ogólne o zobowiązaniach, przepisy o zleceniu oraz wolę stron, charakter usługi i wyrażone w umowie interesy stron⁸⁴¹.

Ten stan rzeczy sprawia, że w doktrynie przepisy o zleceniu są opisywane jako „urastające” niemalże do rangi przepisów ogólnych prawa zobowiązań z uwagi na to, że znaczna część kontraktów zawieranych w praktyce obrotu ma za przedmiot usługi⁸⁴². Takie rozwiązanie jest poddawane krytyce, ponieważ umiejscowienie przepisu tego rodzaju poza tytułem I księgi trzeciej nosi znamiona „ukrycia” (również dla praktyki stosowania prawa) elementu reżimu ogólnego, a tym samym zakłócenia spójności legislacyjnej poprzez odejście od modelu pandektowego⁸⁴³.

Ponadto, należałoby zwrócić uwagę na praktyczne trudności związane z funkcjonowaniem obecnych regulacji. Wskutek szerokiego zakresu art. 750 k.c. stosowanie tego przepisu wymaga znacznej biegłości, a co za tym konsekwencje jego

⁸³⁹ B. Gawlik, *Pojęcie umowy...*, s. 453

⁸⁴⁰ L. Ogiegło, *System...*, s. 453-454. To rozwiązanie cytowany autor uznaje za „jedyne w swoim rodzaju”, jednocześnie oceniając je jako niemające swego odpowiednika w innych europejskich systemach prawa cywilnego.

⁸⁴¹ *Ibidem*, 454-455

⁸⁴² Tak np. R. Morek [w:] W. Borysiak, J. Górecki, M. Grochowski, K. Haładyj, J. M. Kondek, P. Księżak, B. Lackroński, G. Matusik, P. Mikłaszewicz, R. Morek, A. Nowacki, K. Osajda, P. Popardowski, M. Raczkowski, P. Sobolewski, A. Zbiegień-Turzańska, Ł. Żelechowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2013, art. 750, nb 1, M. Pecyna, F. Zoll *Regulacja świadczenia...*, s. 574

⁸⁴³ M. Pecyna, F. Zoll *Regulacja świadczenia usług...*, s. 574

zastosowania do konkretnego stosunku prawnego, są w zasadzie nie do przewidzenia. Wynika to z możliwości przyjęcia różnych interpretacji, które jako teoretycznie uzasadnione, negatywnie wpływają na pewność prawa po stronie uczestników obrotu⁸⁴⁴.

Przedstawione powyżej rozważania znajdują również potwierdzenie w poglądach S. Wójcika, który stwierdził, że prawidłowe określenie praw i obowiązków stron takich umów, dostarcza znacznych trudności, co spowodowane jest koniecznością odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących umowy zlecenia, mającą wprawdzie w k.c. „stosunkowo pełną i formalnie poprawną regulację”, to jednak w praktyce stwarzającą wiele wątpliwości, których wyeliminowanie na podstawie wskazówek dotyczących odpowiedniego stosowania przepisów jest mało prawdopodobne⁸⁴⁵.

Z drugiej strony, jak już powyżej wspomniano, w literaturze formułowane są poglądy, zgodnie z którymi przynajmniej teoretycznie możliwy jest przypadek umowy o świadczenie usług, do której na podstawie art. 750 k.c. znajdą odpowiednie zastosowanie wszystkie przepisy Tytułu XXI k.c. z wyjątkiem art. 734 § 1 k.c.⁸⁴⁶. Taki kontrakt różniłby się od zlecenia jedynie treścią świadczenia charakterystycznego, a co za tym idzie struktura stosunku zobowiązaniowego była w przypadku obu ww. umów w zasadzie identyczna⁸⁴⁷. Wobec tego pewne wątpliwości budzi przyjęte w obecnym stanie prawnym rozwiązanie, w ramach którego obszernie uregulowano umowę zlecenia zobowiązującą przyjmującego zlecenie do dokonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie. Takie umowy w praktyce obrotu cywilnoprawnego występują bardzo rzadko, co sprawia, że ich społeczno-gospodarcze znaczenie jest niewielkie. Ponadto, bezpośredniego uregulowania w przepisach kodeksowych nie znajdują bardzo często zawierane kontrakty mające za przedmiot świadczenie usług, nie będące umowami zlecenia, ani umowami o świadczenie usług uregulowanymi innymi przepisami (np. dotyczącymi umowy o dzieło, umowy agencyjnej itp.). Tę sytuację przedstawiciele

⁸⁴⁴ Tytułem przykładu można przywołać w tym miejscu przypadek odpowiedniego stosowania do umów o świadczenie usług nie uregulowanych innymi przepisami art. 746 § 3 zgodnie z którym nie można zrzec się z góry uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów”. W doktrynie z jednej strony uznaje się, że jest to „rzecz sporna” (A. Szpunar), a z drugiej, że iż nie nasuwa to zastrzeżeń (W. Czachórski). Zob. L. Ogiegło, System..., s. 456-457 i cyt. tam literaturę. Wprawdzie za przekonujący, w tym zakresie, należy uznać pogląd L. Ogiegły (j.w.), zgodnie z którym w ramach odpowiedniego stosowania nie można wyłączyć zastosowania tego przepisu (ponieważ nie tylko stanowi regulację o charakterze *ius cogens*, lecz również „figurę charakterystyczną” dla analizowanego typu zobowiązania) w odniesieniu do ważnych powodów, natomiast w innym przypadkach jest to dopuszczalne, jednakże można wyobrazić sobie sytuację interpretowania tej samej regulacji w odniesieniu do tożsamych stanów faktycznych w zupełnie odmienny sposób. Przy czym dla każdego z nich będzie można wykazać teoretyczne uzasadnienie.

⁸⁴⁵ S. Wójcik, Umowa..., s. 307

⁸⁴⁶ L. Ogiegło, System..., s. 455

⁸⁴⁷ M. Sośniak, Umowy..., s. 70

doktryny określają jako „dziwną”, a nawet „paradoksalną”⁸⁴⁸. W związku z powyższym mając na uwadze opinie formułowane w literaturze oraz pogląd, zgodnie z którym obecna regulacja zlecenia mogłaby równie dobrze służyć regulacji umów mających za przedmiot wykonanie czynności faktycznej należy zauważyć, że najmniej ambitna propozycja zmiany przepisów k.c. mogłaby w istocie sprowadzać się do drobnej zmiany w treści art. 734 § 1. k.c. polegającej na wykreśleniu słowa „prawnej”⁸⁴⁹. Ten postulat, skutkujący w pewnym sensie powrotem do rozwiązań wyrażonych w art. 498 § 1 k.z. został skrytykowany przez R. Szostaka. Autor ten uznał, iż raczej – inspirując się rozwiązaniami stosowanymi w najnowszych europejskich kodyfikacjach – należałoby tylko nieznacznie rozszerzyć przedmiot zlecenia o „załatwienie sprawy”, umieszczając je w nowym kodeksie wśród przepisów dotyczących „umów o zastępstwo” a obejmujących również komis, spedycję, pośrednictwo i agencję⁸⁵⁰. Ponadto, słusznie zauważył, że art. 750 k.c. powinien zostać zastąpiony „w miarę samodzielną regulacją umów o świadczenie usług faktycznych”⁸⁵¹. Inaczej do tej kwestii podchodzi M. Pecyna, która referując poglądy zespołu problemowego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, stwierdziła, że regulację zlecenia należałoby włączyć do zakresu przedmiotowego przepisów o zobowiązaniach świadczenia usług i przyjąć zasadę odwrotną do tej funkcjonującej w obecnym kodeksie, poprzez przejście od odpowiedniego stosowania regulacji zlecenia do umów o świadczenie usług do bezpośredniego stosowania przepisów o ww. zobowiązaniach do zlecenia z zastrzeżeniem unormowań szczególnych przewidzianych dla tego kontraktu⁸⁵².

Oprócz trudności w odpowiednim stosowaniu przepisów o zleceniu, w doktrynie zauważa się również, iż innym przejawem mankamentów obowiązującej regulacji jest zbyt wąski zakres zlecenia jako „umowy modelowej” dla świadczenia usług. W tym kontekście L. Ogieńko wspomina nawet o „nadmiernym stosowaniu art. 750 k.c.”⁸⁵³. R. Szostak podnosi, że „regulacja dotycząca zlecenia nie wystarcza, a często wręcz nie nadaje się do stosowania w odniesieniu do wielu umów o świadczenie usług lub co najmniej nie pasuje do poszczególnych ich elementów, zwłaszcza w kwestiach

⁸⁴⁸ S. Wójcik, *Umowa...*, s. 306

⁸⁴⁹ *Ibidem*. Podobną propozycję przedstawiła również B. Fuchs. Zob. B. Fuchs, *Umowa consultingu*, Rejent 2005, nr 9, s. 159

⁸⁵⁰ R. Szostak, *O potrzebie usprawnienia...*, s. 683

⁸⁵¹ R. Szostak, *Problem systematyki umów obligacyjnych w nowym kodeksie cywilnym*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2012, nr 1, s. 73, R. Szostak, *O potrzebie usprawnienia...*, s. 684

⁸⁵² M. Pecyna, *Założenia regulacji zobowiązań...*, s. 250-251

⁸⁵³ L. Ogieńko, *Zlecenie na tle kodeksowych umów o świadczenie usług*, *Studia Iuridica Silesiana* 1985, t. 10

związanych z zaufaniem i dopuszczalnym wypowiedzeniem zobowiązania w każdym czasie”⁸⁵⁴. Natomiast M. Pecyna i F. Zoll wprawdzie stwierdzają, że rozwiązanie przyjęte w kodeksie cywilnym na potrzeby uregulowania umów o świadczenie usług jest modelowo poprawne, gdyż pomimo wewnętrznego zróżnicowania tej kategorii kontraktów zachodzi wystarczająca podstawa do objęcia ich jednolitym unormowaniem, to jednak zasadniczą wadą tej regulacji jest brak zapewnienia reguł dostosowanych do specyfiki umów o świadczenie usług (ponieważ za takie nie można uznać przepisów o zleceniu)⁸⁵⁵.

Dobitnie poglądy o niedostosowaniu art. 750 k.c. do potrzeb praktyki podsumowuje R. Szostak, który zauważa, że potrzeby zreformowania wspomnianego przepisu już właściwie nikt nie kwestionuje, co wynika z faktu funkcjonowania w granicach jego odniesienia licznej grupy umów nienazwanych mających za przedmiot usługi o istotnym znaczeniu praktycznym, trudnościami w stosowaniu przepisów o zleceniu doświadczanych również przez „orzecznictwo kierunkowe” oraz gwałtownym rozwoju nowych rodzajów usług⁸⁵⁶. Autor ten stwierdza również, iż stosunki umowne dotyczące usług często mają strukturę wyraźnie mieszaną łączącą w sobie elementy właściwe dla zlecenia oraz innego typu kontraktu (np. umowy o dzieło), a aktualne brzmienie art. 750 k.c. nie ułatwia prawidłowej subsumpcji przepisów kodeksu w odniesieniu do tej materii, gdyż utrudnia konstruowanie samodzielnego typu umowy o świadczenie usług poza formułą tego przepisu oraz niepotrzebnie zaciera granice pomiędzy umową o dzieło oraz innymi umowami dotyczącymi świadczenia usług⁸⁵⁷.

Jeszcze dalej w swej krytyce idą M. Pecyna i F. Zoll, którzy zauważają, że odesłanie zawarte w ww. przepisie czyni obecną regulację wręcz „znikomą i nieadekwatną do charakteru zobowiązań świadczenia usług”, a w istocie pozostawia stosunki zobowiązaniowe mające za przedmiot usługi poza zakresem przedmiotowym k.c. o ile nie są one szczególnym typem umowy (np. umową o dzieło)⁸⁵⁸.

⁸⁵⁴ R. Szostak, O potrzebie usprawnienia ..., s. 687

⁸⁵⁵ M. Pecyna, F. Zoll Regulacja świadczenia usług..., s. 574-575

⁸⁵⁶ R. Szostak, O potrzebie usprawnienia..., s. 682

⁸⁵⁷ *Ibidem*, s. 683

⁸⁵⁸ M. Pecyna, F. Zoll, Regulacja świadczenia usług..., s. 562. M. Pecyna, Założenia regulacji zobowiązań..., s. 249

V. 3 Praktyczne problemy związane ze stosowaniem art. 750 k.c.

Wśród praktycznych konsekwencji powyżej wskazanych trudności należy wymienić kwestie stosowania w odniesieniu do umów mających za przedmiot usługi przepisów o przedawnieniu roszczeń oraz wypowiedzeniu i odstąpieniu w tym wyłączeniu możliwości wypowiedzenia z ważnych przyczyn.

Problem stosowania przepisów o przedawnieniu roszczeń w odniesieniu do analizowanych umów pojawiał się w orzecznictwie wskutek stosowania tych regulacji m.in. do umowy o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami i umowie konsultingu. Wynika to stąd, że zasadniczo dla zlecenia i umów, do których stosuje się dotyczące tego kontraktu przepisy, znajduje zastosowanie skrócony dwuletni termin przedawnienia roszczeń.

W przypadku pierwszej kategorii kontraktów można zidentyfikować orzeczenia idące w dwóch przeciwstawnych kierunkach.

Początkowo Sąd Najwyższy nie uznawał umowy o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami za odrębny typ, postrzegając ją jako objętą zakresem regulacji art. 750 k.c. Wyrazem takiego podejścia był np. wyrok z dnia 10 czerwca 2003 r., I CKN 414/01, w którym zaliczenie jej do nienazwanych umów o świadczenie usług uzasadniono wskazując, że przepisy o zleceniu obejmują wszelkie rodzaje świadczenia usług, które nie mieszczą się w granicach innych typów umów. Konsekwencją przyjęcia takiego założenia była konieczność stosowania do roszczeń wynikających z tej umowy terminów przedawnienia z art. 751 pkt 1 k.c. (przy założeniu spełnienia w danym stanie faktycznym pozostałych przesłanek wskazanych w treści tego przepisu). Następnie, doszło do zmiany podejścia skutkującego przyjęciem całkowicie odmiennego założenia w kwestii przedawnienia roszczeń z analizowanego kontraktu. Mianowicie, początkowo w wyroku z 20 grudnia 2005 r., V CK 295/05, uznano go za postać umowy agencji (art. 758 k.c.), w przypadku którego zastosowanie mają terminy z art. 118 k.c. Następnie stanowisko Sądu Najwyższego uległo modyfikacji skutkującej uznaniem analizowanej umowy za nowy typ, przy czym jak się zauważa w doktrynie, nie jest wykluczone, że jednym z argumentów uzasadniających przyjęcie takiego założenia był właśnie dłuższy termin przedawnienia wynikający z ww. przepisu ogólnego⁸⁵⁹. Wyrazem tego podejścia jest wyrok Sądu Najwyższego z 12 stycznia 2007 r. IV CSK 267/06, w którym stwierdzono, że „roszczenia wynikające z umowy o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami, pozostające w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej, podlega tryletniemu przedawnieniu (art. 118 k.c.)”, ponieważ w

⁸⁵⁹ Tak R. Szostak. Zob. *ibidem*, s. 684

przepisach normujących ten stosunek prawny brak jest uregulowań szczególnych. Analogiczne stanowisko zaprezentowano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2007 r. I CSK 117/07, ponieważ uznano w nim, że umowa pośrednictwa w kupnie czy sprzedaży mieszkania, nieruchomości jest odrębną umową nazwaną, a co za tym idzie nie trzeba do niej stosować przepisów o zleceniu.

W tym stanie rzeczy pomimo tego, że jak się wydaje zaczyna dominować pogląd wyłączający umowę pośrednictwa w obrocie nieruchomościami z zakresu regulacji art. 750 k.c., nie jest wykluczone, że w odniesieniu do konkretnych okoliczności faktycznych zapadnie wyrok przyjmujący interpretację odbiegającą od kształtującego się standardu, a mającą również swój precedens w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Taka okoliczność negatywnie wpływa na pewność obrotu prawnego i niewątpliwie stanowi o dysfunkcjach obecnej regulacji.

Kolejny problem wynikający z konieczności odpowiedniego stosowania przepisów o zleceniu do umów o świadczenie usług stanowi ustalenie dopuszczalnych sposobów zakończenia takich stosunków prawnych bez zaspokojenia dłużnika. W tym zakresie kontrowersyjne bywa: po pierwsze, stwierdzenie czy dany kontrakt podlega wypowiedzeniu czy raczej można od niego odstąpić, a po drugie czy dopuszczalne jest jego wypowiedzenie w każdym czasie.

Zaczynając od drugiej ze wskazanych kwestii, należy zauważyć, że w takiej sytuacji trudności mogą wynikać z wątpliwości, co do ustalenia czy specyfika danego przypadku umowy mającej za przedmiot usługi dopuszcza zastosowanie przepisów o wypowiedzeniu czy też na skutek konieczności ich odpowiedniego zastosowania powinna się wiązać z ich pominięciem w tym zakresie (wobec obowiązku ich pominięcia ze względu na odmienne względem zlecenia cechy). Przedmiotowa kontrowersja została zidentyfikowana w doktrynie w kontekście wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2000 r. ((III CKN 531/98), w którym stwierdzono, że „osoby uprawiające sport na podstawie umowy cywilnoprawnej zawartej na czas oznaczony i otrzymujące za to wynagrodzenie nie mogą tej umowy wypowiedzieć w każdym czasie z powołaniem się na art. 746 § 2 zd. 1 k.c.”, co uzasadniono stwierdzeniem specyfiki kontraktu sportowego, którego istotnym elementem jest związanie się klubu z zawodnikiem na określonych warunkach, na ściśle określony czas, czego rezultatem miałyby być wyłączenie dopuszczalności stosowania do tych umów art. 746 § 2 zd. 1 k.c. ze względu na ich odmiennność względem zlecenia w przedmiotowym zakresie.

W literaturze prawniczej poddano takie podejście krytyce odwołując się do charakteru prawnego ww. umowy⁸⁶⁰ oraz zwracając uwagę na istotę przepisów o wypowiedzeniu zlecenia⁸⁶¹.

Pomimo słusznej krytyki, podobnie jak w przypadku kwestii terminu przedawnienia roszczeń z umów o świadczenie usług, zachodzi w tej sytuacji realna wątpliwość, co do możliwości zapewnienia kontraktującym stronom pewności prawnej odnośnie sposobu oceny zawartej przez nie umowy w zakresie decydującym o możliwości bądź braku możliwości jej wypowiedzenia w konkretnym przypadku.

Natomiast, odnosząc się do pierwszej ze wskazanych powyżej kwestii należy najpierw wskazać, identyfikowane w doktrynie, różnice pomiędzy wypowiedzeniem a odstąpieniem. W tym zakresie uznaje się, że odróżnienie tych dwóch instytucji dokonywane jest w odniesieniu do kwestii wywoływania skutków *ex tunc* albo *ex nunc*, które same w sobie są pojęciami ocenianymi jako nieostre i nieprecyzyjne⁸⁶². Pomimo tego, iż powszechnie uznaje się, że rezultatem odstąpienia jest zniesienie stosunku prawnego z mocą wsteczną, podczas gdy wypowiedzenie powoduje jedynie skutki na przyszłość⁸⁶³, to należy zgodzić się z poglądem, że obie instytucje wiążą się ze zmianą stosunku zobowiązaniowego od momentu skutecznego złożenia stosownego oświadczenia woli⁸⁶⁴. Wprawdzie założeniem odstąpienia jest spowodowanie stanu, jaki istniał przed zawarciem umowy (skutek *ex tunc*), ale – jak słusznie zauważył G. Tracz – niejednokrotnie może to być niemożliwe z uwagi na upływ czasu⁸⁶⁵. W szczególności zauważa się, że wspomnianych powyżej trudności doświadcza się w przypadku umów mających za przedmiot usługi⁸⁶⁶. W tym zakresie nie ma większego

⁸⁶⁰ A. Wach w głosie krytycznej cytowanego orzeczenia stwierdził, skoro „zlecenie jest stosunkiem obligacyjnym opartym na wzajemnym zaufaniu, przenoszenie jego rozwiązań ustawowych na grunt (...) umowy o świadczenie usług sportowych powinno oznaczać dopuszczenie możliwości jej wypowiedzenia w każdym uzasadnionym przypadku na podstawie art. 746 § 2 zd. 1 k.c. Zob. A. Wach, Głosa do wyroku SN z 24.01.2000 r. (III CKN 531/98), Orzecznictwo Sądów Powszechnych 2000, Nr 10, poz. 146

⁸⁶¹ Komentując przedmiotowe orzeczenie E. Lewandowska zauważyła, iż umowy o świadczenie usług sportowych, tak jak umowa zlecenia, są oparte na wzajemnym zaufaniu stron, co zdaje się uzasadniać ich wypowiedzenie przez każdą ze stron w każdym czasie, nawet bez ważnych powodów z zastrzeżeniem dopuszczalności swobodnego ukształtowania uprawnienia do wypowiedzenia przez strony, z wyłączeniem oczywiście zrzeczenia się z góry wypowiedzenia z ważnych powodów z uwagi na treść art. 746 § 3 k.c. Zob. E. Lewandowska, Zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia w umowach o świadczenie usług objętych zakresem art. 750 k.c., Przegląd Prawa Handlowego 2013, Nr 6, s.57

⁸⁶² Tak G. Tracz, Sposoby jednostronnej rezygnacji z zobowiązań umownych, Warszawa 2008, s. 24

⁸⁶³ Zob. np. P. Drapała [w:] Z. Bednarek, A. Brzozowski, P. Drapała, T. Dybowski, M. Krajewski, E. Łętowska, P. Machnikowski, A. Olejniczak, A. Pyrzyńska, M. Pyziak-Szafnicka, System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna, t. 5, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2006; s. 938; P. Machnikowski [w:] tamże, s. 149-150

⁸⁶⁴ G. Tracz, Sposoby jednostronnej rezygnacji z zobowiązań umownych, Warszawa 2008, s. 24

⁸⁶⁵ *Ibidem*

⁸⁶⁶ E. Lewandowska, Zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia..., s. 54

znaczenia czy strony zwrócą sobie to co wzajemnie świadczyły dokonując odpowiednich rozliczeń czy też ustalą wypłatę wynagrodzenia odpowiadającą dotychczasowym czynnościom.

Niemniej jednak w dalszym ciągu *de lege lata*, uznaje się, że oprócz wspomnianej powyżej różnicy dotyczącej skutków prawnych zastosowania odstąpienia albo wypowiedzenia instytucje te dodatkowo są względem siebie odmienne w kwestii czasu trwania stosunków zobowiązaniowych, których dotyczą. W tym zakresie przyjmuje się, że podczas gdy odstąpienie uregulowane znajdzie zastosowanie w odniesieniu do krótkotrwałych stosunków zobowiązaniowych, obejmujących świadczenia jednorazowe, to wypowiedzenie dotyczy, z założenia trwałych, długoterminowych zobowiązań, w których treści ujęto świadczenia ciągłe lub okresowe⁸⁶⁷.

Na kwestię odstąpienia w kontekście trudności w zakresie wzajemnych rozliczeń stron umowy o świadczenie usług zwracają uwagę również M. Pecyna i F. Zoll. Podnoszą tę problematykę w kontekście stwierdzenia, że przedmiotowa instytucja jest jednym z podstawowych sposobów ochrony wierzyciela w razie naruszenia (również antycypowanego) zobowiązania⁸⁶⁸. Jednakże, w tym przypadku niemożliwy będzie zwrot świadczenia, jak również zakwalifikowanie już wykonanych czynności jako jego częściowego spełnienia.⁸⁶⁹ Cytowani autorzy wskazują na dopuszczalność zastosowania w sytuacji wykonywania prawa odstąpienia od kontraktu mającego za przedmiot usługi konstrukcji roszczenia o zwrot wartości świadczenia (w miejsce roszczenia o zwrot jego przedmiotu), przy czym zastrzegają, że wycena jego wartości będzie często trudna do przyjęcia dla usługodawcy, gdy rozstrzygająca w tym zakresie będzie użyteczność świadczenia z pominięciem kosztów, a dla usługobiorcy gdy zostaną wzięte pod uwagę koszty z pominięciem braku użyteczności⁸⁷⁰.

Wobec powyższego należy uznać, że w szczególności w odniesieniu do umów o świadczenie usług należałoby przyjąć jednolitą koncepcję zakończenia zobowiązania eliminującą potencjalne praktyczne wątpliwości co do sposobu, w jaki należałoby opisać wzajemne uprawnienia i obowiązki stron w tym zakresie poprzez szczegółowe uregulowanie sposobu przeprowadzenia rozliczeń pomiędzy kontrahentami. W tym kontekście należy również odnotować, iż w praktyce obrotu występuje zjawisko posługiwania się tzw.

⁸⁶⁷ Zob. np. W. Popiołek [w:] Z. Banaszczyk, A. Brzozowski, J. Mojak, L. Ogiegło, M. Pazdan, J. Pietrzykowski, W. Popiołek, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, J. Szachulowicz, K. Zaradkiewicz, K. Zawada, Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449¹¹, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2008, t.1, s. 1070

⁸⁶⁸ M. Pecyna, F. Zoll Regulacja świadczenia usług..., s. 577

⁸⁶⁹ *Ibidem*

⁸⁷⁰ *Ibidem*

„klauzulami kasatoryjnymi”⁸⁷¹, w przypadku których niejednokrotnie może zachodzić konieczność ustalania ich znaczenia i skutku, według prawa polskiego, na zasadzie *casu ad casum*.

V. 4 Niedostosowanie obecnej regulacji do specyfiki stosunków umownych mających za przedmiot usługi

Zasadniczą wadą obecnych rozwiązań jest brak zapewnienia reguł dostosowanych do „splotu interesów” występujących w tych stosunkach zobowiązaniowych oraz do złożoności dzisiejszych stosunków kontraktowych, których cechą charakterystyczną jest zróżnicowanie utrudniające przyporządkowanie ich jednemu typowi zwłaszcza takiemu, który został rygorystycznie określony⁸⁷². W tym kontekście zauważa się, że w przypadku wielu kontraktów mających za przedmiot usługi ich treść jest ustalana „niejako równoległe z wykonywaniem zobowiązania” przez co aktualny k.c. (szczególnie w zakresie przepisów określających przesłanki zawarcia umowy) nie przystaje do ich specyfiki⁸⁷³. Jednocześnie z tych samych względów (ograniczone możliwości oznaczenia świadczenia) utrudnione jest stwierdzenie okoliczności świadczących o należyтым wykonaniu zobowiązania⁸⁷⁴.

Na wspomniany powyżej „spłot interesów” składają się w szczególności:

- „głęboka ingerencja świadczącego usługę w sferę interesów drugiej strony”;
- konieczność współpracy między stronami;
- zazwyczaj konieczność posiadania przez wykonawcę szczególnych kompetencji lub umiejętności;
- zależność wyniku usługi od wielu czynników, który w związku z tym, że ma mieć miejsce w przyszłości, zawsze jest dotknięty jakąś niepewnością;
- niemożliwością przewidzenia w chwili zawarcia umowy wszystkich szczegółów procesu świadczenia usługi np. wskutek zaistnienia zdarzeń będących poza kontrolą usługodawcy

⁸⁷¹ Zob. np. K. Pasko, Charakter prawny klauzul kasatoryjnych, *Przegląd Prawa Handlowego* 2014, Nr 5, s. 39-45

⁸⁷² M. Pecyna, F. Zoll *Regulacja świadczenia usług...*, s. 574-575

⁸⁷³ M. Pecyna, *Zarys regulacji zobowiązań...*, s. 251

⁸⁷⁴ *Ibidem*, s. 251-252

- trudność w określeniu, czy spełnione świadczenie jest zgodne z treścią zobowiązania często, zwłaszcza bez dostępu do wiedzy eksperckiej (co i tak nie zawsze jest gwarancją jednoznaczności)⁸⁷⁵.

W kontekście wskazania powyższych cech charakterystycznych identyfikuje się takie przyczyny niewydolności obecnego systemu regulującego świadczenie usług jak brak możliwości odpowiedniej ochrony stron danego konfliktu powstałego w związku z zobowiązaniem, którego źródłem są umowy mające za przedmiot usługi oraz złożoność przedmiotów świadczenia zastrzeżonych w treści ww. kontraktów⁸⁷⁶.

W przypadku umowy o świadczenie usług zastosowanie standardowych mechanizmów ochrony wierzyciela może nie przynieść oczekiwanych rezultatów, w szczególności wobec obarczenia ciężarem dowodu strony, która doświadczy poważnych problemów w zakresie wykazania, że w istocie nie doszło do właściwego wykonania kontraktu⁸⁷⁷.

Standardowy system ochrony stron stosunku zobowiązaniowego sprawdza się tylko w sytuacji prostych i materialnych świadczeń, natomiast gdy stają się one złożone i skomplikowane zachodzi trudność w ustaleniu czy do spełnienia świadczenia w ogóle doszło, a jej wyeliminowanie wymaga zaangażowania specjalistów w danej dziedzinie, co wiąże się z koniecznością poniesienia znacznych kosztów (często nieadekwatnych w danej sytuacji), co i tak może nie doprowadzić do spodziewanych rezultatów, ponieważ eksperci funkcjonują w określonym kontekście społecznym i zawodowym (kwestia solidarności zawodowej biegłych i ich przynależności do organizacji samorządowych)⁸⁷⁸.

W ocenie doktryny niewydolność systemu w zakresie dochodzenia należytego wykonania zobowiązania wynika przede wszystkim z tego, że całość tych przepisów dostosowany jest do układu interesów właściwego umowie sprzedaży, czyli takiej, w ramach której wprowadzie także może powstać spór co do prawidłowości spełnienia świadczenia (zwłaszcza w razie powstania wady), ale weryfikowalność naruszenia zobowiązania jest dla stron łatwiejsza⁸⁷⁹.

Przedmiotowe trudności praktyczne wynikające ze specyfiki stosunków zobowiązaniowych mających za przedmiot usługi w założeniu miałyby zostać

⁸⁷⁵ M. Pecyna, F. Zoll Regulacja świadczenia usług..., s. 568 i 575

⁸⁷⁶ *Ibidem*, s. 578

⁸⁷⁷ *Ibidem*

⁸⁷⁸ *Ibidem*, s. 579-580

⁸⁷⁹ M. Pecyna, Zarys regulacji zobowiązań..., s. 251, M. Pecyna, F. Zoll Regulacja świadczenia usług..., s. 575

wyeliminowane poprzez przyjęcie rozwiązań legislacyjnych uwzględniających ich właściwość. W tym zakresie zakłada się, że powinny one objąć:

- obowiązki informacyjne i ostrzegawcze stron (zarówno na etapie przedkontraktowym jak i po zawarciu umowy) realizowane m.in. poprzez wskazanie typowych ryzyk mogących – w razie zaistnienia – skutkować niewykonaniem umowy;
- możliwość ustalenia treści zobowiązania usługodawcy na etapie wykonywania umowy poprzez polecenia usługobiorcy, które powinno zostać uzupełnione o dopuszczalność jednostronnej zmiany umowy przez usługodawcę;
- przesłanki wykonania zobowiązania oraz odpowiednich środków ochrony prawnej na wypadek naruszenia zobowiązania przez dłużnika, które w niektórych sytuacjach powinny przybrać postać mechanizmów zastępczych znajdujących zastosowanie w sytuacji niedopełnienia obowiązków informacyjnych lub ostrzegawczych czy konfliktu interesów⁸⁸⁰.

V. 5 Nieścisłości terminologiczne k.c. w odniesieniu do zlecenia

Jedną z przesłanek uzasadniających odmienne od obecnego uregulowanie umowy zlecenia stanowi fakt występowania nieścisłości w zakresie terminologii używanej w k.c.⁸⁸¹ Wśród celnych spostrzeżeń, jakie zostały przedstawione w literaturze przedmiotu można, przede wszystkim, powołać krytykę niekonsekwencji ustawodawcy w posługiwaniu się sformułowaniem „zlecenie” przedstawioną przez Z. Żabińskiego⁸⁸². Autor ten poprzedza swoją ocenę terminologii kodeksowej przywołaniem wypowiedzi autorów kodeksu, których zamiarem było „sformułowanie treści normatywnej ustawy w języku poprawnym, płynnym i zrozumiałym dla szerokiego ogółu, a przy tym ścisłym”⁸⁸³. Z. Żabiński odnosi się do tej deklaracji dość sceptycznie zauważając, że podczas gdy pierwsze z tych założeń zostało w znacznej mierze wypełnione, to prawidłowość realizacji

⁸⁸⁰ M. Pecyna, *Zarys regulacji zobowiązań...*, s. 251-252

⁸⁸¹ W tym kontekście można wspomnieć, że uchybienia terminologiczne występowały również w treści regulacji umowy zlecenia w k.z. Przykładowo można wskazać na, krytycznie oceniane, użycie dwóch różnych określeń dla jednostronnego oświadczenia woli strony umowy prowadzącego do wygaśnięcia stosunku zlecenia. Oświadczenie takie złożone przez dającego zlecenie stanowiło „odwołanie zlecenia”, natomiast gdy składał je zleceniobiorca w przepisach k.z. była mowa o „wypowiedzeniu zlecenia” (art. 512 i 513 k.z.). W k.c. ujednolicono tę terminologię przyjmując dla powyżej opisanego oświadczenia woli, niezależnie od tego kto je złożył, termin „wypowiedzenie zlecenia”. Zob. L. Ogiegło, *System...*, s. 442, przyp. 38

⁸⁸² Z. Żabiński Z., *Uwagi o języku kodeksu cywilnego*, *Studia Prawnicze* 1983, z. 1, s. 43-47

⁸⁸³ Z. Żabiński Z., *Uwagi o języku...*, s. 35

drugiego w wielu przypadkach budzi wątpliwości⁸⁸⁴. Abstrahując od kwestii ustalenia czy uchybieniami tymi dotknięty był już projekt k.c. czy też pojawiły się one na etapie prac sejmowych, w ramach których zgłoszono wiele poprawek będących wynikiem zmian terminologicznych⁸⁸⁵, należy uznać, że powinny one zostać uwzględnione w ramach trwających prac nad rekodyfikacją polskiego prawa cywilnego. Z uwagi na fakt, że mają one znaczenie dla kwestii stanowiących przedmiot niniejszej pracy stosownym wydaje się ich zwięzłe zrekapitulowanie.

Podstawowym zarzutem formułowanym przez wspomnianego autora względem terminologii kodeksowej, również tej, która dotyczy umowy zlecenia, jest używanie tych samych określeń w różnych znaczeniach, co powoduje niejasności utrudniające nie tylko pojmowanie niektórych rozwiązań, lecz niekiedy nawet całych instytucji uregulowanych w kodeksie⁸⁸⁶. Trafność tego postulatu zachowuje aktualność nie tylko w odniesieniu do przepisów prawa cywilnego, lecz również wobec przepisów całego systemu prawa, co szczęśliwie zostało uwzględnione przez polskiego ustawodawcę w odpowiednich regulacjach dotyczących procesu legislacyjnego. Bezpośrednim wyrazem, poparcia ustawodawcy dla tej zasady jest § 10 „Zasad techniki prawodawczej”⁸⁸⁷, zgodnie z którym do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. Należy podkreślić, że w literaturze prawniczej zasada ta jest przedstawiana jako jedna z dyrektyw języka aktu normatywnego⁸⁸⁸. Ponadto, trzeba zauważyć, że zidentyfikowanie tej reguły jest udziałem nie tylko polskich cywilistów i legislatorów, lecz bywa również dostrzegane przez przedstawicieli doktryny amerykańskiej w odniesieniu do prawa stanowionego⁸⁸⁹. Mając na względzie fakt ujęcia tej reguły w przepisach normatywnych uwzględnienie postulatów sformułowanych przez Z. Żabińskiego powinno być nie tylko przedmiotem rozważań, lecz wręcz obowiązkiem osób pracujących nad rekodyfikacją polskiego prawa prywatnego.

⁸⁸⁴ *Ibidem*

⁸⁸⁵ J. Wasilkowski, Metoda opracowania i założenia kodeksu cywilnego, Państwo i Prawo 1964, z. 5-6, s. 738

⁸⁸⁶ Z. Żabiński Z., Uwagi o języku..., s. 35

⁸⁸⁷ „Zasady techniki prawodawczej” stanowią załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. z 2016 r., poz. 283)

⁸⁸⁸ Zob. np. W. Gromski [w:] M. Błachut, W. Gromski, J. Kaczor, Technika prawodawcza, Warszawa 2008, s. 6

⁸⁸⁹ Np. w odniesieniu do znaczenia słów ‘malicious’ and ‘wilful’ w przepisach prawa upadłościowego w doktrynie stwierdza się, że nie mogą one oznaczać tego samego, ponieważ gdyby tak było, to kongres we właściwych regulacjach powinien użyć jednego, a nie dwóch słów (*Initially one might think that willful and malicious mean the same thing. If they did, Congress should have used one word and not both.*). Zob. D. G. Epstein, S. H. Nickles, J. J. White, Bankruptcy, St. Paul 1993, s. 531

Prezentację uwag zgłoszonych przez ww. autora w odniesieniu do przepisów regulujących umowę zlecenia należy rozpocząć już od art. 734 k.c. Ustawodawca w początkowym przepisie regulującym tę instytucję dopuścił się pierwszej nieścisłości terminologicznej polegającej na równoległym zastosowaniu dwóch określeń: „umowa zlecenia” i „zlecenie” dla jednej instytucji. Trudno wskazać, które z tych określeń jest bardziej właściwe, niemniej jednak, należałoby opowiedzieć się za pozostawieniem tylko jednego z tych określeń we właściwych przepisach k.c.

Ponadto, słowo „zlecenie” jest używane nie tylko jako określenie umowy stypizowanej w art. 734 § 1 k.c., lecz również jako synonim takich terminów jak:

- żądanie świadczenia, polecenie lub oferta (art. 725, 736, 765, 794 § 2 k.c.),
- polecenie służbowe 417 § 2 k.c.⁸⁹⁰.

Za niewłaściwe, Z. Żabiński, uznaje również użycie sformułowania „zlecenie” w nazwie instytucji „prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia” (art. 752-757 k.c.)⁸⁹¹. W tym zakresie nieścisłość terminologiczna polega na nieprawidłowym oddaniu istoty instytucji *negotiorum gestor*, która znajduje zastosowanie nie tylko w przypadku braku umowy zlecenia czy umowy o świadczenie usług, lecz również innych stosunków prawnych⁸⁹² zobowiązujących lub uprawniających do prowadzenia cudzych lub wspólnych spraw (np. małżeństwo, spółka, stosunek pracy)⁸⁹³. W kontekście tych rozważań warto zauważyć, że opisywane wyrażenie stanowi dosłowne tłumaczenie niemieckiego określenia tej instytucji tj. „*Geschäftsführung ohne Auftrag*” również obarczonego błędem, który nie pojawia się w jej określeniach zaczerpniętych z innych języków np. angielskiego „*benevolent intervention in another's affairs*”⁸⁹⁴. Wobec powyższego za słuszny należy uznać sformułowany przez Z. Żabińskiego postulat zmiany nazwy tej instytucji na prowadzenie cudzych spraw bez obowiązku umownego (lub prawnego)⁸⁹⁵, na poparcie, którego można powołać się na liczne stanowiska orzecznictwa

⁸⁹⁰ Z. Żabiński Z., Uwagi o języku..., s. 44-46

⁸⁹¹ *Ibidem*, s. 46

⁸⁹² Tytułem dygresji można wspomnieć za W. Ludwiczakiem, że w źródłach okresu klasycznego *negotiorum gestio* nie oznaczało prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia, lecz działanie na podstawie umowy. Por. W. Ludwiczak, *op. cit.*, s. 11

⁸⁹³ Z. Żabiński Z., Uwagi o języku..., s. 46

⁸⁹⁴ W terminologii prawa brytyjskiego *negotiorum gestio* tłumaczy się jako “*interference of one in the affairs of another merely from benevolence and without authority*” zob. M. Woodely (red.), *Osborn's Concise Law Dictionary*, London 2005, s. 274, natomiast w terminologii prawa amerykańskiego instytucję tę przedstawia się w następujący sposób: „*a species of spontaneous agency, or an interference by one in the affairs of another, in his absence, from benevolence or friendship, and without authority*” zob. J. Kent, *Commentaries on American Law* cyt. za B. A. Garner, *Black's Law Dictionary...*, s. 1065

⁸⁹⁵ Z. Żabiński Z., Uwagi o języku..., s. 46

i doktryny nakazujące szerokie rozumienie słów „bez zlecenia” w rozumieniu art. 752 k.c.⁸⁹⁶.

Warto wspomnieć, że postulaty Z. Żabińskiego odnosiły się nie tylko do materii kodeksowej. Zakresem swych rozważań objął on również prawo wekslowe i czekowe, których przepisy regulujące instytucje indosu również zawierają słowo „zlecenie”⁸⁹⁷, np. w ustawie z dnia 28 kwietnia 1936 r. Prawo wekslowe⁸⁹⁸ (zwanej dalej „Prawem wekslowym”) uprawnienie remitenta do zbywania dokumentów przez indos określa się właśnie mianem „zlecenia”⁸⁹⁹, choć analogiczne zwroty użyte w tekście autentycznym konwencji genewskiej z 1930 r.⁹⁰⁰, np. *order*, nie wskazują na żaden związek z umową zlecenia⁹⁰¹. W tym zakresie w przepisach kodeksowych uniknięto niewłaściwego zastosowania terminu zlecenie, ponieważ w art. 517 k.c. wspomina się jedynie o dokumentach zbywalnych przez indos.

Powyżej opisane zmiany powinny zostać uwzględnione w ramach prac rekodyfikacyjnych nie tylko ze względu na konieczność poprawnego sformułowania nowych przepisów kodeksu w sposób poprawny pod względem zasad techniki prawodawczej, lecz również ze względu na wymagania współczesnego obrotu prawnego. Cechą współczesnych stosunków gospodarczych jest ich transgraniczność, determinowana przez globalizującą się wymianę handlową. Zwiększona częstotliwość występowania międzynarodowych transakcji sprawia, że przedsiębiorcy bardziej odczuwają trudności związane z istnieniem różnych porządków prawnych, których rozwiązania nie zawsze są do siebie zbliżone. Ponadto, konieczność funkcjonowania w międzynarodowym środowisku często wymaga tłumaczenia lokalnych aktów prawnych w celu rozeznania zasad funkcjonowania na danym rynku. Wraz ze zintensyfikowaniem się międzynarodowej wymiany handlowej zachodzi potrzeba ujednoczenia przepisów, których niejednolitość w tym kontekście stanowi czynnik zwiększający koszty

⁸⁹⁶ Por. np. Wyrok SN z dnia 30 stycznia 2007 r., IV CSK 221/06, niepubl. w którego tezie wskazano, że brak tytułu prawnego w rozumieniu art. 752 KC oznacza sytuację, w której prowadzącego cudzą sprawę nie upoważnia ani nie zobowiązuje do działania na rzecz osoby zainteresowanej z głosem P. Drapały - P. Drapała, Prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia jako podstawa dochodzenia roszczeń pozakontraktowych, *Monitor Prawniczy* 2008, Nr 17 i cytowana tam literatura.

⁸⁹⁷ Z. Żabiński Z., *Uwagi o języku...*, s. 46

⁸⁹⁸ t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 160

⁸⁹⁹ Por. art. 1 pkt 6 Prawa wekslowego, zgodnie z którym nazwisko osoby, na której rzecz lub na której zlecenie zapłata ma być dokonana; czy art. 11. Każdy weksel można przenieść przez indos, chociażby nie był wystawiony wyraźnie na zlecenie.

⁹⁰⁰ Konwencja w sprawie jednolitej ustawy o wekslach trasowanych i własnych (Dz. U. z 1937 r. Nr 26, poz. 175)

⁹⁰¹ Art. 11 zd. 1 *Every bill of exchange, even if not expressly drawn to order, may be transferred by means of endorsement.*

transakcyjne ponoszone przez przedsiębiorców. To, z kolei prowadzi do wzmożenia aktywności środowisk naukowych, w ramach których wypracowywane są inicjatywy prowadzące do przyjęcia jednolitych rozwiązań prawnych, szczególnie w tych regulacjach, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie handlu międzynarodowego. Skuteczna realizacja takich działań sprawia, że w skali światowej można zaobserwować tendencję do zbliżania się - konwergencji systemów prawnych. Sztandarowym przykładem jest wzajemne upodabnianie się systemów prawa stanowionego i *common law*.

Aktywny udział w tych procesach, który powinien stanowić jeden z priorytetów przedstawicieli nauki prawa wymaga tłumaczenia aktów prawnych konstytuujących macierzysty system prawny, na podstawowe języki, w których prowadzony jest międzynarodowy dyskurs prawniczy. Prezentacja rodzimych rozwiązań prawnych może być natomiast wielce utrudniona, jeżeli oryginalnie zostały one uregulowane za pomocą nieprecyzyjnej terminologii. W tym kontekście jednym z naczelných celów polityki ustawodawcy powinno być uściślenie słownictwa odpowiednich przepisów k.c., nie tylko wobec potrzeb nauki, której przedstawiciele bez większych trudności mogą wyeliminować ten problem, ale również wobec potrzeb uczestników obrotu prawnego, dla których nieprecyzyjność terminologii i trudności w zakresie prawidłowego stosowania opisywanych za jej pomocą regulacji oznaczają większe koszty działalności gospodarczej⁹⁰². Nie ulega bowiem wątpliwości, że precyzyjne, ale i zrozumiałe tłumaczenie polskich tekstów prawnych i prawniczych, może być uznane wręcz za działalność służącą promowaniu Polski jako miejsca prowadzenia działalności gospodarczej. Ma to szczególne znaczenie w obecnych czasach, gdy poszczególne państwa na wszelkie możliwe sposoby zachęcają zagranicznych przedsiębiorców do

⁹⁰² Potrzebę tłumaczenia k.c. w jego aktualnym brzmieniu podkreślał np. J. Skąpski powołując się na potrzeby prawników praktyków zapewniających wsparcie przedsiębiorcom prowadzącym, w ramach obrotu międzynarodowego, działalność gospodarczą w Polsce. Zob. J. Skąpski, Kodeks cywilny z 1964 r. ..., s. 86. Wydaje się, że w chwili obecnej postulat J. Skąpskiego został w praktyce zrealizowany, ponieważ na rynku dostępne są tłumaczenia k.c. (Zob. np. Polish Law Collection, pod red. D. Kierzkowskiej Warszawa 1996 zawierające również angielskie tłumaczenie k.c. czy E. Kucharska, Kodeks cywilny. The Civil Code, Warszawa 2010). Niemniej jednak, propozycję ww. autora można odebrać jako postulat przyjęcia tłumaczenia oficjalnego, potwierdzonego autorytetem władz państwowych. Wówczas aktualną pozostaje uwaga o konieczności zachowania precyzyjnej terminologii źródłowej, gdyż oficjalne tłumaczenie, jako potwierdzone autorytetem organów władzy publicznej, powinno cechować się wyjątkową jakością. W tym kontekście można zwrócić uwagę na fakt, że niektóre państwa (np. Republika Federalna Niemiec) mając świadomość powyżej wskazanych warunkowań tworzą wyspecjalizowane agendy zajmujące się tłumaczeniem najważniejszych tekstów prawnych na potrzeby obrotu zagranicznego lub opracowujące zestawienia rodzimych ekwiwalentów terminów prawniczych w językach obcych. Zob. J. Pieńkos: Podstawy juryslingwistyki. Język w prawie – Prawo w języku, Warszawa 1999, s. 126

prowadzenia działalności, a przynajmniej jej rejestrowania na ich obszarze. W tym kontekście formułowane są nawet tezy, zgodnie z którymi również ustawodawcy powinni zostać uznani za producentów towaru⁹⁰³ w postaci prawa, którego jakość przekłada się na pozyskanie większej liczby podatników, a tym samym na większe wpływy do budżetu.

⁹⁰³ Jak już wspomniano powyżej, pogląd, zgodnie z którym prawo jest towarem na rynku konkurujących ze sobą państw, jako jedna z pierwszych sformułowała R. Romano, Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle, *Journal of Law, Economics & Organization* 1985, vol. 1, s. 225 i 280.

Rozdz. VI Propozycje regulacji świadczenia usług przedstawiane w ramach prac nad rekodyfikacją polskiego prawa cywilnego

VI. 1 Wstępne propozycje formułowane w ramach prac rekodyfikacyjnych

Analiza wariantów potencjalnych zmian regulacji umów o świadczenie usług nie może być prowadzona w oderwaniu od toczących się działań mających na celu rekodyfikację polskiego prawa cywilnego⁹⁰⁴. W tym zakresie realizowano prace nad częścią szczegółową prawa zobowiązań, które zostały powierzone trzem zespołom problemowym: do spraw umów przenoszących rzeczy i prawa, do spraw umów dotyczących korzystania z rzeczy i praw oraz do spraw umów regulujących świadczenie usług⁹⁰⁵. Do chwili obecnej głównym rezultatem tych działań są opracowania poświęcone systematyce części szczegółowej kodeksu cywilnego, w których przedstawiono wstępne propozycje co do sposobu uregulowania umowy o świadczenie usług⁹⁰⁶ oraz projekt

⁹⁰⁴ Uwagi *de lege ferenda* mające za przedmiot problematykę kodeksowej regulacji świadczenia usług były formułowane w literaturze prawniczej na długo przed rozpoczęciem prac rekodyfikacyjnych. W tym kontekście można wspomnieć, że konieczność znowelizowania k.c. w zakresie regulacji umów o świadczenie usług sygnalizowano w latach osiemdziesiątych, pod wpływem zmian legislacyjnych przeprowadzonych dekadę wcześniej w kodyfikacjach niektórych państw socjalistycznych. Wskazywano wówczas na potrzebę rozbudowania umów dotyczących nowych typów usług na wzór k.c. Niemieckiej Republiki Demokratycznej, w którym w 1975 r. dodano uregulowania dotyczące usług budowlanych, osobistych, podróży i wypoczynku⁹⁰⁴. Za przykład podawano również jugosłowiańską ustawę o stosunkach zobowiązaniowych z 1978 r. typizującą umowy zorganizowania podróży, pośrednictwa podróży czy zakontraktowania usług hotelowych⁹⁰⁴ (Zob. M. Sośniak, *Umowy...*, s. 61). Ponadto, L. Ogieńko przedstawiał postulat uzupełnienia przepisów księgi trzeciej k.c. o postanowienia mogące stanowić swoistą „przednawiasową” regulację znajdującą zastosowanie tylko i wyłącznie do umów o świadczenie usług, rozumianych szeroko tj. tak jak w k.z.⁹⁰⁴. Nieistnienie takiej regulacji, zdaniem tego autora, skutkuje nadmiernym stosowaniem art. 750 k.c., a ten stan rzeczy wiąże się z wątpliwościami czy przepisy tytułu XXI k.c. mogą dobrze spełniać rolę subsydiarnej materii normatywnej znajdującej zastosowanie wobec umów o świadczenie usług. (Zob. L. Ogieńko, *Zlecenie na tle kodeksowych umów o świadczenie usług*, *Studia Iuridica Silesiana* 1985, t. 10).

⁹⁰⁵ Sprawozdanie z działalności Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego za 2011 rok, s. 2 opublikowane pod adresem <http://bip.ms.gov.pl/Data/Files/public/bip/kkpc/sprawozdanie-z-dzialalnosci-kkpc-2011.pdf> [Dostęp 2018-07-10]

⁹⁰⁶ Z. Radwański, *Wstępny projekt systematyzacji tak zwanej części szczegółowej prawa zobowiązań*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2012, Nr 1; J. Pisuliński, *W sprawie systematyki części szczegółowej prawa zobowiązań (głos w dyskusji)*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2012, Nr 1; M. Pecyna, F. Zoll, *Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2012, Nr 1; R. Szostak, *Problem systematyki umów obligacyjnych w nowym kodeksie cywilnym*,

przepisów o świadczeniu usług⁹⁰⁷. Przy tym, należy wspomnieć, że w grudniu 2015 r. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, która stanowiła główny ośrodek dla prowadzenia prac rekodyfikacyjnych w zakresie prawa cywilnego, została rozwiązana, a kontynuacja jej prac odbywa się w ramach inicjatywy pod nazwą „Akademicki Projekt Kodeksu Cywilnego”⁹⁰⁸. Na uwagę zasługują sposób sformułowania celu tego przedsięwzięcia określonego jako wypracowania systemu referencyjnego, czyli „naszej polskiej »ramy odniesienia«”, na wzór CFR, będącej „wzorem kodyfikacji” i swoistym narzędziem przydatnym dla ustawodawcy jako „punkt odniesienia dla przyszłych zamierzeń legislacyjnych”⁹⁰⁹.

Przywołane powyżej wypowiedzi doktryny powinny również zostać uwzględnione w kontekście określania wariantów nowej regulacji umów o świadczenie usług. Wprawdzie z treści dotychczas sformułowanych opinii przedstawicieli nauki prawa cywilnego nie wynika, że osiągnięto porozumienie, co do sposobu ujęcia kontraktów mających za przedmiot usługi w nowej kodyfikacji, niemniej jednak już obecnie można wskazać na kwestie ujmowane jednakowo i odnieść się do proponowanych kierunków zmian oraz dokonać ich oceny w konfrontacji z pozostałymi opcjami przedstawionymi w niniejszej pracy, a przede wszystkim z propozycją wyodrębnienia nowego typu umowy.

Prezentację propozycji formułowanych w doktrynie można rozpocząć od omówienia wizji przepisów o świadczeniu usług autorstwa byłego przewodniczącego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, czyli Z. Radwańskiego. Autor ten zaproponował podział kodeksowej regulacji umów nazwanych na piętnaście tytułów, które następnie miały by się dzielić na działy, a te na rozdziały⁹¹⁰. Umowom o świadczenie usług, w treści propozycji Z. Radwańskiego, opisanym jako „umowy odnoszące się do świadczeń usług” poświęcono dwa tytuły IV i V⁹¹¹. Przedmiotem regulacji pierwszego z wymienionych zostały „umowy odnoszące się do świadczenia usług, a polegające na starannym działaniu”, natomiast drugiego „umowy odnoszące się do świadczenia usług, a polegające

Transformacje Prawa Prywatnego 2012, Nr 1. Zob. również M. Pecyna, F. Zoll, Regulacja świadczenia usług jako wyzwanie legislacyjne [w:] Współczesne problemy prawa zobowiązań, pod red. A. Olejniczaka, J. Haberko, A. Pyrzyńskiej, D. Sokołowskiej, Warszawa 2015, s. 561-587 oraz R. Szostak, O potrzebie usprawnienia..., s. 680-695.

⁹⁰⁷ Zespół Problemowy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego do spraw regulacji świadczenia usług, Projekt zobowiązań świadczenia usług, Transformacje Prawa Prywatnego 2014, Nr 4, s. 75-88

⁹⁰⁸ F. Zoll, Czy należy..., s. 827

⁹⁰⁹ *Ibidem*, s. 828

⁹¹⁰ Z. Radwański, Wstępny projekt systematyzacji tak zwanej części szczegółowej prawa zobowiązań, Transformacje Prawa Prywatnego 2012, Nr 1, s. 8-13

⁹¹¹ *Ibidem*, s. 10-11

na osiągnięciu określonego rezultatu”⁹¹². Wprowadzenie takiego rozróżnienia zostało uzasadnione zaakceptowaniem przez doktrynę podziału na umowy o zobowiązanie starannego działania i umowy o zobowiązanie osiągnięcia rezultatu⁹¹³.

Wśród umów objętych zakresem przedmiotowym tytułu IV Z. Radwański w pierwszej kolejności wskazał zlecenie, które w tym ujęciu miałyby stanowić kontrakt wzorcowy, jednakże po takim jego zmodyfikowaniu, żeby mógł on być podstawą zarówno dla świadczenia czynności prawnych jak i faktycznych⁹¹⁴. Podtypami tak uregulowanego zlecenia miałyby być umowy o pełnienie nadzoru (np. autorskiego), umowy o prace geologiczne i poszukiwawcze, umowy o nauczanie lub wychowanie, umowy o usługi medyczne lub pielęgnacyjne i umowa menedżerska⁹¹⁵.

Propozycja Z. Radawańskiego w tej części została poddana krytyce w zakresie umowy o nauczanie lub wychowanie. W odniesieniu do kontraktów tego rodzaju J. Pisuliński zauważa, że z uwagi na wewnętrzne zróżnicowanie poszczególnych przypadków stosunków zobowiązaniowych przyporządkowywanych do tej kategorii, nie powinny one być przedmiotem regulacji w ramach jednego działu⁹¹⁶. W tym kontekście wspomniany autor zwrócił uwagę na różnice pomiędzy umowami o nauczanie lub wychowanie zawieranymi przez rodziców czy opiekunów w celu zapewnienia odpowiednich świadczeń dla ich dzieci (np. umowy zawierane z korepetytorami czy prywatnymi przedszkolami) a kontraktami zawieranymi m.in. przez pracodawców, w celu podniesienia kwalifikacji ich pracowników, i mającymi za przedmiot przeprowadzenie szkoleń (np. pracowników w zakresie obsługi nowych urządzeń lub nowego oprogramowania)⁹¹⁷. Jednocześnie J. Pisuliński wyraził wątpliwości, czy wszystkie z wymienionych umów, pomimo ich częstego występowania w praktyce obrotu, obejmują na tyle swoiste prawa i obowiązki stron, że mogą być wyodrębnione w oddzielnie ujętych typach umownych⁹¹⁸. W tej kwestii stwierdził, że wystarczające byłoby poddanie takich stosunków zobowiązaniowych szeroko ujętej regulacji umowy zlecenia obejmującej

⁹¹² *Ibidem*

⁹¹³ *Ibidem*, s. 10

⁹¹⁴ *Ibidem*

⁹¹⁵ *Ibidem*

⁹¹⁶ J. Pisuliński, W sprawie systematyki części szczegółowej prawa zobowiązań (głos w dyskusji), *Transformacje Prawa Prywatnego* 2012, Nr 1, s. 21. Jednocześnie należy wspomnieć, że autor ten uważa dotychczas obowiązującą systematykę części szczegółowej kodeksu cywilnego opartego na tytułach, działach i rozdziałach za niewystarczającą, dostrzegając potrzebę wprowadzenia również np. podrozdziałów, pododdziałów itp. *Ibidem*, s. 19

⁹¹⁷ J. Pisuliński, W sprawie systematyki..., s. 21

⁹¹⁸ *Ibidem*, s. 21

swym zakresem nie tylko czynności prawne, lecz również faktyczne⁹¹⁹. Odnosząc się do tych wątpliwości należałoby wskazać, że drugi z wyróżnionych typów umowy o szkolenie, mający za przedmiot, kształcenie na potrzeby rozwoju czy podtrzymania kwalifikacji zawodowych w chwili obecnej zazwyczaj kwalifikowany jest przez strony jako umowa o dzieło. Oczywiście przyczyną tego stanu rzeczy są przede wszystkim względy podatkowe (w ramach umowy o dzieło wykonawca, który przenosi na zamawiającego prawa autorskie do dzieła może odliczyć od przychodu 50% kosztów jego uzyskania, co skutkuje odpowiednim pomniejszeniem należnego podatku dochodowego⁹²⁰). Niemniej jednak abstrahując od wspomnianych uwarunkowań prawnopodatkowych w praktyce obrotu występują sytuacje uzasadniające uznanie takiej umowy za umowę o dzieło np. wówczas gdy wykonawca zobowiązany jest przede wszystkim do opracowania koncepcji i konspektu zajęć, co może zostać uznane za wykonanie niematerialnego dzieła, stanowiącego obiektywną wartość dla zamawiającego, a następnie ich przeprowadzenia według uzgodnionego planu dla grupy słuchaczy. W tym kontekście być może regulacja takich kontraktów powinna znaleźć się w tytule V, a nie w IV.

W tytule V, dla którego wzorzec podstawowy stanowiłaby umowa o dzieło, miałyby zostać uregulowane: umowa o podróż, umowa przechowania, depozyt nieprawidłowy, umowa składu i odpowiedzialność hotelarzy⁹²¹.

Po przedstawieniu poglądów Z. Radwańskiego należałoby dokonać prezentacji propozycji zarysu kodeksowej regulacji umów o świadczenie usług autorstwa M. Pecyny i F. Zolla. Wspomniani autorzy są członkami odpowiednio Komitetu Redakcyjnego⁹²² i Komitetu Sterującego⁹²³ inicjatywy „Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego”, a dodatkowo drugi z nich pełnił funkcję przewodniczącego zespołu problemowego ds. umów regulujących świadczenie usług powołanego w ramach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, dlatego można założyć, że sformułowana przez tych przedstawicieli doktryny koncepcja może wywrzeć znaczny wpływ na ostateczne brzmienie nowego kodeksu cywilnego również w opisywanym zakresie.

⁹¹⁹ *Ibidem*

⁹²⁰ Z zastrzeżeniem art. 22 ust. 9a i 9 b ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 200 z późn. zm.)

⁹²¹ Z. Radwański, Wstępny projekt systematyzacji..., s. 10

⁹²² <http://www.projektkc.uj.edu.pl/index.php/struktura-organizacyjna/komitet-redakcyjny> [Dostęp 2018-07-10]

⁹²³ <http://www.projektkc.uj.edu.pl/index.php/struktura-organizacyjna/komitet-sterujacy> [Dostęp 2018-07-10]

Przede wszystkim należałoby stwierdzić, iż M. Pecyna i F. Zoll zaprezentowali nowatorski sposób ujęcia problematyki umów nazwanych. Znamienny jest fakt docenienia przez nich wzrastającej roli usług w funkcjonowaniu obrotu gospodarczego, który zainspirował ich do uznania właśnie tej kategorii kontraktów za podstawowy model współczesnych relacji handlowych⁹²⁴. Stwierdzają wręcz, że zachodzi konieczność odejścia od unormowania dostosowanego do układu interesów stron, charakterystycznego dla umowy sprzedaży, cechującego obecny system, na rzecz przeorientowania prawa zobowiązań umownych, tak aby w większym stopniu uwzględniało specyfikę świadczenia usług⁹²⁵. Ponadto, wspomniani autorzy identyfikują potrzebę nadawania regulacji umów nazwanych cechy „otwartości”, przeciwstawionej „ściśłym klasyfikacjom”, która czyniłaby ją odporną na zmiany prawa w szczególności prawa unijnego⁹²⁶. Wśród rozwiązań, które powinny stanowić podstawowe źródło inspiracji wymieniono Wspólną Ramę Odniesienia oraz Zasady *Acquis*⁹²⁷.

Jak już wspomniano powyżej centralny punkt propozycji M. Pecyny i F. Zolla miałyby stanowić przepisy poświęcone umowom o świadczenie usług. Zostały one określone mianem pierwszej grupy części A, w ramach której zawarto regulację zagadnień wspólnych (definicji, obowiązków informacyjnych przedkontraktowych i kontraktowych, zawarcia umowy, spełnienia świadczenia, naruszenia zobowiązania i jego skutkach, zakończenia stosunku prawnego), mających przede wszystkim obejmować rozwiązania odmienne względem przepisów części ogólnej⁹²⁸.

Warto wspomnieć, że koncepcja oparcia kodeksowej regulacji umów nazwanych na umowach o świadczenie usług spotkała się z krytyką R. Szostaka. Autor ten zwrócił uwagę na fakt, że pomimo wzrastającego znaczenia kontraktów mających za przedmiot usługi, uznawanie tej kategorii stosunków zobowiązaniowych za kluczowe w hierarchii umów nazwanych jest przedwczesne⁹²⁹. Świadczy o tym kilka okoliczności. Przede wszystkim w opinii tego przedstawiciela doktryny mają one pochodny charakter (niestety wprost nie wyjaśniono do czego wspomniana „pochodność” miałyby się odnosić), nie są jeszcze w pełni ukształtowane, o czym miałyby świadczyć wciąż nierozwiązane problemy klasyfikacji stosunków prawnych związanych ze świadczeniem pracy, brak jednorodności

⁹²⁴ M. Pecyna, F. Zoll, Założenia projektu struktury..., s. 27

⁹²⁵ M. Pecyna, F. Zoll Regulacja świadczenia usług ..., s. 584

⁹²⁶ M. Pecyna, F. Zoll, Założenia projektu struktury... s. 27-28

⁹²⁷ *Ibidem*, s. 52

⁹²⁸ *Ibidem*, s. 53

⁹²⁹ R. Szostak, Problem systematyki umów..., s. 69

oraz w wielu przypadkach znajdowanie się w początkowej fazie rozwoju, a także niejednoznaczność pojęcia „usługa”⁹³⁰. Autor ten uzasadnia swoje stanowisko kwestionując marginalizację sprzedaży (a także pokrewnych kontraktów) i uznając za przyczynę wzrostu popularności umów mających za przedmiot usługi wzrost zapotrzebowania na świadczenia tego rodzaju w takich sektorach gospodarki jak turystyka, opieka, finanse czy w obrocie elektronicznym⁹³¹. W swojej analizie pomija jednak zjawisko wzrastającego stopnia skomplikowania różnego rodzaju przedmiotów stanowiących urządzenia produkcyjne czy dobra konsumpcyjne, do których prawo własności zazwyczaj bywa przenoszona na podstawie umowy sprzedaży. W połączeniu z profesjonalizacją polegającą na tym, że poszczególne jednostki (zarówno profesjonaliści jak i konsumenci) posiadają coraz węższy i wyspecjalizowany zakres kompetencji zawodowych, prowadzi to do konieczności nabywania wraz z poszczególnymi przedmiotami materialnymi usług (np. instalacji, montażu, konfiguracji), świadczonych przez osoby posiadające odpowiednie przygotowanie specjalistyczne, a także oprogramowania, którego również nie sposób zakwalifikować jako przedmiotu klasycznej umowy sprzedaży. Te okoliczności sprawiają, że obrona poglądu o kluczowym charakterze sprzedaży w dłuższej perspektywie skazana jest na niepowodzenie, a wzięwszy pod uwagę, że wejście w życie przyszłego kodeksu będzie miało miejsce za kilka a nawet kilkanaście lat, już w chwili obecnej powinno się promować rozwiązania nowatorskie wychodzące naprzeciw dającym się przewidzieć potrzebom obrotu.

Następnie, w treści propozycji M. Pecyny i F. Zolla zamieszczono przepisy poświęcone typom umów o świadczenie usług, które zostały wstępnie wyróżnione na podstawie kryterium przedmiotu świadczenia oraz osobno ujęte rozwiązania dotyczące umów nieodpłatnych⁹³². Odnosząc się do drugiej ze wspomnianych kategorii należy wspomnieć, że autorzy nie przedstawili wyjaśnień w zakresie rozumienia pojęcia odpłatności w tym kontekście. Nie wiadomo czy utożsamiają je z umowami, w których nie występuje świadczenie pieniężne, lecz mimo to polegają na wymianie ekwiwalentnych dóbr pomiędzy stronami, czy też rozumieją je jako cechę kontraktów zawartych pod tytułem darmym. Wzmianka poczyniona poniżej tytułu jednostki redakcyjnej, w której

⁹³⁰ *Ibidem*

⁹³¹ *Ibidem*, s. 68-69

⁹³² M. Pecyna, F. Zoll, Założenia projektu struktury..., s. 53

mają zostać zawarte regulacje tych zagadnień tj. „Ograniczenia odpowiedzialności”⁹³³ wskazuje raczej na przyjęcie drugiego podejścia.

Wyróżnione typy umów obejmują umowy mające za przedmiot wytworzenie, przerobienie lub zniszczenie materialnego produktu; budowę, remont lub zburzenie budowli; wykonanie prac projektowych; udzielenie informacji lub porady, świadczenie usług medycznych; zawarcie czynności prawnej na rachunek zleceniodawcy; pośrednictwo; przechowanie i usługi finansowe⁹³⁴. Z takiego zestawienia wynika, że autorzy opowiadają się za wspólnym ujęciem umów o zobowiązanie rezultatu i starannego działania, co stanowi rozwiązanie spójne z postulatem „otwartości” systemu mającego opierać się na elastycznie ujętych stosunkach umownych umożliwiających ich dopasowanie do zróżnicowanych sytuacji mogących zaistnieć w dynamicznie rozwijającej się praktyce obrotu.

Warto zwrócić uwagę, że oprócz powyżej wskazanych typów umownych wyróżniono kategorię umów o świadczenie usług powiązanych z trwałym lub czasowym oddaniem rzeczy lub prawa do korzystania, do których znajdują wspólne i odpowiednie zastosowanie przepisy właściwe dla umów o świadczenie usług (ujęte w grupie I) oraz umów o korzystanie z rzeczy lub prawa (wyróżnione jako grupa II)⁹³⁵.

Innym zaproponowanym w treści tej propozycji rozwiązaniem, niewątpliwie wartym odnotowania, jest koncepcja zawarcia w części kodeksu poświęconej umowom nazwanym „wzorów umów powszechnie zawieranych”. Instytucja ta według zamierzeń autorów miałaby stanowić wyraz „wychowawczej” funkcji prawa przejawiającej się w umieszczeniu w treści kodeksu ustawowych wzorów kontraktów powszechnie zawieranych w praktyce obrotu takich jak sprzedaż, najem lokalu (w tym lokalu mieszkalnego), pożyczka, użyczenie, renta i przechowanie⁹³⁶. Regulacje konstytuujące te rozwiązania oparte byłyby na nowym typie norm tj. normach opcjonalnych, czyli obowiązujących jedynie wtedy, gdy strony dokonają wyboru danego wzorca, tym samym nie miałyby charakteru imperatywnego, a strony mogłyby je dowolnie modyfikować w zależności od swoich potrzeb i okoliczności transakcji, niemniej jednak tylko zastosowanie wzoru w wersji kodeksowej stwarzałoby domniemanie zgodności z prawem

⁹³³ *Ibidem*, s. 57

⁹³⁴ *Ibidem*, s. 56

⁹³⁵ *Ibidem*, s. 54

⁹³⁶ *Ibidem*, s. 55

umowy zawartej na jego podstawie⁹³⁷. W opinii autorów taka propozycja bardzo dobrze korespondowałoby z potrzebami praktyki obrotu w obecnej sytuacji społeczno-gospodarczej charakteryzującej się znaczną dynamiką, ale wciąż stosunkowo niskim zaangażowaniem prawników do obsługi często zawieranych transakcji służących zaspokojeniu potrzeb ludności⁹³⁸. Wprowadzając to rozwiązanie można by było pozytywnie wpłynąć na bezpieczeństwo obrotu i dochowywanie zasady słuszności w stosunku prawnym między stronami, jednocześnie istotnie obniżając koszty transakcyjne i ustanawiając mechanizm gwarantowania prawnej skuteczności tak zawartej umowy⁹³⁹.

Abstrahując od kwestii ostatecznej decyzji odnośnie wprowadzenia do systemu prawa cywilnego instytucji „wzorów umów powszechnie zawieranych” należałoby, pozytywnie ocenić tę koncepcję, zwracając jedynie uwagę na fakt, że autorzy w jej treści nie przewidzieli sformułowania wzoru „umowy o świadczenie czynności usługowych” czy „umowy o świadczenie usług w znaczeniu czynnościowym”⁹⁴⁰. Nie ulega wątpliwości, że ten rodzaj umowy, do którego w chwili obecnej, na podstawie art. 750 k.c., stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu, stanowi jedną z najczęściej zawieranych umów. Ma ona istotne znaczenie, ponieważ niejednokrotnie, stanowi ten stosunek prawny, który dla strony zobowiązanej do świadczenia charakterystycznego (usługodawcy, zleceniobiorcy) jest źródłem dochodów spełniających funkcję alimentacyjną⁹⁴¹. Oczywiście, co niejednokrotnie podkreślano w tej pracy, wszelkie regulacje odnoszące się do ewentualnego klasyfikowania tych kontraktów jako umów o pracę, czy wprowadzające względem nich rozwiązania mające na celu zwiększenie bezpieczeństwa osób zobowiązanych do świadczenia pracy powinny być umiejscowione poza kodeksem cywilnym, niemniej jednak warto by było stworzyć taki wzór tej umowy, który przynajmniej w kwestii ważności kontraktu gwarantowałby bezpieczeństwo jej stronom.

Podsumowując, przedstawione propozycje nowego ujęcia umów nazwanych w prawie polskim mieszczące w swym zakresie umowy o świadczenie usług zarówno w przypadku wariantu zaproponowanego przez Z. Radwańskiego jak i M. Pecynę oraz F. Zolla stanowią niewątpliwie postęp w odniesieniu do obecnego stanu prawnego. W ich treści uwzględniony jest podstawowy postulat odejścia od wąskiej regulacji zlecenia

⁹³⁷ *Ibidem*

⁹³⁸ *Ibidem*, s. 55-56

⁹³⁹ *Ibidem*, s. 55-56

⁹⁴⁰ Wyrażeniami takim posłużył się R. Szostak. Zob. R. Szostak, Problem systematyki umów..., s. 63 i 70

⁹⁴¹ Funkcja alimentacyjna wynagrodzenia (zwana również alimentarną albo socjalną) oznacza, że jego celem jest zapewnienie utrzymania pracownikowi i jego rodzinie. Zob. przykładowo K. Łapiński, Godziwe wynagrodzenie za pracę, *Monitor Prawa Pracy* 2011, nr 12 i cyt. tam literaturę.

obejmującego jedynie świadczenie czynności prawnych. Ponadto proponuje się ciekawe rozwiązania: w pierwszym wypadku mające na celu wprowadzenie do systemu prawa podziału na umowy o zobowiązanie starannego działania i rezultatu, a w drugim skutkujące nowatorskim ujęciem problematyki umów nazwanych. Realizacja przedstawionych kierunków zmian powinna zostać wzięta pod uwagę w kontekście rekodyfikacji polskiego prawa cywilnego, jednakże wybór tych wariantów wymaga ich skonfrontowania z innymi opcjami i poddaniu dyskusji zarówno na forum społecznym jak i eksperckim.

VI. 2 Projekt zespołu problemowego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego do spraw regulacji świadczenia usług

VI.2.1 Ogólne założenia projektu

Przedmiotowy projekt został opublikowany w Transformacjach Prawa Prywatnego wraz z założeniami, na których został oparty sporządzonych przez autorstwa M. Pecynę i F. Zolla⁹⁴². W treści drugiego ze wspomnianych opracowań wyjaśniono główne motywy nadania proponowanym przepisom ich opublikowanej treści, uzasadniając ich przyjętą strukturę i zakres.

Intencją autorów przedstawioną w ramach uwag wprowadzających było objęcie zakresem projektu możliwie szerokiego zakresu umów, których cechą konstytutywną, rozstrzygającą o zakwalifikowaniu do tej grupy, jest obowiązek spełnienia świadczenia typu *facere*⁹⁴³, a nie jest konieczne przeniesienie prawa (*dare*)⁹⁴⁴. To rozwiązanie należy ocenić pozytywnie, ponieważ jakkolwiek trudne jest zdefiniowanie pojęcia usługi, co wielokrotnie podnoszono w niniejszej pracy, to nie budzi wątpliwości pogląd o konieczności wykluczenia z jego zakresu zaniechań opisywanych jako *non-facere*⁹⁴⁵ i *pati*. Przy tym należy jednak zastrzec, że wspomniane świadczenia mogą odgrywać istotną rolę jako świadczenia spełniane w zamian za usługę.

⁹⁴² M. Pecyna, F. Zoll, Założenia projektu zobowiązań..., s. 71-74. Obszerne uwagi w kwestii sposobu ujęcia regulacji świadczenia usług przedstawiono również w M. Pecyna, F. Zoll Regulacja świadczenia usług ..., s. 561-587, które jak informują autorzy stanowią zarys obserwacji problemowych poczynionych w ramach dyskusji toczących się na forum Zespołu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego ds. regulacji świadczenia usług (tamże, s. 563-564).

⁹⁴³ M. Pecyna, F. Zoll, Założenia projektu zobowiązań..., s.71

⁹⁴⁴ M. Pecyna, F. Zoll Regulacja świadczenia usług ..., s. 564

⁹⁴⁵ Tak np. L. Ogiegło, Usługi..., s. 106

Założono, że znaczna część norm odnoszących się do wykonania lub naruszenia zobowiązania i przewidzianych dla stosunków zobowiązaniowych mających za przedmiot świadczenie usług zostanie uogólniona⁹⁴⁶. Poza tym, przepisom poświęconym usługom będzie nadana postać „mikrosystemu” z odrębną częścią ogólną oraz modyfikacjami reguł ogólnych dostosowanych do usług wyspecjalizowanych⁹⁴⁷. Jak wyjaśniano w późniejszych wypowiedziach członków zespołu problemowego takie rozwiązania wynikają z przekonania o potrzebie uogólnienia jak największej liczby norm dostosowanych do świadczenia usług, co ma być przejawem odejścia od dotychczasowego modelu kodeksowego prawa zobowiązań dostosowanego przede wszystkim do umowy sprzedaży⁹⁴⁸. Intencją autorów projektu jest ponadto umieszczenie w centrum systemu „układu interesów stron charakterystycznego dla umowy o świadczenie usług” oraz skoncentrowanie się na koncepcji zobowiązania do świadczenia określonej usługi, a nie na typologii umów⁹⁴⁹.

Autorzy wyjaśniają, że ważnym źródłem inspiracji dla członków zespołu opracowującego opisywane przepisy były tzw. europejskie projekty akademickie⁹⁵⁰, czyli „Zasady europejskiego prawa umów o świadczenie usług”⁹⁵¹ oraz projekt Wspólnych Ram Odniesienia (*Draft Common Frame of Reference*)⁹⁵² przy czym zastrzegli, że zrezygnowali z przyjętego w tym dokumencie podziału kontraktów: na te mające za przedmiot właściwe usługi, różne rodzaje zlecenia oraz umowy sieciowe (*franchising*)⁹⁵³. Ponadto, stwierdzili że „nie ma obecnie szansy opierać się implementacji prawa europejskiego do polskiego systemu⁹⁵⁴”, ale w ramach prowadzonych prac rekodyfikacyjnych należy uwzględnić wyniki badań prawnooporównawczych⁹⁵⁵. Jak można się domyślać, tych które przeprowadzono na poziomie europejskim w toku działań zmierzających do przygotowania ww. opracowań. Dodatkowo wskazali, iż chociaż

⁹⁴⁶ M. Pecyna, F. Zoll Regulacja świadczenia usług ..., s. 585

⁹⁴⁷ *Ibidem*

⁹⁴⁸ M. Pecyna, Założenia regulacji zobowiązań..., s. 250

⁹⁴⁹ *Ibidem*

⁹⁵⁰ M. Pecyna, F. Zoll, Założenia projektu zobowiązań..., s.71 i M. Pecyna, F. Zoll Regulacja świadczenia usług ..., s. 562

⁹⁵¹ Principles of European Law on Service Contracts, pod red. M. Barendrecht, Ch. Jansen, A. Pinna, R. Cascão, S. van Gulijk, Oxford 2007

⁹⁵² Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swann, P. Varul, A. Veneziano, F. Zoll, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition, Munich 2009

⁹⁵³ M. Pecyna, F. Zoll, Założenia projektu zobowiązań..., s. 71

⁹⁵⁴ To nieco nieprecyzyjne stwierdzenie zapewne należy rozumieć jako wskazujące na to, że nie ma obecnie szansy na przyjęcie w ramach prac rekodyfikacyjnych rozwiązań stanowiących dokładne odwzorowanie projektów akademickich w szczególności DCFR.

⁹⁵⁵ M. Pecyna, F. Zoll Regulacja świadczenia usług ..., s. 562

uregulowania zaproponowane w DCFR stanowią punkt wyjścia dla sformułowania analizowanej propozycji, to jej treść nie sprowadza się do ich przejęcia, lecz wykorzystania zgodnie z ich ideą, czyli jako rzeczywistego systemu odniesienia⁹⁵⁶.

Następnie wskazano, że zakres projektu ma obejmować zarówno umowy zobowiązujące do osiągnięcia określonego rezultatu jak i te w przypadku których „sama czynność jako taka ma być charakterystycznym elementem treści świadczenia”⁹⁵⁷. Tym samym zaproponowana regulacja miałyby zastąpić obowiązujące obecnie przepisy dotyczące umów: o dzieło, roboty budowlane, zlecenie łącznie z tymi, o których mowa w art. 750 k.c.⁹⁵⁸. Takie rozwiązanie przywodzi na myśl wzorce brytyjskie, w ramach których, jak już wspomniano w niniejszej pracy funkcjonuje *contract for the supply of service*⁹⁵⁹ stanowiący potencjalnie zarówno źródło zobowiązania starannego działania jak i rezultatu. Jednakże, bardziej widoczne jest tu oparcie się na wzorcach w postaci DCFR, PEL SC, w których również zarzucono definiowanie usługi ograniczając się do wskazania przedmiotu regulacji obejmującego umowy zarówno o zobowiązanie rezultatu jak i starannego działania⁹⁶⁰.

W kwestii struktury projektu regulacji autorzy wskazali, że zawiera on część ogólną dla umów o świadczenie usług oraz uregulowania odnoszące się do poszczególnych typów umów⁹⁶¹. Pierwsza grupa przepisów ma mieć zastosowanie do wszystkich kontraktów mających za przedmiot usługi, a cechą drugiej jest obejmowanie jedynie przepisów modyfikujących ogólne reguły⁹⁶². Wobec tego należy zauważyć, że tym samym, z jednej strony podjęli się oni próby zrealizowania koncepcji L. Ogiegły, który już w połowie lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku postulował uzupełnienie przepisów księgi trzeciej k.c. o postanowienia mogące stanowić swoistą „przednawiasową”⁹⁶³ regulację znajdującą zastosowanie tylko i wyłącznie do umów o świadczenie usług, rozumianych szeroko, tj. tak jak w k.z.⁹⁶⁴. Natomiast z drugiej nawiązali do deklarowanego przez nich źródła inspiracji, tj. DCFR (choć analogiczne rozwiązania

⁹⁵⁶ *Ibidem*, s. 585

⁹⁵⁷ M. Pecyna, F. Zoll, Założenia projektu zobowiązań..., s. 71

⁹⁵⁸ *Ibidem*, s. 72

⁹⁵⁹ W rozumieniu art. 12(1) *Supply of Goods and Services Act 1982*.

⁹⁶⁰ Zob. np. art. 1:101 (2) DCFR

⁹⁶¹ M. Pecyna, F. Zoll, Założenia projektu zobowiązań..., s. 71

⁹⁶² *Ibidem*

⁹⁶³ Tytułem wzmianki można wspomnieć, że koncepcja ujęcia w odrębnym tytule kodeksu cywilnego „przepisów ogólnych o niektórych umowach o świadczenie usług” została zastosowana w jednym z projektów z lat 1947-1949. Zob. Z. Żabiński, Pojęcie zlecenia w projektach kodeksu cywilnego, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1963, nr 1, s. 13

⁹⁶⁴ L. Ogiegły, Zlecenie na tle kodeksowych umów o świadczenie usług, *Studia Iuridica Silesiana* 1985, t. 10

przyjęto również w PEL SC⁹⁶⁵). Rozdział I części C DCFR ma bowiem zastosowanie do kontraktów, na podstawie których usługodawca zobowiązuje się do świadczenia usługi drugiej stronie nazwanej klientem, w zamian za wynagrodzenie pieniężne⁹⁶⁶, a w szczególności do uregulowanych przepisami szczególnymi umowami: o roboty budowlane (*construction*), o przetworzenie (*processing*) przechowania (*storage*), o projektowanie (*design*), o udzielenie informacji lub porady (*information and advice*) i o leczenie (*treatment contract*)⁹⁶⁷ w takim zakresie w jakim przepisy szczególne nie przewidują rozwiązań odmiennych⁹⁶⁸. Ponadto, naczelnym założeniem struktury projektu jest przyjęcie takiego modelu prawa zobowiązań, który w swym centrum miałby „układy interesów stron charakterystyczne dla umowy o świadczenie usług”⁹⁶⁹, co stanowi realizację planów przedstawianych już w 2012 r.⁹⁷⁰. Przy tym wskazuje się wręcz, że „zobowiązaniem do świadczenia usług będzie każde zobowiązanie, które nie zostało wyłączone spod zakresu zastosowania tej regulacji”⁹⁷¹.

W części trzeciej opracowania prezentującego założenia projektu przedstawiono uwagi do części szczególnej przepisów o świadczeniu usług. Najistotniejszą kwestią, którą podniesiono w tym fragmencie jest odejście od koncepcji ztypizowania w ramach przepisów o usługach ogólnej umowy mającej zastosowanie do tych kontraktów, które nie stanowią bardziej wyspecjalizowanych stosunków obligacyjnych⁹⁷². W tym aspekcie ma miejsce zatem odejście od wspomnianych wcześniej rozwiązań przyjętych w DCFR i PEL SC. Można oczywiście zrozumieć dążenie do ustanowienia przepisów o możliwie najszerszym zakresie przedmiotowym znajdujących zastosowanie nie tylko do świadczenia usług w ramach stosunków kontraktowych, niemniej jednak brak ujęcia tych regulacji w obrębie nowego typu umowy nazwanej nie jest rozwiązaniem zasługującym na aprobatę. Odnosząc je do obecnego modelu prawa zobowiązań należy zauważyć, że odpowiadają one stanowi, który istniałby gdyby umowa sprzedaży, według autorów znajdująca się obecnie w centrum systemu, nie była uregulowana wprost a jedynie ogólnymi przepisami o przenoszeniu własności rzeczy.

⁹⁶⁵ Zob. art. 1:101 pkt 1 PEL SC i art. 101:1 pkt 2 PEL SC

⁹⁶⁶ IV. C. – 1:101(1)(a) DCFR

⁹⁶⁷ IV. C. – 1:101(2) DCFR

⁹⁶⁸ IV. C. – 1:103(b) DCFR

⁹⁶⁹ M. Pecyna, F. Zoll, Założenia projektu zobowiązań..., s. 72

⁹⁷⁰ M. Pecyna, F. Zoll, Założenia projektu struktury..., s. 27

⁹⁷¹ M. Pecyna, F. Zoll Regulacja świadczenia usług ..., s. 564

⁹⁷² Oprócz samej treści przepisów świadczy o tym zdanie „Koncentruje się na koncepcji zobowiązania do świadczenia określonej usługi, a nie na typologii umów.”. Zob. M. Pecyna, F. Zoll, Założenia projektu zobowiązań..., s. 72

Ostatnia czwarta część opracowania o założeniach projektu poświęcona jest propozycjom zmian i uzupełnień części ogólnej prawa zobowiązań. Modyfikacje te są wynikiem realizacji założenia zmiany koncepcji systemu z opartego na umowie sprzedaży (zasadniczo przewidującym model stosunku zobowiązaniowego polegający na jednorazowym świadczeniu w postaci przeniesienia prawa własności z majątku jednej strony do drugiej) na taki, którego punktem odniesienia są usługi, tj. opartym na świadczeniach „o wartości tworzonej w procesie ich spełniania.”⁹⁷³. Autorzy propozycji słusznie zauważają, że współcześnie przedmioty świadczenia stają się coraz bardziej złożone i – nawet w przypadku takich umów jak sprzedaż – „nasycone elementami świadczenia usług”, co sprawia, iż „prawo świadczenia usług” urasta do roli części ogólnej kontraktowego prawa zobowiązań⁹⁷⁴.

W dalszej części prezentacji dotychczasowych wyników prac nad rekodyfikacją polskiego prawa cywilnego zostaną przedstawione przepisy ogólne o świadczeniu usług, te o usługach dotyczących obiektu materialnego lub niematerialnego oraz propozycja uzupełnienia części ogólnej prawa zobowiązań.

VI.2.2 Przepisy ogólne o świadczeniu usług

W założeniach autorów przepisy ogólne projektu mają stanowić regulację wszelkich przypadków świadczenia usług nie objętych odrębnymi przepisami⁹⁷⁵. Oznacza to, że ich zakresu nie ograniczono do stosunków kontraktowych oraz, jak już wspomniano powyżej, że w treści tego opracowania nie zdecydowano się na stypizowanie umowy mającej za przedmiot usługi nie wpisujących się w zakres wyspecjalizowanych wzorców kontraktowych.

Inną kwestią zwracającą uwagę, ujętą już w pierwszym artykule projektu, jest dość niestandardowa konwencja terminologiczna. Mianowicie „zobowiązanie do świadczenia usługi” zdefiniowano jako „pracę wykonawcy niepodlegającą zwierzchnictwu zamawiającego”. Pomijając dość osobliwy sposób określenia stron tego stosunku zobowiązaniowego, poprzez zastosowanie, w gruncie rzeczy potocznych, określeń

⁹⁷³ M. Pecyna, F. Zoll, Założenia projektu zobowiązań..., s. 74

⁹⁷⁴ M. Pecyna, F. Zoll Regulacja świadczenia usług ..., s. 578

⁹⁷⁵ Zob. art. 1 § 1 w zw. z art. § 4 projektu. Projekt zobowiązań..., s. 75

„zamawiający” i „wykonawca”⁹⁷⁶, to zasadnicze zastrzeżenia wzbudza posłużenie się sformułowaniami „praca” oraz „niepodlegająca zwierzchnictwu”. Zastosowanie obu zakwestionowanych zwrotów budzi wątpliwości z uwagi na ich oczywiste związki z prawem pracy. Oczywiście dopuszczalne jest zastosowanie takiego słowa w odniesieniu do stosunków cywilnoprawnych (np. w kontekście tzw. zatrudnienia niepracowniczego), to jednak wobec możliwości posłużenia się znaną z art. 734 k.c. frazą „dokonania określonej czynności”, poczyniony wybór nie wydaje się najlepszy. Również „zwierzchnictwo” – które o ile autorom, przyświecało wyłączenie z zakresu regulacji stosunku pracy, powinno zostać opisane raczej jako „kierownictwo” – wydaje się być dość odległe od konwencji terminologicznych obowiązujących w cywilistyce czy prawie pracy. W tym kontekście należałoby stwierdzić, że o wiele lepszym rozwiązaniem byłoby posłużenie się wzorcami zastosowanymi w PEŁ SC⁹⁷⁷, gdzie wprost wyłączono stosowanie tego opracowania do umów służących nawiązaniu stosunku pracy⁹⁷⁸. Tym bardziej, że jeden z niedokończonych przepisów projektu tj. art. 1. § 4 zaczyna się od słów „przepisów niniejszego działu nie stosuje się do”, więc mógłby zostać stosownie uzupełniony o właściwe zastrzeżenie rozszerzone dodatkowo o – wskazywane w innych wypowiedziach cytowanych autorów – wyłączenie zobowiązań do świadczenia polegającego na przeniesieniu prawa, przeniesieniu posiadania albo do oddania przedmiotu do korzystania⁹⁷⁹. Ponadto, skutkiem takiego ujęcia istoty zobowiązania, będą wątpliwości dotyczące tego, czy pomimo przewidzianej w dalszych przepisach możliwości wydawania przez zamawiającego poleceń (art. 7) jakakolwiek ingerencja w

⁹⁷⁶ Połączenie tych dwóch określeń w ramach jednego stosunku prawnego świadczy o „wymieszaniu” kodeksowego nazewnictwa umowy o dzieło (zamawiający) i umowy o roboty budowlane (wykonawca), które wprawdzie ma swój precedens w języku prawnym tj. art. 2 pkt 11 i 12 ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej „P.z.p.”, ale w tym kontekście nie zasługuje na aprobatę. Podobna konwencja terminologiczna jest stosowana w języku potocznym w odniesieniu do umowy o dzieło, w przypadku której zamiast ustawowego pojęcia „przyjmującego zamówienia” używa się słowa „wykonawca” czy zwrotu „wykonawca dzieła”, ale to również nie stanowi okoliczności uzasadniającej jej dopuszczenie w regulacji kodeksowej realizującej założenia zaprezentowane przez autorów analizowanego projektu. Mając jednak na względzie, że projektowane przepisy mają dotyczyć również świadczenia usług poza stosunkami umownymi posługiwanie się określeniem „zamawiający” stanowi przejaw niekonsekwencji, ponieważ sugeruje powierzenie wykonania usługi, typowe raczej dla kontraktów, a pomija inne sytuacje w przypadku których może dojść do zastosowania tych przepisów (np. świadczenia usług w ramach wykonania przyrzeczenia publicznego).

W tej sytuacji bardziej zasadne byłoby posłużenie się określeniami usługobiorca i usługodawca, które po pierwsze nie mają ww. wad, a po drugie są używane w języku prawnym i prawniczym oraz, po trzecie, swym brzmieniem nie sugerują wyłączenie relacji kontraktowych.

⁹⁷⁷ Tytułem wzmianki można wspomnieć, że analogicznego wyłączenia nie poczyniono. W odpowiednim przepisie tego opracowania, tj. art. IV. C. – 1:102 wspomina się jedynie o umowach: transportu, ubezpieczenia, dostawy produktu, zabezpieczenia lub zapewnienia produktu finansowego albo usługi finansowej.

⁹⁷⁸ art. 101:1 pkt 5 PEŁ SC

⁹⁷⁹ M. Pecyna, F. Zoll, Regulacja świadczenia usług..., s. 564

sposób wykonania usługi jest dopuszczalna. Zawsze będzie można bowiem z perspektywy wykonawcy przedstawić zarzut próby poddania go „zwierzchnictwu” zamawiającego.

W ramach oceny wyłączeń z zakresu regulacji przepisów o usługach warto wspomnieć o zagadnieniu dyskutowanym w doktrynie w kontekście wcześniej przywołanego PEL SC. Jak już wskazywano w niniejszym opracowaniu w odniesieniu do wspomnianego opracowania stwierdzano, że powinno ono również uwzględniać sytuację usługodawców będących osobami fizycznymi prowadzącymi działalność gospodarczą na własny rachunek (tzw. *independent contractors*)⁹⁸⁰. Dlatego też właściwe byłoby rozważenie dodania postanowienia wskazującego, że osoby fizyczne osobiście świadczące usługi w warunkach zbliżonych do stosunku pracy korzystają z ochrony zagwarantowanej im odpowiednimi przepisami prawa, co *de lege lata* oznaczałoby m.in. odesłanie do art. 304 § 3 k.p.

W kolejnym paragrafie przepisu określającego zakres przedmiotowy odniesiono się do kwestii obowiązku spowodowania określonego rezultatu (art. 1 § 3). Wskazano w nim, że wykonawca jest zobowiązany do jego osiągnięcia, tylko jeżeli strony tak postanowią. To rozwiązanie również odbiega zarówno od treści DCFR i PEL SC oraz samo w sobie nie wydaje się być uzasadnione⁹⁸¹. W obu ww. opracowaniach uznano konieczność doprowadzenia do konkretnego rezultatu nie tylko wtedy, gdy zostało to wprost przewidziane przez strony, ale również wówczas gdy zaistnienie wspomnianego skutku było w sposób uzasadniony zakładane przez usługobiorcę, a jednocześnie nie zachodziły okoliczności na podstawie których można by było uznać, że zachodzi ryzyko nieosiągnięcia spodziewanego efektu⁹⁸². *Ratio legis* rozwiązań tego rodzaju jest dość oczywiste i stanowi zapewne reakcję projektodawców na faktyczne uwarunkowania

⁹⁸⁰ M. Freedland, Application of Labour and Employment Law beyond the Contract of Employment, *International Labour Review* 2007, vol. 146, i. 1/2, s. 11

⁹⁸¹ Nie jest zresztą wykluczone, że sami autorzy projektu skłaniają się do pewnej modyfikacji swojego podejścia do przedmiotowego zagadnienia. Mogłaby o tym świadczyć wypowiedź zawarta w jednym z ich późniejszych opracowań, w ramach której zauważyli, że zasadne jest wprowadzenie do regulacji świadczenia usług „uzupełniającej kategorii współkształtującej treść zobowiązania wykonawcy, to jest obowiązku starannego działania oraz obowiązku osiągnięcia określonego rezultatu”. Przy tym, zastrzegli, że nie sprowadzałoby się to do odzwierciedlenia w przepisach prawa polskiego dychotomicznego podziału zobowiązań inspirowanego dorobkiem doktryny francuskiej, lecz o przyjęcie założenia, że każda usługa powinna zostać wykonana z należytą starannością, lecz niektóre z nich dodatkowo powinny skutkować osiągnięciem rezultatu zastrzeżonego w treści zobowiązania. (Zob. M. Pecyna, F. Zoll, Regulacja świadczenia usług..., s. 564). Uzasadniając swój pogląd autorzy powołują się na stanowisko L. Ogiegły, który doszedł do podobnych wniosków co autorzy (L. Ogiegły, Usługi..., s. 220). Jednocześnie należy wspomnieć, że inaczej tę kwestię ujmuje A. Brzozowski stwierdzając, przeciwnie do ww. autorów, że wszystkie zobowiązania są w pewnym sensie zobowiązaniami rezultatu, a na ich tle możliwe jest wyodrębnienie „zobowiązań starannego działania” (A. Brzozowski, Zobowiązania. Część ogólna..., s. 113).

⁹⁸² Zob. art. IV. C. – 2:106(1) DCFR i art. 1:108 PEL SC.

świadczenia usług, w których to zazwyczaj usługodawca jest stroną lepiej zorientowaną co do okoliczności wykonania zobowiązania. Zatem przy uwzględnieniu rozbudowanych obowiązków informacyjnych za zasadne należy uznać rozwiązanie przerzucające skutki nieosiągnięcia rezultatu na usługodawcę. Podmiot ten jako bardziej kompetentny w zakresie oceny warunków, w których następuje nawiązanie analizowanego stosunku obligacyjnego w razie spodziewanej niemożliwości osiągnięcia skutku powinien wprost zastrzec taką możliwość w treści umowy albo w ogóle odstąpić od jej zawarcia w przypadku świadomości potencjalnego nieosiągnięcia zakładanego celu. Uznając słusność takiego rozwiązania, powodowanego koniecznością ochrony słabszych ekonomicznie stron stosunków prawnych, należałoby przychylić się do jego powielenia również w rodzimych regulacjach świadczenia usług.

Artykuł 2 projektu poświęcony jest „obowiązkom ostrzegawczym” wykonawcy, których należy dopełnić przed rozpoczęciem wykonywania umowy. Autorzy zauważają, że uregulowanie tych kwestii ma doniosłe znaczenie dla właściwego ustalenia treści zobowiązania oraz możliwości stwierdzenia jego wykonania albo naruszenia⁹⁸³. Jest tak, ponieważ, jeśli wykonawca naruszy swoje obowiązki w tym zakresie, to w razie wystąpienia ryzyka objętego tym obowiązkiem, będzie zobowiązany świadczyć usługę, zgodnie z umową zasadniczo bez możliwości jednostronnej zmiany treści zobowiązania – dopuszczalnej w razie wywiązania się z tej powinności⁹⁸⁴. Takie ujęcie tej materii sprawia, że treść zobowiązania ustalana jest nie tylko przed lub w momencie zawarcia umowy, lecz może być kształtowana już na etapie jej wykonywania zarówno wskutek działań na etapie jej realizacji, jak i zaniechań, które poprzedziły nawiązanie stosunku zobowiązaniowego⁹⁸⁵.

Zarówno w tytule jak i w treści art. 2 (jak również art. 3) mowa jest o obowiązkach „przedumownych”. Takie przedstawienie przedmiotowych zadań zdaje się być kolejnym przejawem niekonsekwencji autorów projektu, których intencją było oderwanie przepisów o świadczeniu usług od kontekstu kontraktowego.

Jakkolwiek zakres tych powinności, ujęty w § 1 i § 2 (wyłączenia) ww. przepisu, nie budzi zasadniczych wątpliwości, stanowiąc powtórzenie rozwiązań przewidzianych w DCFR⁹⁸⁶ i PEL SC⁹⁸⁷, to sposób wyrażenia niektórych obowiązków można uznać za

⁹⁸³ M. Pecyna, F. Zoll, Regulacja świadczenia usług..., s. 565

⁹⁸⁴ *Ibidem*, s. 567

⁹⁸⁵ *Ibidem*

⁹⁸⁶ Art. IV. C. – 2:102(1) DCFR, w zakresie wyłączeń art. IV. C. – 2:102(2) DCFR

dyskusyjny. W tym kontekście przede wszystkim należy zwrócić uwagę na art. 2 § 1 pkt 1. W postanowieniu tym wskazano, że przedumowny obowiązek ostrzegawczy wykonawcy zachodzi, w sytuacji gdy świadczenie może nie doprowadzić do osiągnięcia „celu usługi”, o którym wykonawca wiedział lub powinien był wiedzieć. W tym kontekście nie wydaje się, żeby „cel” oznaczał co innego niż wspomniany w art. 1 § 3 „rezultat”⁹⁸⁸. Jeśli przypuszczenia w tym zakresie okazałyby się słuszne, to zgodnie z obowiązującymi standardami w zakresie techniki prawodawczej⁹⁸⁹, należałoby dokonać stosownych korekt.

Jednym z aspektów przedkontraktowego obowiązku ostrzegania po stronie wykonawcy jest konieczność poinformowania zamawiającego „o potrzebie wykorzystania wiedzy biegłego koniecznej do należytego wykonania usługi.”⁹⁹⁰. To rozwiązanie nie ma swojego odpowiednika w postanowieniach DCFR i PEL SC. Z samego brzmienia tego przepisu dość trudno wywieść jakie jest jego *ratio legis*. Tym bardziej, że w treści przepisu mowa jest o konieczności „wykorzystania wiedzy biegłego” do należytego wykonania usługi. Skoro jest to związane z tym aspektem stosunku zobowiązaniowego, to powinność ta jest udziałem wykonawcy i w zasadzie trudno stwierdzić, dlaczego miałby o tym informować zamawiającego. Oczywiście może tak zrobić, ale wydaje się, że zachowałby się lojalnie wobec zamawiającego, gdyby tę informację zachował dla siebie, dokonując we własnym zakresie odpowiednich działań takich jak zapewnienie sobie odpowiedniego wsparcia ze strony biegłego i w kalkulowaniu jego wynagrodzenia w koszty świadczenia usługi. Przepis byłby bardziej zrozumiały, gdyby w jego treści odniesiono się nie do „należytego wykonania usługi”, ale możliwości stwierdzenia, że usługa została należycie wykonana przez osobę nieposiadającą do tego odpowiednich

⁹⁸⁷ Art. 1:103(1) PEL SC w zakresie wyłączeń art. 1:103(12) PEL SC

⁹⁸⁸ Konieczność precyzyjnego ujęcia tej kwestii powodują różne poglądy doktryny na analizowane zagadnienie. Wśród nich można zidentyfikować wypowiedzi, w których postuluje się odróżnienie celu zobowiązania od jego rezultatu (M. Romanowski, Zobowiązania rezultatu i starannego działania, *Przegląd Prawa Handlowego* 1997, Nr 2, s. 23-24) oraz te, w których rozróżnienie to jest kwestionowane – tak m.in. T. Dybowski, A. Pyrzyńska, [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5..., s. 182-183, G. Domański, *Koncepcja zobowiązań rezultatu i starannego działania a odpowiedzialność kontraktowa w prawie francuskim*, *Studia Cywilistyczne* 1972, t. XX, A. Brzozowski [w:] A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2013, s. 113.

⁹⁸⁹ Zgodnie z § 10 „Zasad techniki prawodawczej” do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. „Zasady techniki prawodawczej” stanowią załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (t.j. [Dz. U. z 2016 r. poz. 283](#)).

⁹⁹⁰ Zob. art. 2 § 3 projektu. Projekt zobowiązań..., s. 75 Przy tym należy wspomnieć, że przy formułowaniu tego przepisu, a także art. 2 § 4 dla opisanego obowiązków wykonawcy posłużono się czasownikiem „obowiązany” podczas gdy w większości pozostałych przepisów występuje zwrot „zobowiązany”. Podobne mankamenty terminologiczne charakteryzują obowiązujący k.c., w którym, nawet w księdze III, te dwa określenia występują naprzemiennie. Niemniej jednak przy okazji prac rekodyfikacyjnych powinny one zostać wyeliminowane.

kompetencji. W obecnym brzmieniu zastanawiające jest również, czy wykonawca, który dla oceny tego czy zobowiązanie zostało należycie wykonane potrzebuje biegłego rzeczywiście jest w stanie właściwie wywiązać się ze swoich obowiązków. Jakkolwiek koncepcja korzystania z usług biegłego przy wykonywaniu umowy jest stosowana *de lege lata*⁹⁹¹, to w tym przypadku należałoby, z uwagi na jej nowatorski charakter, starannie przedstawić motywy jej wprowadzenia, mając jednocześnie na uwadze, że angażowanie specjalistów tego rodzaju będzie znacznie podnosić koszty świadczenia usług.

Kolejny przepisem, który nie ma swojego odpowiednika w DCFR i PEL SC jest art. 2 § 4 wprowadzający obowiązek poinformowania wykonawcy o konflikcie interesów „zagrożającym wykonaniu usługi w wyłącznym interesie zamawiającego”. Przesłanką wystąpienia tego zagrożenia jest według brzmienia projektu „uwzględnienie interesu lub przekonań wykonawcy lub osoby trzeciej nieobjętych treścią zobowiązania”. Autorzy stwierdzają konieczność wprowadzenia rozwiązań zapobiegających konfliktowi interesów, ponieważ uznają go za okoliczność podważającą zaufanie do świadczącego usługę⁹⁹².

Brzmienie tego przepisu, w sposób oczywisty, nasuwa skojarzenia z tzw. klauzulą sumienia związaną z wykonywaniem zawodu lekarza⁹⁹³ i zapewne jest przejawem zastosowania techniki legislacyjnej określanej, przez autorów projektu, mianem „generalizacji” polegającej na „uogólnieniu jak największej liczby norm dostosowanych do świadczenia usług” poprzez ich przeniesienie z zakresu przepisów szczególnych do grupy przepisów ogólnych o świadczeniu usług⁹⁹⁴. Niemniej jednak wydaje się, że ilekroć zagrożenie, o którym mowa w tym przepisie, zostanie stwierdzone, to każdy lojalny wykonawca powinien powstrzymać się od zawarcia umowy albo wykonywania usług, jeśli obowiązek ich świadczenia miałby zostać na niego nałożony w inny sposób. Realizowanie interesów własnych czy osób trzecich w zakresie nieobjętym treścią zobowiązania, w gruncie rzeczy na koszt zamawiającego, nie wydaje się działaniem, które byłoby dopuszczalne w kontekście udziału w obrocie cywilnoprawnym. W tej sytuacji przerzucenie ciężaru podjęcia tej decyzji na zamawiającego, który z założenia ma

⁹⁹¹ Por. art. 761⁵ § 2 i 4 k.c., w których przewiduje się udział biegłego rewidenta albo biegłego wskazanego przez sąd przy ustalaniu prawidłowej wysokości prowizji.

⁹⁹² M. Pecyna, F. Zoll, Regulacja świadczenia usług..., s. 585

⁹⁹³ Zob. art. 39 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentyisty t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 617 z późn. zm.). Przepis ten powszechnie określany jest mianem „klauzuli sumienia” zob. np. W. Borysiak, Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05, Państwo i Prawo 2006, Nr 7, s. 114

⁹⁹⁴ M. Pecyna, F. Zoll, Założenia projektu zobowiązań..., s. 72

mniejsze rozeznanie okoliczności prowadzenia działalności danego rodzaju budzi uzasadnione wątpliwości⁹⁹⁵. Jednakże jako stwarzające możliwość niezawarcia umowy być może stanowi rozwiązanie trafne, choć z drugiej strony prowadzi również do refleksji czy rzeczywiście takie obowiązki zostaną w istocie przez wykonawców dochowane.

W treści projektu, w celu słusznego zrównoważenia praw i obowiązków obydwu stron stosunku zobowiązaniowego mającego za przedmiot usługi, przewidziano również obowiązki ostrzegawcze będące udziałem zamawiającego. W tym zakresie w art. 3 § 1 postanowiono, że „zamawiający powinien⁹⁹⁶ ostrzec wykonawcę przed zawarciem umowy o okolicznościach, o których zamawiający wiedział lub powinien był wiedzieć, jeżeli mogą one doprowadzić do naruszenia interesów wykonawcy, w szczególności wpłynąć na czas lub koszty wykonania usługi”. Jednocześnie w § 2 wyłączono tę powinność w odniesieniu do okoliczności, o których wiedział lub powinien był wiedzieć wykonawca. Takie ujęcie przedmiotowych kwestii jest wynikiem przyjęcia słusznego założenia (wzorem DCFR), że zakres obowiązków informacyjnych wykonawcy może być węższy – z uwagi na to, że wykonawca powinien posiadać odpowiednie kompetencje do oceny zasadności zaciągnięcia zobowiązania – i jako taki może zostać ograniczony do nadzwyczajnych okoliczności wpływających na termin spełnienia świadczenia i jego koszty⁹⁹⁷. Uzasadnieniem sposobu sformułowania regulacji w tym zakresie mogą być poglądy głównych autorów projektu na kwestie zasad współpracy pomiędzy stronami stosunku obligacyjnego mającego za przedmiot usługi. Zauważają oni, że obowiązek informacyjny po stronie zamawiającego zapewnia współpracę pomiędzy stronami już od etapu przedumownego, a jego zastrzeżenie jest konieczne z uwagi na to, iż przed rozpoczęciem świadczenia wykonawca nie ma pełnego wglądu w zakres okoliczności, które w tym momencie pozostają pod kontrolą drugiej strony⁹⁹⁸. Jednocześnie stanowi, to tańszy sposób wyposażenia zamawiającego w informacje umożliwiające należyte

⁹⁹⁵ Przy tym trzeba mieć na względzie, że jeżeli wykonywanie umowy w warunkach konfliktu interesów nie doprowadzi do powstania szkody, to być może, w świetle współczesnych poglądów, nie kwestionowane np. przez przedstawicieli doktryny. Zob. M. Łolik, Efektywne niewykonanie kontraktu, *Przegląd Prawa Handlowego* 2007, Nr 12, s. 50 i cyt. tam literatura, gdzie wskazano, że współcześnie w cywilistyce podkreśla się, że w niektórych jej dziedzinach „pierwiastek moralny schodzi niewątpliwie na dalszy plan rozważań”.

⁹⁹⁶ W treści przepisu zastosowano jeszcze jeden zwrot dla wyrażania obowiązku, czyli „powinien”, co wobec przemiennej stosowania „jest zobowiązany” albo „obowiązany” wprowadza dodatkowy nieporządek terminologiczny.

⁹⁹⁷ M. Pecyna, F. Zoll, *Regulacja świadczenia usług...*, s. 565

⁹⁹⁸ *Ibidem*

wykonania usługi, którego właściwe przeprowadzenie obniża dodatkowo ryzyko zaistnienia sporów pomiędzy stronami w przyszłości⁹⁹⁹.

Opisywane rozwiązanie również ma swój odpowiednik w DCFR i PEL SC, przy czym należy zwrócić uwagę, że w odniesieniu do przedmiotowej kwestii autorzy posłużyli się konstrukcją pochodzącą z drugiego z ww. dokumentów. W DCFR bowiem obowiązek informacyjny klienta jest rozszerzony poprzez objęcie jego zakresem również okoliczności mogących stworzyć zagrożenie w trakcie świadczenia usługi dla osób trzecich. Niewątpliwie, ze względu na konieczność dążenia do zwiększania bezpieczeństwa obrotu, ten aspekt obowiązku informacyjnego mógłby również zostać uwzględniony w ostatecznej wersji przepisów o świadczeniu usług. Poza tym niewykorzystano, przewidzianej zarówno w DCFR jak i PEL SC, szczegółowej propozycji uregulowania konsekwencji niewykonania przedkontraktowego obowiązku ostrzegania po stronie usługobiorcy obejmujące m.in. wskazanie dostępnych środków ochrony prawnej (roszczenie o odszkodowanie)¹⁰⁰⁰.

Następny, przepis tj. art. 4, dotyczy obowiązku starannego działania wykonawcy. Treść tego fragmentu zwraca uwagę dość lakonicznym przedstawieniem ujętej w nim problematyki, ponieważ sprowadza się ona jedynie do zastrzeżenia dochowania należytej staranności w stosunkach danego rodzaju. Postanowienie to przywodzi na myśl art. 355 § 1 k.c., którego brzmienie niewątpliwie zostanie powtórzone w przyszłym kodeksie cywilnym. Dlatego też wątpliwości budzi potrzeba umieszczenia tak ogólnego przepisu w regulacji poświęconej usługom, do której przecież znajdą zastosowanie ogólne przepisy prawa zobowiązań. W tym zakresie autorzy mogli zatem albo zrezygnować z odnoszenia się do tej kwestii albo skorzystać z rozwiązań zaproponowanych w DCFR i PEL SC, w których zagadnienie standardu staranności ujęte jest dość szeroko z uwzględnieniem takich jego aspektów jak: zobowiązanie się usługodawcy do zachowania wyższego standardu staranności niż przeciętnie wymagany, zobowiązanie się do zachowania standardów przyjętych przez organizację branżową, ograniczenia co do możliwości narzucenia standardu m.in. z uwzględnieniem okoliczności nieodpłatnego świadczenia usługi¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁹ *Ibidem*

¹⁰⁰⁰ art. IV. C. – 2:102(5) DCFR i art. 1:102(5) PEL SC

¹⁰⁰¹ art. IV. C. – 2:105 DCFR I art. 1:107 PEL SC

Kolejne postanowienie, czyli art. 6¹⁰⁰², poświęcone zostało zagadnieniu dostarczenia materiałów potrzebnych do wykonania usługi. Zastanawiające jest przypisanie tego obowiązku wyłącznie wykonawcy. Takie rozwiązanie należy ocenić jako zbyt kategoryczne. W proponowanych przepisach powinno przewidzieć się również inne ewentualności (dostarczenie materiałów przez zamawiającego, czy ewentualnie także przez osobę trzecią, np. podwykonawcę) oraz odpowiednio uregulować kwestię postępowania z powierzonymi materiałami. Jest to tym bardziej uzasadnione, że nawet w wypowiedziach głównych autorów projektów podnoszono, iż obowiązek dostarczenia materiałów jest jednym z przejawów specyfiki stosunków prawnych mających za przedmiot usługi, wymieniając go w tym kontekście wśród powinności przypisywanych obydwu stronom (tj. obowiązku współpracy oraz wykonania obowiązków informacyjnych i ostrzegawczych)¹⁰⁰³. Oczywiście właściwe propozycje w tym zakresie można odnaleźć w DCFR i PEL SC, gdzie m.in. w odniesieniu do kwestii korzystania z materiałów przez usługobiorcę przewiduje się analogiczną odpowiedzialność jak w przypadku niedochowania obowiązków informacyjnych na etapie wykonywania umowy¹⁰⁰⁴.

Artykuł 7 dotyczy kwestii poleceń zamawiającego. Już wcześniej sygnalizowano, że przepis ten nie jest wystarczająco spójny z definicją „świadczenia usług”, w której wspomina się o braku możliwości działania pod zwierzchnictwem zamawiającego. Niewątpliwie zagadnienie to powinno zostać ujęte bardziej precyzyjnie. Przemawia za tym przede wszystkim ranga, którą główni autorzy projektu przypisują tej instytucji. Jest ona postrzegana w kategoriach instytucji pozwalającej na ciągłe dostosowywanie zobowiązania do powstających lub zmieniających się okoliczności spełnienia świadczenia (obok uprawnienia stron do jednostronnej zmiany umowy w razie wystąpienia określonych okoliczności)¹⁰⁰⁵. W każdym razie sposób sformułowania regulacji w tym zakresie jest dość zbliżony do wzorców zawartych w DCFR i PEL SC¹⁰⁰⁶. W kontekście wskazania jego najważniejszych cech warto zwrócić uwagę na konieczność zastrzeżenia uprawnienia do wydawania poleceń w treści umowy, możliwość ich formułowania tylko wtedy, gdy jest to konieczne dla wykonania usługi czy też jest związane z koniecznością uściślenia treści zobowiązania świadomie niedookreślonego przez strony. Ponadto,

¹⁰⁰² W numeracji artykułów dopuszczono się błędu redakcyjnego polegającego na niezachowaniu jej ciągłości (po art. 4 następuje od razu art. 6).

¹⁰⁰³ M. Pecyna, F. Zoll, Regulacja świadczenia usług..., s. 579

¹⁰⁰⁴ art. IV. C. – 2:104(3) i (4) DCFR i art. 1:106 (3) PEL SC.

¹⁰⁰⁵ M. Pecyna, F. Zoll, Regulacja świadczenia usług..., s. 567

¹⁰⁰⁶ art. IV. C. – 2:107 DCFR i art. 1:109 PEL SC. W przepisach tych jednak zastosowano nieco inną konwencję terminologiczną, ponieważ mowa w nich jest o wskazówkach (*directions*), a nie poleceniach (*orders*).

przewidziano obowiązek ostrzeżenia zamawiającego o ryzykach związanych z wydaniem polecenia oraz skutki jego wykonania w sytuacji dopełnienia obowiązków informacyjnych przez wykonawcę.

Kolejne trzy przepisy, tj. art. 8, art. 9 i art. 10 poświęcone są różnym aspektom wystąpienia przeszkody należytego wykonania usługi. W tym kontekście należy zauważyć, że autorzy projektu, pomimo zastosowania w ww. postanowieniach wielu rozwiązań przedstawionych w DCFR i PEL SC, zdecydowali się na przyjęcie odmiennego sposobu ułożenia treści niż ten wykorzystany w ww. opracowaniach.

Pierwszy z przytoczonych powyżej przepisów, w § 1, zawiera dość oczywiste wskazanie, zgodnie z którym, jeżeli niemożliwość świadczenia usługi dotyczy tylko jej określonego zakresu, to usługa powinna być wykonywana w pozostałym, a wykonawca, z tym nierealizowanym, pod warunkiem odpowiedniego zabezpieczenia dotychczasowego stanu prac, może wstrzymać się do momentu otrzymania stosownych poleceń zamawiającego. Oczywiście zgodnie z § 2 o takich okolicznościach powinien zawiadomić drugą stronę. W tym kontekście mając na względzie sposób opisanie relacji kontraktowej, dla zwiększenia spójności tekstu, możnaby było dodać odpowiednie odniesienie do tego przepisu w treści art. 7 § 1 pkt 2, zgodnie z którym zamawiający może wydawać polecenie, jeżeli jest to konieczne do wykonania usługi. Skoro w opisywanym przepisie mowa jest o „należywym wykonaniu usługi”, to warto by było wspomnieć w postanowieniu o poleceniach, że mogą być one wydawane nie tylko dla umożliwienia świadczenia w ogóle, lecz również wtedy (w ograniczonej liczbie przypadków), gdy ma to służyć uzyskaniu wykonania należytego. Takie uzupełnienie mogłoby zostać dokonane poprzez dodanie w treści tego przepisu zwrotu w rodzaju „oraz w razie zajścia okoliczności, o których mowa w art. 8 § 1”.

Następny paragraf tego artykułu dotyczy sposobu postępowania w sytuacji niedochowania po stronie wykonawcy przedkontraktowych obowiązków informacyjnych, przy jednoczesnym braku poleceń ze strony zamawiającego, których konsekwencją byłyby „nadmierne trudności lub znaczna szkoda” w razie wstrzymania się ze świadczeniem usługi. W takiej sytuacji obowiązkiem wykonawcy jest spełnianie świadczenia metodą umożliwiającą w „najbardziej zbliżony sposób osiągnąć rezultat lub cel usługi, o którym wykonawca wiedział lub powinien był wiedzieć”, jednocześnie w tym zakresie odsyła się do przepisów „o dobrowolnym prowadzeniu cudzych spraw”, które zapewne będą odpowiednikiem obecnej regulacji o „prowadzeniu cudzych spraw

bez zlecenia”. Odnosząc się do treści tego przepisu, po raz kolejny należy zwrócić uwagę na zastosowanie dwóch dość zbliżonych zwrotów, czyli „celu” i „rezultatu” usługi, które – o ile nie zostały zastosowane wskutek uchybienia legislacyjnego – powinny zostać odpowiednio doprecyzowane w treści samego projektu, czy też jego uzasadnienia.

Poza tym w kontekście przesłanek umożliwiających zmianę sposobu świadczenia należy zwrócić uwagę na pewne nieścisłości. Po pierwsze jest ona możliwa, gdy wykonawca nie dopełni przedkontraktowych obowiązków informacyjnych, a jednocześnie warunkiem skorzystania z tego uprawnienia jest brak otrzymania poleceń od zamawiającego. W tej sytuacji należy zauważyć, że nieotrzymanie poleceń jest możliwe wówczas, gdy wykonawca nie dopełni obowiązku z art. 8 § 2 (poinformowanie o okolicznościach uniemożliwiających należyte wykonanie usługi). Sytuacja taka jest dość prawdopodobna, bo skoro określony wykonawca nie zrealizuje obowiązku przedkontraktowego ostrzegania, to może dopuścić się tego samego zaniechania w razie zaistnienia sytuacji wskazanej w art. 8 § 1. Wówczas mimo tego, że sam dopuścił się uchybienia będzie mógł na podstawie art. 8 § 4 uniknąć jego negatywnych skutków, ponieważ przepis ten dopuszcza wstrzymanie się ze spełnieniem świadczenia przez wykonawcę (w okolicznościach określonych w § 3), jeżeli byłoby to nadmiernie utrudnione nie wprowadzając żadnych dodatkowych ograniczeń. Takie rozwiązanie wydaje się być niezgodne z podstawowymi zasadami prawa cywilnego (np. wyrażonymi paremią *nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest*)¹⁰⁰⁷. Za mniej kontrowersyjne należy uznać postanowienia art. 8 § 5, w którym to wskazano, że w razie zaistnienia sytuacji opisanej w § 3 tego przepisu wykonawca powinien wstrzymać się ze spełnieniem świadczenia, gdy wymagałoby to nadmiernych kosztów. W tym kontekście w przeciwieństwie do „nadmiernych trudności” z § 4, które w opisywanych okolicznościach powinny zostać przewyżnione w ramach wyeliminowania skutków własnych uchybień (mimo że autorzy projektu zdają się być innego zdania), powstrzymanie się z wykonywaniem usługi ze względów finansowych wydaje się być właściwym rozwiązaniem. W takiej sytuacji zasoby znajdujące się w dyspozycji wykonawcy mogłyby zostać przeznaczone na pokrycie odszkodowania z tytułu niewykonania albo

¹⁰⁰⁷ Paremię tę można przetłumaczyć zwrotem „prawo nie ochrania sytuacji wytworzonych z działań bezprawnych” i uznaje się jak za wariację maksymy *ex iniuria ius non oritur*. Zob. J. Zajadło [w:] O. Nawrot, J. Opolski, S. Sykuna, K. Zeidler, N. Cieslewicz, J. Dmowski, Łacińska terminologia prawnicza, pod red. J. Zajadły, Warszawa 2013, s. 38 i cyt. tam literaturę.

niewłaściwego wykonania zobowiązania, co mogłoby być bardziej ekonomicznie efektywne niż świadczenie usługi w warunkach powodujących nadmierne koszty.

Przeszkody należytego wykonania usługi, w ujęciu zaproponowanym przez autorów projektu, mają bezpośrednie przełożenia na prawo wykonawcy do wynagrodzenia. Zagadnieniu temu poświęcono art. 9, w którego § 1 ustanowiono ograniczenia wysokości honorarium mające zastosowanie w sytuacji, w której wykonawca nie wstrzyma się ze spełnieniem swojego świadczenia. Punktem odniesienia dla zastosowanych limitów jest kwota należna wówczas, gdy okoliczności w postaci należytego wykonania usługi by nie wystąpiły. W zakresie należności, które powinny zostać wypłacone przez zamawiającego w powyżej wskazywanych warunkach mieszczą się dodatkowe nakłady poczynione na zabezpieczenie stanu prac albo na świadczenie usługi metodą „pozwalającą w najbardziej zbliżony sposób osiągnąć rezultat lub cel usługi” (art. 9 § 2). Mając na względzie, że te trudności mogą być bezpośrednio powiązane z niedopełnieniem obowiązków informacyjnych przez wykonawcę, odnosząc się do tych rozwiązań pozytywnie należy ocenić treść art. 9 § 3, który wyłącza możliwość żądania wynagrodzenia w razie nieprzekazania odpowiednich informacji zgodnie z art. 8 § 2. Niemniej jednak, żeby móc wyeliminować wszelkie zastrzeżenia, spośród tych które zostały sformułowane wobec art. 8 § 4, wydaje się, że sankcja to powinna mieć zastosowanie również w razie niedopełnienia analogicznych obowiązków na etapie przedkontraktowym.

Przechodząc, do art. 10 projektu, należy wskazać, że najdalej idącym uprawnieniem wykonawcy związanym z zaistnieniem przeszkody należytego wykonania usługi jest możliwość wypowiedzenia umowy w przypadku, gdyby pozostawanie w gotowości do świadczenia byłoby nadmiernie utrudnione oraz gdyby nie przewidziano odrębnego wynagrodzenia za pozostawanie w gotowości do świadczenia. W tym kontekście po raz kolejny należałoby zauważyć, że w intencji autorów zastosowanie komentowanych przepisów miało nie być ograniczone do stosunków kontraktowych. Posługiwanie się konstrukcją „wypowiedzenia umowy” jest zatem przejawem niekonsekwencji.

Analogiczne zastrzeżenie do powyżej sformułowanego można by było podnieść w wobec art. 11 poświęconego „jednostronnej zmianie umowy”. Nie ulega wątpliwości, że przedmiotowe uprawnienie kształtujące trzeba by było odnieść wprost do stosunku zobowiązaniowego, unikając tym samym rozdźwięku pomiędzy ogólnymi założeniami projektu, a jego konkretnymi postanowieniami. Mając na względzie charakter tego rozwiązania, za stosowne należy uznać jego wąskie ujęcie, które sprawia, że możliwość

zastosowania poddana jest licznym ograniczeniom. Wśród nich wskazano przede wszystkim cel usługi, interes zamawiającego oraz okoliczności w chwili dokonywania zmiany. Pierwsze ze wspomnianych pojęć dość precyzyjnie wyjaśniono wskazując jakie modyfikacje będą dopuszczalne. Odwołano się w tej kwestii do konieczności: osiągnięcia rezultatu, uwzględnienia ostrzeżeń wykonawcy o okolicznościach stanowiących przeszkodę należytego wykonania usług lub polecenia zamawiającego nieodwołanego pomimo ostrzeżenia przez wykonawcę o możliwości zaistnienia tych samych ryzyk, które powinny być przedstawione w ramach przedumownych obowiązków ww. strony. Wreszcie uzasadnieniem dokonania jednostronnej zmiany może być zaistnienie nadzwyczajnej zmiany stosunków w rozumieniu, które będzie określone w przepisach ogólnych o zobowiązaniach. Dwa ostatnie paragrafy opisywanego artykułu poświęcone są uprawnieniu do podwyższenia wysokości wynagrodzenia oraz przedłużeniu terminu wykonania zobowiązania, z których można skorzystać gdy odpowiednio wykonano prace nieobjęte treścią dotychczasowego zobowiązania albo dochowanie terminu byłoby nadmiernie utrudnione. Podsumowując, należy stwierdzić, że poza zasygnalizowanym na początku zastrzeżeniem, postanowienia te nie budzą wątpliwości. Ponadto, należy odnotować, że przewarżającej mierze oparte są na swoich odpowiednikach z DCFR¹⁰⁰⁸ i PEL SC¹⁰⁰⁹.

Kolejny przepis, czyli art. 12 poświęcony jest wypowiedzeniu umowy przez zamawiającego, którego konstrukcja odpowiada koncepcji przyjętej *de lege lata* dla umowy zlecenia, stanowiąc jego parafrazę rozłożoną na cztery paragrafy. W tym kontekście należałoby rozważyć, czy nie byłoby bardziej odpowiednie posłużenie się pojęciem „jednostronnego zakończenia umowy” z uwagi na to, że w zależności od treści zobowiązania niekiedy możliwe byłoby również zastosowanie konstrukcji odstąpienia, które niewątpliwie wpisuje się w zaproponowane powyżej ogólne określenie¹⁰¹⁰. Poza tym, jak również poza kilkakrotnie powtarzającym się – również w innych postanowieniach projektu – odwołaniem się do konstrukcji kontraktu, przy założeniu

¹⁰⁰⁸ Art. IV. C. – 2:109 DCFR

¹⁰⁰⁹ Art. 1:111 PEL SC

¹⁰¹⁰ Warto zwrócić uwagę, że w tym zakresie w opracowaniach stanowiących punkt odniesienia dla projektu posłużono się ogólnymi określeniami takimi jak *termination* (zob. np. IV. C. – 2:111 DCFR) i *cancelation* (zob. np. art. 1:115 PEL SC). Wynika to zapewne z przyjęcia w tych projektach jednolitej koncepcji ustania (*termination*) umowy właściwej systemom prawnym należącym do tradycji *common law* (zob. J. Rajski, Klauzule siły wyższej (*force majeure*) w kontraktach zawieranych w międzynarodowym obrocie gospodarczym, Przegląd Prawa Handlowego 1999, Nr 2, s. 3). Takie rozwiązanie wydaje się bardziej dostosowane do nowego ujęcia umów mających za przedmiot usługi. Mogą być one bowiem źródłem zarówno takiego zobowiązania, które czyni dany kontrakt podlegającym tylko odstąpieniu, jak i takiego, które sprawia, że można je tylko wypowiedzieć.

bardziej ogólnego charakteru tych przepisów, postanowienia te nie budzą innych zastrzeżeń. Przy tym można jednak zauważyć, że postanowienia DCFR i PEL SC są w tym zakresie bardziej precyzyjne, ponieważ np. regulują kwestie okoliczności uzasadniających wypowiedzenie (DCFR¹⁰¹¹) albo sposobu wynagrodzenia usługodawcy w sytuacji jednostronnego zakończenia umowy przez drugą stronę, który uwzględnia konieczność ochrony jego interesów ekonomicznych oraz specyfikę przyjętej konstrukcji świadczenia pieniężnego (PEL SC¹⁰¹²).

Art. 13 jest drugim przepisem, w którego treści posłużono się pojęciem „konfliktu interesów”. Podczas gdy, w pierwszym z nich (art. 2 § 4) dokonano definicji tego określenia i wyrażano obowiązek poinformowania o takich okolicznościach zamawiającego na etapie przedkontraktowym, to w kolejnym artykule rozciągnięto ten obowiązek na czas wykonywania umowy.

Ponadto, w następnym przepisie, czyli art. 14, wskazano skutek niewywiązania się z obowiązków informacyjnych przez wykonawcę w opisywanym zakresie. Jest nim możliwość skorzystania przez zamawiającego ze „środków ochrony prawnej z naruszenia zobowiązania”. Owo naruszenie zobowiązania zapewne będzie uregulowane w przepisach ogólnych prawa zobowiązań (niewykluczone, że na wzór Zasad Europejskiego Prawa Umów i DCFR), niemniej jednak należy zauważyć, że stanowi odstępstwo od tradycyjnej konwencji terminologicznej tej dziedziny prawa cywilnego. Przy tym odejście od „niewykonania albo niewłaściwego wykonania zobowiązania” na rzecz analizowanego określenia, stanowiącego nawiązanie do anglosaskiej koncepcji *breach of contract* wymagałoby odpowiedniego uzasadnienia wskazującego na przesłanki wprowadzenia takiej zmiany. Oczywiście nie należy go kwestionować, ponieważ po pierwsze staje się ono coraz bardziej popularne w nowszej doktrynie i orzecznictwie (dla określenia każdego przypadku zachowania dłużnika niezgodnego z treścią zobowiązania)¹⁰¹³, a po drugie odpowiada ono rozwiązaniom przyjmowanym w większości nowoczesnych kodyfikacji prawa cywilnego, tendencjom widocznym w regulacjach modelowych (takich jak DCFR,

¹⁰¹¹ Art. IV. C. – 2:111 DCFR

¹⁰¹² Art. 1:115 PEL SC

¹⁰¹³ T. Pajor, Odstąpienie od umowy z powodu naruszenia zobowiązania, [w:] Europeizacja prawa prywatnego, t. 2, pod red. M. Pazdana, W. Popiołka, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunara, Warszawa 2008, s. 120; M. Kuźniak, Umowne prawo odstąpienia z powodu istotnego naruszenia umowy, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2004, nr 2, s. 522.

Zasady Europejskiego Prawa Umów, Zasady UNIDROIT) oraz postanowieniom Konwencji wiedeńskiej (Dz. U. z 1997 r. Nr 45, poz. 286)¹⁰¹⁴.

VI.2.3 Przepisy o usługach dotyczących obiektu materialnego lub niematerialnego

Z uwagi na okoliczność objęcia zakresem niniejszej pracy również tych stosunków zobowiązaniowych, mających za przedmiot usługi, nieuregulowanych przepisami szczególnymi, których efektem jest osiągnięcie konkretnego rezultatu konieczne jest również odniesienie się do działu II tytułu o świadczeniu usług *projektu Zespołu Problemowego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego do spraw regulacji świadczenia usług*.

Pierwszą kwestią, która zwraca uwagę podczas analizy przepisów działu II jest uchybienie redakcyjne polegające na zdublowaniu numeracji przepisów działu I i II. W projekcie zastosowano numerację ciągłą podstawowych jednostek redakcyjnych, a pomimo to zarówno w pierwszym jak i w drugim pojawiają się artykuły 13 i 14.

Ponadto, podobnie jak w pierwszym dziale, założeniem jest odniesienie tych przepisów do wszystkich rodzajów zobowiązań mających za przedmiot usługi i tak samo jak w tamtym fragmencie projektu, również w tym, założenie to nie zostało konsekwentnie zrealizowane, ponieważ niektóre, zawarte w nim, postanowienia odwołują się do konstrukcji umowy, co z uwagi na przyjętą koncepcję nie powinno mieć miejsca.

Przechodząc do meritum, należy podkreślić, że zakres przedmiotowy analizowanych regulacji obejmuje te zobowiązania rezultatu, w ramach których zachodzi obowiązek spełnienia świadczenia polegającego na wykonaniu, zmianie, naprawie lub likwidacji obiektu materialnego lub niematerialnego. Takie ujęcie sprawia, że zaproponowane przepisy musiałyby zastąpić obecną regulację umowy o dzieło. Jednocześnie zwraca uwagę fakt, że ten sposób ujęcia regulacji stosunków zobowiązaniowych analizowanego rodzaju stanowi odejście od propozycji formułowanych w DCFR i PEL SC, w których wyróżnia się dwie odrębne umowy *Construction Contract* i *Processing Contract*. Regulacje zaproponowane w projekcie wydają się być połączeniem rozwiązań właściwych tym konstrukcjom sformułowanych jednocześnie w sposób zdecydowanie bardziej syntetyczny niż ten zastosowany w opracowaniach stanowiących punkt

¹⁰¹⁴ J. Jastrzębski, K. Pasko, Odstąpienie od umowy a dochodzenie kar umownych, *Przegląd Prawa Handlowego* 2015, Nr 1, s. 7

odniesienia. Ograniczenie treści tej propozycji sprawiło również, że trzeba ją uznać za fragmentaryczną, ponieważ odnosi się jedynie do wybranych aspektów tych stosunków zobowiązaniowych. Uregulowano w nim jedynie obowiązek zapewnienia dostępu do miejsca świadczenia usługi, strzeżenia obiektu przez wykonawcę, kontroli materiałów i narzędzi, zatwierdzenia wykonywania usługi, przejścia kontroli nad obiektem oraz zapłaty wynagrodzenia.

Kolejny przepis, tj. art. 14, dotyczy obowiązku zamawiającego w zakresie zapewnienia dostępu do miejsca świadczenia usługi. W przepisach DCFR i PEL SC dotyczących dwóch ww. kontraktów, ta powinność – wraz z obowiązkiem zapewnienia materiałów i narzędzi – jest przejawem ogólnego obowiązku współpracy po stronie klienta wskazanym jako konkretny przykład działań z niego wynikających¹⁰¹⁵. Odmienność rozwiązań przyjętych w projekcie częściowo można uzasadnić ujęciem obowiązku zapewnienia materiałów w przepisach działu I, w którym jednak pominięto kwestię narzędzi. Ponadto, powinność tę kategorycznie przypisano wykonawcy, podczas gdy w przepisach PEL SC i DCFR, zastrzeżono możliwość zapewnienia materiałów (odrębnie ujęto komponenty) i narzędzi przez klienta w takim zakresie w jakim jest to niezbędne. Niniejsza kwestia ma niewątpliwie charakter techniczny, a przez to drugorzędny, natomiast niewątpliwie należałoby rozważyć bardziej dobitne zastrzeżenie ogólnego obowiązku współpracy po stronie wykonawcy, z którego – tak jak to przewidziano w DCFR i PEL SC – powinny wynikać konkretne działania.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, na wskazany w art. 14 § 2, a nie mający swego odpowiednika w DCFR i PEL SC, obowiązek zapewnienia odpowiedniego dostępu do energii elektrycznej, wody, gazu i innych mediów, który uznano za przejaw zapewnienia dostępu do miejsca świadczenia usługi. Takie doprecyzowanie niewątpliwie można uznać za uzasadnione, ponieważ niejednokrotnie dostęp do wspomnianych zasobów jest równie ważny jak dostęp do samego miejsca świadczenia usługi, warunkując możliwość jej wykonania.

Następny przepis, czyli art. 15, wprowadzający obowiązek strzeżenia obiektu przez wykonawcę, stanowi zasadniczo powtórzenie rozwiązań przewidzianych w DCFR i PEL SC¹⁰¹⁶. Przy czym w projekcie rozszerzono go na materiały i inne przedmioty powierzone przez zamawiającego i zastrzeżenie jego komplementarności wobec przepisów ogólnych

¹⁰¹⁵ Zob. art. 2:102 i 3:102 PEL SC oraz art. IV. C. – 3:102 i IV. C. – 4:102 DCFR

¹⁰¹⁶ Zob. art. 2:103 i 3:104 PEL SC oraz art. IV. C. – 3:103 i IV. C. – 4:103 DCFR

(w DCFR i PEL SC takie zastrzeżenie odniesiono jedynie do przepisów ogólnych o świadczeniu usług). Takie rozwiązania również należy ocenić pozytywnie.

Artykuły 16 i 17, dotyczące odpowiednio kontroli materiałów i narzędzi oraz zatwierdzenia wykonywania usługi, mają swoje bezpośrednie odzwierciedlenie w jednym postanowieniu DCFR i PEL SC, które zastosowano w regulacjach *Construction Contract* i *Processing Contract*, a mianowicie w art. art. IV. C. – 3:103 i art. IV. C. – 4:104 DCFR oraz art. 2:105 i art. 3:106 PEL SC. Różnice są rezultatem połączenia postanowień dotyczących dwóch ww. kontraktów w jednym, według ujęcia zaproponowanego w projekcie. W tym kontekście przykładowo można wspomnieć o braku zastrzeżenia możliwości akceptacji w regulacji *Processing Contract*, które pojawia się w art. 17, odnoszącym się również do zmiany i naprawy obiektu. Ponadto w ww. przepisach DCFR i PEL SC nie przewidziano uprawnienia do odstąpienia od umowy przez zamawiającego w przypadku odmowy spełnienia świadczenia zgodnie z treścią zobowiązania pomimo odpowiednich wezwań zamawiającego.

Przedostatni przepis tego działu dotyczy przejęcia kontroli nad obiektem. Podobnie jak wiele wcześniej omówionych postanowień stanowi rezultat zaadaptowania rozwiązań zaproponowanych w DCFR i PEL SC¹⁰¹⁷. Różnica sprowadza się do zastosowania fikcji prawnej przejęcia kontroli nad obiektem w sytuacji nieuzasadnionej odmowy dokonania takiej czynności wprowadzonej w art. 18 § 3 projektu.

Ostatnie postanowienie poświęcone zostało zapłacie wynagrodzenia, którego możliwość żądania wyznacza moment przejęcia przez zamawiającego kontroli nad obiektem. Ten przepis również został oparty na DCFR i PEL SC¹⁰¹⁸. Zasadnicza różnica sprowadza się do bardziej szczegółowego ujęcia tej materii, w szczególności w pierwszym z opracowań wskazanych w zdaniu poprzedzającym, w którym przewidziano np. możliwość wstrzymania zapłaty części wynagrodzenia odpowiadającego nieukończonemu zakresowi usługi.

Podsumowując ten fragment prezentacji, należy zauważyć, że wykorzystanie tych postanowień będzie zależne od ostatecznej decyzji co do liczby i rodzaju umów nazwanych w ostatecznym projekcie nowego kodeksu cywilnego. Wydaje się jednak, że taka propozycja powinna przewidywać ogólnie ujętą umowę o dzieło, której przedmiotem byłoby właśnie wytworzenie albo przekształcenie obiektu zarówno materialnego jak i

¹⁰¹⁷ Zob. art. 2:106 i 3:107 PEL SC oraz art. IV. C. – 3:106 i IV. C. – 4:105 DCFR

¹⁰¹⁸ Zob. art. 2:107 i 3:108 PEL SC oraz art. IV. C. – 3:107 i IV. C. – 4:106 DCFR

niematerialnego, a inne rodzaje rezultatów możliwych do osiągnięcia wskutek wykonania usługi należałoby ująć w zakresie przedmiotowym przepisów umowy o usługi.

VI.2.4 Podsumowanie

Propozycje zespołu problemowego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego do spraw regulacji świadczenia usług można ocenić jako właściwe, w zakresie kierunku zmian regulacji dotyczących kontraktów mających za przedmiot usługi.

Oprócz tego, że wymagają one dopracowania pod względem redakcyjnym, zwraca uwagę najpoważniejszy mankament, jakim jest porzucenie – postulowanej na etapie prac koncepcyjnych – idei wprowadzenia nowego typu umowy mającej za przedmiot usługi nieuregulowanej innymi przepisami. Zastąpiono je przepisami dotyczącymi świadczenia usług nie tylko w ramach stosunków kontraktowych, co zresztą nie zostało dokonane konsekwentnie, ponieważ w wielu przepisach pozostawiono odniesienia do konstrukcji umowy, niepasujące w sposób oczywisty do wspomnianego założenia.

Autorzy propozycji uzasadniają sposób jej sformułowania koniecznością „uogólnienia jak największej liczby norm dostosowanych do świadczenia usług” oraz przebudowania systemu prawa zobowiązań tak, żeby w jego centrum „znalazły się w większym stopniu układy interesów stron charakterystyczne dla umowy o świadczenie usług”, co będzie jednocześnie stanowiło odejście od obecnego modelu dostosowanego od umowy sprzedaży¹⁰¹⁹.

Przeorientowanie prawa zobowiązań umownych z opartego na modelu sprzedaży na takie, dla którego punktem odniesienia są regulacje o świadczeniu usług, wydaje się być elementem szerszej zarysowanej wątpliwości co do zasadności posługiwania się koncepcją typizowania kontraktów, a przynajmniej ich niektórych kategorii¹⁰²⁰. Odejście od tradycyjnych rozwiązań cywilistycznych miało być w tym ujęciu reakcją na obserwowane przemiany technologiczne i społeczne znacznie wpływające na podstawowe założenia stanowiące oparcie dla prawa cywilnego¹⁰²¹. Wśród przykładów tych zjawisk wymienia się „dekonstrukcję tradycyjnego rozumienia umowy” (o czym ma świadczyć wprowadzenie do obrotu prawnego konsumenckiego prawa odstąpienia od umowy czy

¹⁰¹⁹ M. Pecyna, F. Zoll, Założenia projektu zobowiązań..., s.72

¹⁰²⁰ O konieczności przeprowadzenia, w ramach prac rekodyfikacyjnych, dyskusji o zachowaniu „podstawowych instytucji prawa cywilnego czy też całych jego obszarów w dotychczasowej treści” wspomina F. Zoll. Zob. F. Zoll, Czy należy..., s. 830

¹⁰²¹ F. Zoll, Czy należy..., s. 833

przyznanie indywidualnego uprawnienia konsumentowi do żądania unieważnienia umowy) zmieniające się „relacje siły między przedsiębiorcą a konsumentami” (czego przejawem jest możliwość przewyciężenia asymetrii informacyjnej, doświadczanej tradycyjnie przez konsumentów, dzięki odstępowi do nowych technologii i korzystających z nich rozwiązań, np. internetowych porównywarek cen, serwisów z opiniami o towarach i usługach, jak również zdolności organizowania się konsumentów, za pośrednictwem serwisów społecznościowych, na potrzeby wywierania wpływu na określonych przedsiębiorców np. poprzez bojkot ich produktów) oraz wzrost znaczenia prosumentów¹⁰²².

W tak opisanych uwarunkowaniach, przede wszystkim usługi jawią się, jako zagadnienie którego regulacja powinna być ujęta w sposób elastyczny i ogólny z uwagi na znaczną heterogeniczność świadczeń¹⁰²³. To zapewne skłania F. Zolla do wyrażenia poglądu o konieczności unikania typizowania m.in. umów mających za przedmiot wykonanie czynności mających, same w sobie, „zdolność tworzenia wartości”¹⁰²⁴.

Oczywiście, przyjęcie takiej koncepcji nie jest pozbawione podstaw, jednakże trzeba zauważyć pewne niespójności o zasadniczym charakterze. W tym kontekście zbyt radykalny wydaje się postulat pominięcia bezpośredniej regulacji umowy będącej najbardziej wyraźnym przejawem nowego modelu. Nie sposób przecież pominąć okoliczności, że w obecnym systemie, którego regulacje stanowią odzwierciedlenie rozwiązań właściwych umowie sprzedaży, nie zaniechano stypizowania tego kontraktu. Wobec tego, w nowym kodeksie również nie powinno zabraknąć najbardziej charakterystycznego typu stanowiącego wyraźny przejaw rozwiązań konstrukcyjnych całego systemu. Tym bardziej, że jak wykazano powyżej brak takiego modelu stanowi problem zarówno po stronie uczestników obrotu, jak i sądów.

Ponadto, należy zauważyć, że w wypowiedziach przedstawicieli doktryny zaangażowanych w prace zespołu problemowego można zidentyfikować argumenty przemawiające, w istocie, za koniecznością stypizowania umowy o świadczenie usług. Tytułem przykładu można przywołać stanowisko M. Pecyny, która zauważa, iż wobec zmieniających się funkcji prawa prywatnego oraz jego struktury konieczne jest przyjęcie

¹⁰²² F. Zoll, Czy należy..., s. 834-836 i cyt. tam lit.

¹⁰²³ F. Zoll, Czy należy..., s. 838

¹⁰²⁴ *Ibidem*. Przy czym sam autor zauważa, że zaproponowane przez niego stanowisko jest kontrowersyjne i przytacza liczne wypowiedzi przedstawicieli doktryny, którzy skłaniają się do bardziej tradycyjnego ujęcia tej problematyki w nowym kodeksie cywilnym.

takich regulacji, które będą kształtowały właściwe zachowania rynkowe w obliczu nowych okoliczności, takich jak rozwój technologii czy masowość pewnych umów powodującą ich standaryzację i wzrost znaczenia wzorców¹⁰²⁵. Wobec tego na potrzeby kształtowania właściwych postaw uczestników obrotu niewątpliwie właściwsze wydaje się wprowadzenie regulacji bezpośrednio opisujących dany model relacji kontraktowej niż jej wyrażanie w przepisach ogólnych, z których jego wywiedzenie będzie przekraczało możliwości przeciętnego adresata norm prawnych.

Przedmiotowa propozycja może stanowić jeden z wariantów podlegających ocenie w ramach dyskusji o ostatecznym kształcie zrekodyfikowanego polskiego prawa cywilnego, po jej dopracowaniu pod względem redakcyjnym oraz wyeliminowania zidentyfikowanych niespójności. Jednakże nawet wówczas nie będzie to wariant optymalny, za który na podstawie argumentów przedstawionych w niniejszej pracy należałoby uznać wprowadzenie nowego typu w postaci umowy o usługi.

¹⁰²⁵ M. Pecyna, Założenia regulacji zobowiązań..., s. 243

Rozdz. VII Argumenty uzasadniające wprowadzenie nowego typu umowy

VII. 1 Uwagi wprowadzające

VII.1.1 Sposób definiowania pojęcia usługi a określenie przedmiotu nowego typu umowy

Punktem wyjścia dla rozważań mających na celu przedstawienie znaczenia pojęcia usługi, na potrzeby przedstawienia propozycji wprowadzenia do kodeksu cywilnego, nowego typu umowy, mogą być ustalenia poczynione przez L. Ogiegłę. Wspomniany autor dokonał podsumowania dwudziestowiecznej i wcześniejszej literatury ekonomicznej oraz prawniczej. Efektem pierwszej z wymienionych syntez było zidentyfikowanie następujących twierdzeń charakteryzujących usługi:

- „1) usługa występuje w postaci czynności lub zespołu czynności;
- 2) usługa jest czynnością lub zespołem czynności, których efektem nie jest nowa postać uprzedmiotowiona (nowa rzecz, produkt);
- 3) usługa ma zdolność zaspokajania potrzeb ludzkich, a więc ma wartość użytkową;
- 4) usługa musi mieć wartość użytkową nie dla jej wykonawcy, ale dla innej osoby;
- 5) usługa jest ekonomiczną formą pracy, która jest konsumowana jako działalność;
- 6) usługę cechuje jednoczesność aktu wytworzenia i spożycia (usług nie można wytwarzać na zapasy);
- 7) usługa — analogicznie do towaru — ma określoną wartość;
- 8) usługa odzwierciedla określony typ stosunków społecznych i dlatego jest kategorią ekonomiczną.”¹⁰²⁶.

¹⁰²⁶ L. Ogiegło, Usługi..., s. 32-33

Konfrontując powyższe ustalenia z dorobkiem nauk ekonomicznych początku XXI w. należy stwierdzić, że nie poczyniono w tym obszarze znacznych nowych ustaleń, ponieważ – abstrahując od tego, iż w dalszym ciągu nie sformułowano jednej powszechnie akceptowanej definicji analizowanego pojęcia, to wyróżniane obecnie, w oparciu o najczęściej cytowane opracowania, cechy usług obejmują właściwości w zasadzie tożsame z wcześniej przytoczonymi, wśród których należy wymienić:

1) niematerialność – usługi ujmowane są jako „produkt niematerialny”, wytwarzany w wyniku podejmowania czynności oddziałujących na określony obiekt (np. produkt materialny) albo na człowieka;

2) zdolność tworzenia wartości dodanej – usługi postrzegane są jako tworzące nową wartość użytkową lub zwiększające wartość istniejącego dobra materialnego;

3) neutralność dla sfery stosunków własnościowych – korzystanie z usług nie wiąże się z nabyciem czegokolwiek, lecz ze zmianą cech usługobiorców (np. usługi osobiste takie jak leczenie, edukacja) bądź posiadanych przez nich dóbr (np. usługi naprawcze, instalacyjne)¹⁰²⁷.

Dokonując porównania zaprezentowanych syntez można zwrócić uwagę na akcentowaną wspólnie neutralność dla sfery stosunków własnościowych, a w zasadzie prawnorzeczowych, rozumianą jako niepowodowanie przenoszenia prawa własności do czegokolwiek. Wiąże się to zapewne z szerokim ujęciem sprzedaży w naukach ekonomicznych, które obejmuje przypadki niekiedy kwalifikowane w prawie cywilnym jako świadczenie usług (np. umowa o dzieło).

W ramach analizy ustaleń dokonywanych w ekonomii w odniesieniu do problematyki definiowania pojęcia usługi warto zwrócić uwagę na różne klasyfikacje definicji wspomnianego terminu. Jest to, o tyle istotne, że wśród możliwych typów objaśnień wyróżnia się „definicje negatywne” oparte na założeniu, że każda działalność, która nie polega na wywarzaniu dóbr materialnych stanowi świadczenie usług¹⁰²⁸. Warto zwrócić uwagę, że ta technika znajduje zastosowanie nie tylko w naukach ekonomicznych, lecz również w języku prawnym. W niniejszej pracy wskazano, że wykorzystano ją w m.in w prawie europejskim – zarówno pierwotnym (art. 57 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zgodnie z którym usługami są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są

¹⁰²⁷ A. Czubała, Usługi w gospodarce [w:] A. Czubała, A. Jonas, T. Smoleń, J.W. Wiktor, Marketing usług, Warszawa 2012, s. 14-15 i cyt. tam literatura

¹⁰²⁸ Wyróżnienia tej kategorii w kontekście przeglądu różnych definicji pojęcia usługi dokonała M. Daszkowska. Zob. M. Daszkowska, Usługi. Produkcja, rynek, marketing, Warszawa 1998, s. 18-20

objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób) jak i wtórnym (dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym, która jednak w zakresie znaczenia analizowanego pojęcia odsyła do właściwego przepisu Traktatu). Ponadto kategoria usługi ma istotne znaczenie w dziedzinie regulacji dotyczących zamówień publicznych. Nawet w nauce prawa cywilnego zwraca się uwagę, że w tej sferze obrotu prawnego obowiązuje szczególne znaczenie analizowanego pojęcia¹⁰²⁹. Jest ono zdecydowanie szersze niż to przyjęte w doktrynie cywilistycznej, ponieważ ujmuje w tej kategorii wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy oznaczające „nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację”¹⁰³⁰. Z metody tej korzysta się również w opracowaniach powstających w ramach procesu ujednolicania europejskiego prawa cywilnego. Przejawem tego są PEL SC, których rozdział pierwszy znajduje zastosowanie do „nienazwanych” umów o świadczenie usług rozumianych jako te, do których nie stosuje się do pozostałych rozdziałów.

Natomiast, w polskiej nauce prawa cywilnego uznaje się, że usługa¹⁰³¹ jest świadczeniem polegającym na działaniu, w rozumieniu art. 353 § 2 k.c., będącym czynieniem (*facere*), nie obejmującym przeniesienia prawa własności rzeczy (*dare*)¹⁰³², wobec czego niekiedy wyłącza się z tej kategorii wykonanie dzieła¹⁰³³. Podkreślić należy, że wyklucza się z zakresu tego pojęcia również zaniechania (*non-facere*)¹⁰³⁴. Istotnym elementem definicji zaproponowanej przez L. Ogiełtę, oprócz wskazanych powyżej elementów, jest konieczność ujęcia danego świadczenia jako usługi w przepisach normujących dany typ zobowiązania¹⁰³⁵. Niekiedy jednak proponuje się również przyjęcie szerszego znaczenia tego określenia, sformułowanego na podstawie reguł znaczeniowych języka powszechnego, które obejmowałyby wszelkie czynności (działania) spełniane na rzecz innej osoby¹⁰³⁶.

¹⁰²⁹ Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 156

¹⁰³⁰ Zob. art. 2 pkt 10 P.z.p. Do definicji sformułowanej we wspomnianej ustawie odsyła również art. 2 pkt 9 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r. Nr 19 poz. 1920).

¹⁰³¹ W odniesieniu do pojęcia usługi stwierdza się również, że nie zostało ono ściśle zdefiniowane w k.c. Tak Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania...*, s. 155

¹⁰³² L. Ogiełto, *Usługi...*, s. 105-106

¹⁰³³ L. Ogiełto, *System...*, s. 452

¹⁰³⁴ L. Ogiełto, *Usługi...*, s. 106

¹⁰³⁵ *Ibidem*, s. 108

¹⁰³⁶ Tak Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania...*, s. 155

Wśród cech charakterystycznych usługi jako świadczenia wymienia się również brak przedmiotu świadczenia, ponieważ w tym przypadku dobrem skłaniającym wierzyciela do nawiązania stosunku zobowiązaniowego jest samo zachowanie się dłużnika¹⁰³⁷. Przy czym, trzeba jednak wspomnieć o ujęciu alternatywnym, w ramach którego dostrzega się możliwość uznania za przedmiot usługi konkretnej rzeczy (np. w przypadku przewozu, którego będzie to przewożona rzecz) albo nawet konkretnego podtypu usługi (np. w przypadku przewozu przedmiotem będzie sam przewóz rozumiany jako typ usługi)¹⁰³⁸. Jak się wydaje stwierdzona rozbieżność nie ma większego znaczenia praktycznego, a wynika z odmiennego rozumienia pojęcia przedmiot. W pierwszym przypadku utożsamione jest ono z przedmiotem materialnym, który jest zapewniany wierzycielowi przez dłużnika w ramach spełnienia świadczenia¹⁰³⁹, natomiast w drugim ów przedmiot to sam przedmiot materialny, którego zachowanie dłużnika dotyczy albo samo zachowanie się dłużnika. Zatem doprecyzowując wskazane powyżej twierdzenie cechą charakterystyczną usług jest brak przedmiotu świadczenia – rozumianego jako rzecz albo prawo, które wierzyciel obejmie (np. wskutek przeniesienia własności) – w rezultacie jego spełnienia przez dłużnika¹⁰⁴⁰.

Za L. Ogiegłą należy zwrócić uwagę na okoliczność stosowania w k.c. pojęcia usługi w różnych znaczeniach. W tym kontekście można wyróżnić dwie grupy przepisów, a w zasadzie przeciwstawić art. 750 k.c. innym artykułom, w którym posłużono się przedmiotowym wyrażeniem. Wśród tych postanowień trzeba wymienić art. art. 395 § 2 zd. 2, 794 § 1 k.c., 846 § 1, 849 § 1, 850, 851, 852 § 1 k.c.¹⁰⁴¹. L. Ogiegło zauważa, że chociaż na podstawie wskazanej materii ustawowej nie można precyzyjnie określić treści i zakresu pojęcia „usługa” w ujęciu k.c., to jednak można podjąć próbę zidentyfikowania istoty tego określenia¹⁰⁴². W odniesieniu do pierwszego z wymienionych przepisów zauważa się, że tylko na jego podstawie można stwierdzić, że analizowane wyrażenie nie obejmuje, ani wydania, ani używania rzeczy¹⁰⁴³. Poza tym podnosi się, że analizowane wyrażenie jest stosowane

¹⁰³⁷ T. Dybowski, A. Pyrżyńska, System..., s. 174, W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, Zobowiązania. Zarys wykładu, Warszawa 2007, s. 54

¹⁰³⁸ L. Ogiegło, Usługi..., s. 106

¹⁰³⁹ T. Dybowski, A. Pyrżyńska, System..., t. 5, s. 174

¹⁰⁴⁰ Takie ujęcie wyklucza z kategorii usług świadczenie wykonawcy w ramach umowy o dzieło, która bywa klasyfikowana jako umowa mająca za przedmiot usługi.

¹⁰⁴¹ L. Ogiegło nie wspomina o innych kontekstach takich jak art. 95 k.c. (wskazanie kręgu kontrahentów, którym może, w ramach domniemanego umocowania, składać oświadczenia woli osoba czynna w lokalu przedsiębiorstwa), art. 577 § 1 k.c. (wskazanie zakresu obowiązków gwaranta, którym może być m.in. zapewnienie innych usług niż naprawa) oraz art. 764^o § 1 k.c. będący przepisem wprowadzonym po wydaniu cytowanej pracy (wskazanie istoty ograniczenia działalności konkurencyjnej byłego agenta, który może obejmować usługi stanowiące przedmiot rozwiązanej umowy agencyjnej).

¹⁰⁴² L. Ogiegło, Usługi..., s. 77

¹⁰⁴³ Tak Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, Zobowiązania..., s. 155

wówczas, gdy trudno byłoby zwięźle określić zachowanie dłużnika przy użyciu terminologii służącej opisaniu przedmiotu poszczególnych umów nazwanych oraz wtedy, gdy nie wspomina się o zachowaniach wymaganych w ramach umów typowych¹⁰⁴⁴. Na tej podstawie można uznać, że w ujęciu k.c. usługą nie są świadczenia polegające na zapłacie ceny albo wynagrodzenia, przeniesieniu praw albo oddaniu rzeczy lub prawa do czasowego używania innej osobie¹⁰⁴⁵.

Szczególne znaczenie wyrażenia „usługa” trzeba stwierdzić w odniesieniu do art. 750 k.c. W doktrynie przyjmuje się, że przepis ten dotyczy wyłącznie usług polegających na dokonywaniu czynności faktycznych, przy czym odnosi się to tylko do takich działań, które nie mogą być objęte przepisami o umowie agencyjnej, umowie rachunku bankowego, umowie przechowania albo umowie składu¹⁰⁴⁶. Poza tym nie dotyczy kontraktów mogących zobowiązywać do świadczenia czynności prawnych tj. umowy zlecenia, spedycji, komisji. Wszystkie powyżej wskazane umowy można scharakteryzować jako nazwane umowy o świadczenie usług¹⁰⁴⁷.

Przykładowe wyliczenie umów wpisujących się w zakres przedmiotowy art. 750 k.c. oparte na stanowisku aktualnej doktryny i orzecznictwa przedstawił L. Ogiegło ujmując w ramach tej kategorii m.in. umowy o pełnienie nadzoru nad czynnościami osób trzecich (np. umowa o nadzór inwestorski lub autorski), umowy o zebranie (opracowanie) określonych informacji i ich udostępnienie oraz umowy o udostępnienie posiadanej dokumentacji niemającej charakteru sekretnego, umowy o nauczanie lub wychowanie (w tym umowy o udzielanie korepetycji i prowadzenie wykładów), umowy o usługi medyczne lub pielęgnacyjne (z wyłączeniem niektórych zabiegów operacyjnych i medyczno-technicznych), umowy o naprawę lub konserwację przedmiotów (w tym umowy o dokonanie przeglądu technicznego pojazdu), umowy o prace geologiczne o charakterze wyłącznie poszukiwawczym, umowy o podejmowanie aktów kontroli (umowy o kontrolę, w ramach których wyróżnia się kontrakty mające za przedmiot wykonanie ekspertyzy albo przeprowadzenie kontroli jakościowej), umowy o czynności pośrednictwa bądź reklamy, umowy o niektóre usługi w dziedzinie turystyki (z wyłączeniem umów o wycieczkę lub wczasy), umowy o niektóre usługi w dziedzinie transportu (np. umowa wazenia regulowana

¹⁰⁴⁴ L. Ogiegło, *Usługi...*, s. 77-78

¹⁰⁴⁵ *Ibidem*, s. 78

¹⁰⁴⁶ L. Ogiegło, *System...*, s. 452

¹⁰⁴⁷ L. Ogiegło, *Usługi...*, s. 83

przepisami kolejowego prawa przewozowego), umowy o ochronę osób lub mienia, umowy o utrzymanie, pielęgnowanie, wychowanie, nauczanie oraz umowy pośrednictwa zwykłego¹⁰⁴⁸.

Od kategorii nazwanych umów o świadczenie usług należy odróżnić umowy o świadczenie usług rozumiane jako „umowy odnoszące się do świadczenia usług”¹⁰⁴⁹ będące kategorią szerszą, bo obejmującą oprócz wcześniej wskazanych, również kontrakty określane mianem „umów o rezultat usługi”, przeciwstawianych „umowom o staranne wykonanie usługi”¹⁰⁵⁰, obejmujące również umowę o dzieło i umowę o roboty budowlane.

Podsumowując powyższą prezentację należy wskazać, że w ramach przedstawionej w niniejszej pracy propozycji ujęcia umowy o świadczenie usług jako alternatywy dla art. 750 k.c. usługi będą oznaczały czynności nie objęte zakresem nazwanych umów odnoszących się do świadczenia usług. Wynika to stąd, że w pozostałych przypadkach właściwe będzie stosowanie regulacji odnoszących się do konkretnego typu.

VII.1.2 Świadczenie usług a zobowiązania starannego działania i rezultatu

Przesłanką uzasadniającą zaproponowanie nowego typu umowy są trudności w stosowaniu obecnych przepisów do takich zagadnień jak odpowiedzialność dłużnika za osiągnięcie określonego rezultatu, dopuszczalność zastrzeżenia takiego obowiązku w treści umowy w kontekście właściwości (natury) zobowiązania oraz kwestia ciężaru dowodu w sytuacji niedoprowadzenia do zaistnienia wspomnianego rezultatu. Wszystkie te problemy analizowane są w ramach sporu, co do słuszności dzielenia zobowiązań na „zobowiązania rezultatu” i „zobowiązania starannego działania” (niekiedy określane również mianem „zobowiązań należytej staranności”).

W kontekście przywołania ww. podziału zobowiązań warto wspomnieć o kontrowersjach dotyczących tego zagadnienia znajdujących odzwierciedlenie w polskiej literaturze prawniczej. Za źródło tej klasyfikacji uznaje się doktrynę i prawo francuskie¹⁰⁵¹. Jednakże

¹⁰⁴⁸ L. Ogiełło, System..., s. 458-459

¹⁰⁴⁹ Takim określeniem posłużono się w Systemie prawa prywatnego oraz podręczniku Z. Radwańskiego i J. Panowicz-Lipskiej. Zob. odpowiednio A. Brzozowski, J. Frąckowiak, W. J. Katner, J. Napierała, M. Nesterowicz, L. Ogiełło, A. Olejniczak, J. Pisuliński, E. Rott-Pietrzyk, M. Stec, L. Stecki, A. Stelmachowski, J. Strzępka, System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, t. 7, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2004 oraz Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, Zobowiązania...

¹⁰⁵⁰ A. Brzozowski [w:] A. Brzozowski, J. Frąckowiak, W. J. Katner, J. Napierała, M. Nesterowicz, L. Ogiełło, A. Olejniczak, J. Pisuliński, E. Rott-Pietrzyk, M. Stec, L. Stecki, A. Stelmachowski, J. Strzępka, System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, t. 7, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2004, s. 319

¹⁰⁵¹ G. Domański, Z problematyki podstawowych założeń odpowiedzialności cywilnej dłużnika (art. 471 k.c.), Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny 1973, nr 2, s. 149; G. Domański, Koncepcja zobowiązań

zauważa się również, że pierwowzór przedmiotowego rozróżnienia można zidentyfikować w prawie rzymskim, w którym operowano pojęciami *obligationes bonae fidei* (zobowiązania dobrej wiary) i *obligationes stricti iuris* (zobowiązania ścisłego prawa)¹⁰⁵². Kryterium podziału leżące u podstaw tej dychotomii stanowił rodzaj odpowiedzialności. W przypadku pierwszego z ww. stosunków zobowiązaniowych, którego przykładem było zobowiązanie mające za źródło *mandatum*, dłużnik odpowiadał za szkody powstałe z jego winy (*dolus* lub *culpa*), a także za niedołożenie należytej staranności¹⁰⁵³. Natomiast, dłużnik będący stroną zobowiązania zaklasyfikowanego do drugiej grupy, odpowiadał także wtedy, gdy nie można było mu przypisać winy, tj. np. również w razie wystąpienia szkód przez przypadek czy wskutek działania osób trzecich, takiego jak kradzież przedmiotu umowy¹⁰⁵⁴. Podstawą odpowiedzialności w takiej sytuacji był obowiązek strzeżenia rzeczy (*custodia*) albo obowiązek osobistego wykonania dzieła podjęty ze względu na własne umiejętności, który w razie jego niedochowania oznaczał tzw. *imperitia* (brak doświadczenia, nieumiejętność)¹⁰⁵⁵.

W doktrynie francuskiej klasyfikacja opierająca się na dychotomii zobowiązań rezultatu (*obligations de résultat*) i zobowiązań starannego działania (*obligations des moyens*)¹⁰⁵⁶ została wypracowana w ramach próby rozstrzygnięcia sporu co do zasad odpowiedzialności dłużników w reżimie kontraktowym¹⁰⁵⁷. W systemie tym nie było wiadomo jakie są przesłanki odpowiedzialności dłużnika w sytuacji, gdy niewykonanie zobowiązania nie było związane z jego winą, a okoliczności zewnętrzne mogące wywołać taki skutek (wypadki losowe, siła wyższa czy działanie z wyłącznej winy wierzyciela lub osoby trzeciej) nie zostały stwierdzone¹⁰⁵⁸. Z jednej strony obowiązywał art. 1147 *code civil*, zgodnie z którym niewykonanie albo niewłaściwe wykonanie zobowiązania powodowało odpowiedzialność dłużnika, chyba że był w stanie wykazać, że okoliczności te zaszły wyłącznie wskutek

rezultatu i starannego działania a odpowiedzialność kontraktowa w prawie francuskim, *Studia Cywilistyczne* 1972, t. XX, s. 169 i n.; M. Romanowski, *Zobowiązania rezultatu i starannego działania*, *Przegląd Prawa Handlowego* 1997, Nr 2, s. 20; J. Jastrzębski, *O umownych modyfikacjach podstawy odpowiedzialności dłużnika*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2007, nr 3, s. 811; A. Brzozowski [w:] *Zobowiązania. Część ogólna...*, s. 113.

¹⁰⁵² M. Romanowski, *Zobowiązania rezultatu i starannego działania*, *Przegląd Prawa Handlowego* 1997, Nr 2, s. 20 i cyt. tam literatura

¹⁰⁵³ *Ibidem*

¹⁰⁵⁴ *Ibidem*

¹⁰⁵⁵ *Ibidem*

¹⁰⁵⁶ Warto również wspomnieć o trzeciej kategorii zobowiązań określanych mianem *obligation de moyens renforcée*, w ramach której chociaż dłużnik zobowiązany jest do świadczenia z należyłą starannością, to zakłada się domniemanie niedochowania tego obowiązku, jeśli niewłaściwie spełniono świadczenie. W takiej sytuacji ciężar dowodu przechodzi na dłużnika tak jak przy zobowiązaniach starannego działania. Zob. K. Zweigert, H. Kötz, *op. cit.*, s. 501

¹⁰⁵⁷ G. Domański, *Koncepcja zobowiązań rezultatu i starannego działania a odpowiedzialność kontraktowa w prawie francuskim*, *Studia Cywilistyczne* 1972, t. XX, s. 174-175

¹⁰⁵⁸ *Ibidem*

zdarzeń losowych (*cas fortuit*) albo siły wyższej (*force majeure*), a z drugiej art. 1137 *code civil* ustanawiający nakaz świadczenia z troską właściwą dobremu ojcu rodziny (*tous les soins d'un bon pere de famille*)¹⁰⁵⁹. Z czasem w praktyce orzeczniczej sądów pierwszy z wymienionych przepisów zaczęto stosować w odniesieniu do zobowiązań rezultatu, a drugi do zobowiązań starannego działania¹⁰⁶⁰. Natomiast w doktrynie w odniesieniu do przedmiotowego zagadnienia wypracowano dwa przeciwstawne kierunki: monistyczny (odpowiedzialność zależy wyłącznie od winy) i dualistyczny (odpowiedzialność może być ponoszona również na zasadzie ryzyka, więc dla jej przypisania konieczne jest jedynie stwierdzenie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania), zaproponowanie ww. dychotomicznego podziału zobowiązań miało stanowić sposób wskazania sytuacji, w których dłużnik ponosi odpowiedzialność obostrzoną (obiektywną)¹⁰⁶¹. Miało to miejsce wówczas, gdy umowa stanowiła źródło zobowiązania rezultatu, ponieważ wówczas dłużnik, w związku z ujęciem rezultatu w jej treści, brał na siebie ryzyko poniesienia konsekwencji zaistnienia okoliczności uniemożliwiających mu spełnienie świadczenia, chyba że możliwe byłoby wykazanie przesłanek egzoneracyjnych¹⁰⁶². Zwolennicy drugiego kierunku również zaakceptowali ten podział uznając jednak, że wobec ujęcia rezultatu w treści zobowiązania, jego nieosiągnięcie stanowi o winie dłużnika¹⁰⁶³.

Stosowanie podziału zobowiązań na zobowiązania rezultatu i starannego działania nie jest wyłącznie cechą systemów prawnych przynależących do kultury prawa stanowionego. Również w porządkach z rodziny *common law* używa się tej klasyfikacji na potrzeby zarówno stosowania jak i opisywania prawa. Odpowiednie przykłady można zidentyfikować w orzecznictwie i literaturze amerykańskiej. Jak już wspomniano w kontekście opisu amerykańskich rozwiązań w zakresie świadczenia usług wyróżnia się *efforts contract*, które można przyrównać do umów o zobowiązanie starannego działania oraz *contracts for a result*, które wydają się być odpowiednikiem umów o zobowiązanie rezultatu¹⁰⁶⁴. Przy tym podobnie jak w systemach prawnych należących do kultury *civil law* posługiwanie się tą dychotomią uznaje się za problematyczne. Za przykład takiej trudności podaje się zaklasyfikowanie umowy o doradztwo, co do której istnieją wątpliwości czy jej przedmiotem jest dostarczenie właściwej porady czy też nakład pracy (czas i dokonanie oceny sytuacji) poświęcony na jej

¹⁰⁵⁹ K. Zweigert, H. Kötz, *op. cit.*, s. 501

¹⁰⁶⁰ *Ibidem*

¹⁰⁶¹ M. Romanowski, *Zobowiązania...*, s. 20 i cyt. tam literatura

¹⁰⁶² *Ibidem*

¹⁰⁶³ *Ibidem*

¹⁰⁶⁴ R. T. Nimmer, *Intangibles Contracts...*, s. 1344

sformułowanie¹⁰⁶⁵. Podobnych problemów doświadcza amerykańskie sądownictwo w kontekście konieczności zakwalifikowanie umowy o przetwarzanie danych (*data processing contract*), w odniesieniu do której stwierdza się, że stanowi ona źródło zobowiązania wymagającego jednoczesnego zaangażowania osobistych umiejętności i pracy oraz materiałów, wyposażenia i czasu¹⁰⁶⁶.

Przedmiotowa klasyfikacja jest również przywoływana w doktrynie amerykańskiej na potrzeby ustalenia zakresu odpowiedzialności świadczącego usługi w ramach koncepcji *implied warranties*. Pierwotnie w prawie precedensowym powszechnie uznawano, że usługobiorcom nie można przypisać odpowiedzialności z tytułu naruszenia *implied warranties* postrzeganych jako gwarancja osiągnięcia określonego rezultatu wskutek spełnienia świadczenia¹⁰⁶⁷. Wprawdzie w przepisach prawa stanowego poszczególnych stanów wprowadzano rozwiązania rozciągające odpowiedzialność za skutek również na niektóre kategorie podmiotów zajmujących się działalnością usługową¹⁰⁶⁸, to jednak co do zasady uznaje się, że świadczący usługi nie gwarantuje ani nie zapewnia osiągnięcia rezultatu mającego nastąpić wskutek jego starań, chyba że w umowie zastrzeżono inaczej¹⁰⁶⁹. Dzieje się tak dlatego, że w odniesieniu do wspomnianych świadczeniodawców znajduje zastosowanie instytucja *implied warranty of workmanlike performance*, czyli obowiązek wykonania pracy rzetelnie i fachowo przy zastosowaniu umiejętności typowych dla osób podejmujących się wykonywania czynności określonego rodzaju, a więc z należytą starannością, którego niedochowanie uznaje się za prowadzące do nienależytego wykonania umowy¹⁰⁷⁰. W każdym razie zagadnienie to jest przedmiotem licznych sporów i kontrowersji, a zastosowanie konkretnych rozwiązań w praktyce wymaga analizy okoliczności konkretnego przypadku z uwzględnieniem dotyczącego go orzecznictwa oraz prawa stanowego różniącego się dość istotnie pomiędzy poszczególnymi stanami.

¹⁰⁶⁵ *Ibidem*

¹⁰⁶⁶ Zob. orzeczenie w sprawie *Colonial Life Insurance Co. of America v. Electronic Data Systems Corp.*, w której sąd ostatecznie stwierdził, że analizowana umowa stanowi nie umowę o świadczenie usług, lecz licencję, do której odpowiednio można stosować niektóre regulacje o sprzedaży wyrażone w art. 2 *Uniform Commercial Code* cyt. za R. T. Nimmer, *Intangibles Contracts*..., s. 1348

¹⁰⁶⁷ I. Karwala, *Regulacja świadczenia usług w prawie amerykańskim* ..., s. 83 i cyt. tam literatura oraz orzecznictwo.

¹⁰⁶⁸ W stanie Minnesota na mocy prawa stanowego *implied warranties* właściwe dla umów sprzedaży stosuje się również do kontraktów stanowiących odpowiednik umów o roboty budowlane (*building and construction contracts*), a rozwiązanie to spotkało się również z akceptacją w orzecznictwie sądów Północnej Dakoty. Natomiast prawo stanu Kansas uznawane jest za jedyny amerykański porządek prawny, w którym *implied warranties* mają zastosowanie do świadczenia usług. Podają za I. Karwałą, *Regulacja świadczenia usług w prawie amerykańskim* ..., s. 83-84 oraz 67

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*

¹⁰⁷⁰ I. Karwala, *Regulacja świadczenia usług w prawie amerykańskim* ..., s. 67 oraz 84-85

Kryterium podziału leżące u podstaw tej klasyfikacji stanowi treść i cel świadczenia¹⁰⁷¹ stanowiącego przedmiot zobowiązania. Kategoria „zobowiązań rezultatu” obejmuje te stosunki prawne, których wykonanie polega na osiągnięciu określonego w ich treści skutku prawnego i ekonomicznego¹⁰⁷² uznawanego za, z góry wskazany, rezultat. Natomiast, do zbioru przeciwnego należą te, w których treści nie przewidziano żadnego rezultatu, a dłużnik ma jedynie podejmować określone działania zmierzające w pożądanym przez wierzyciela kierunku, oczywiście dochowując przy tym należytej staranności¹⁰⁷³. Alternatywnie, przedmiotową różnicę można ująć poprzez wskazanie, że istotą pierwszego rodzaju opisywanych zobowiązań jest osiągnięcie określonego, z góry wyznaczonego rzeczywistego faktu, w osiągnięciu którego zainteresowany jest wierzyciel, a istotą drugiego dołożenie przez dłużnika należytej staranności w dążeniu do wskazanego celu, którego osiągnięcie pozostaje jednak poza treścią stosunku obligacyjnego¹⁰⁷⁴.

Sposób ukształtowania treści zobowiązań przynależnych do ww. przeciwstawnych grup znajduje przełożenie na kwestię odpowiedzialności. Przy czym kwestia ta jest różnie przedstawiana w doktrynie. Wyróżnia się w tym obszarze dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym wyrażanym przede wszystkim przez Z. K. Nowakowskiego niewykonanie zobowiązania rezultatu powoduje odpowiedzialność dłużnika niezależnie od możliwości przypisania mu winy z zastrzeżeniem sytuacji, w której wystąpią okoliczności egzoneracyjne¹⁰⁷⁵. Natomiast, w przypadku przeciwnej kategorii zobowiązań przesłanką odpowiedzialności jest niedołożenie należytej staranności, a w sytuacji jej dołożenia nawet jeśli w treści zobowiązania nakazano osiągnięcie rezultatu dłużnik nie będzie odpowiadał¹⁰⁷⁶. Pogląd konkurencyjny prezentowany przez T. Pajora zawsze uzależnia odpowiedzialność dłużnika od możliwości przypisania mu winy, a konsekwencją przyjęcia opisywanej dychotomii jest rozkład ciężaru dowodu w zakresie jej wykazania¹⁰⁷⁷. W tym kontekście w „zobowiązaniach rezultatu” nieosiągnięcie umówionego przez strony skutku stanowi o winie

¹⁰⁷¹ M. Romanowski, *Zobowiązania...*, s. 20; A. Brzozowski, *Zobowiązania. Część ogólna...*, s. 112

¹⁰⁷² Tak definiuje rezultat A. Niewęglowski, *Zobowiązania rezultatu i starannego działania w umowach o prace badawcze*, *Studia Iuridica Lublinensia* 2010, Nr 14, s. 83

¹⁰⁷³ M. Romanowski, *Zobowiązania...*, s. 20; A. Brzozowski, *Zobowiązania. Część ogólna...*, s. 112

¹⁰⁷⁴ Tak T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 71

¹⁰⁷⁵ Z. K. Nowakowski, *Zobowiązanie rezultatu i starannego działania*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1959, nr 2, s. 97 i n.; Z. K. Nowakowski, *Wina i ryzyko jako podstawy odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej*, [w:] *Studia z prawa zobowiązań*, Warszawa–Poznań 1979, s. 103

i n. Analogiczne stanowisko zajmuje M. Romanowski, *Zobowiązania...*, s. 24

¹⁰⁷⁶ Tak A. Niewęglowski, *op. cit.*, s. 84

¹⁰⁷⁷ T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, s. 73; T. Pajor, *Charakter zobowiązania a odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika*, [w:] *Studia z prawa cywilnego. Księga Pamiątkowa dla uczczenia 50-lecia pracy naukowej Prof. dr. hab. Adama Szpunara*, pod red. A. Rembienińskiego, Warszawa–Łódź 1983, s. 166-168

dłużnika (jest ona swoiście domniemana) i podniesienie tej okoliczności przez wierzyciela wiąże się z koniecznością wykazania przez dłużnika okoliczności ekskulpacyjnych, zaś w „zobowiązaniach starannego działania” wierzyciel musi wykazać winę dłużnika polegającą na niedochowaniu należytej staranności przy wykonywaniu umowy¹⁰⁷⁸.

Podział zobowiązań na „zobowiązania rezultatu” i „zobowiązania starannego działania” został poddany krytyce w doktrynie francuskiej, której przedstawiciele, a za nimi również prawnicy polscy¹⁰⁷⁹, wśród wielu argumentów podważających zasadność tej klasyfikacji wskazywali, że w istocie każde zobowiązanie wiąże się z koniecznością osiągnięcia jakiegoś rezultatu, który może wystąpić w formie zmaterializowanej (wytworzenie rzeczy) albo poprzez zapewnienie odpowiedniego stanu lub sytuacji (ochrona zdrowia wskutek podjęcia właściwego leczenia)¹⁰⁸⁰.

Takie podejście negowane jest m.in. przez M. Romanowskiego, który jego zwolennikom zarzuca błędne utożsamienie rezultatu zobowiązania z jego celem i interesem wierzyciela. Uzasadniając swój zarzut autor ten wyjaśnia, że w zobowiązaniach starannego działania, dłużnik zobowiązuje się do zaspokojenia interesu wierzyciela, polegającego na podjęciu przez dłużnika pewnych czynności dla zwiększenia prawdopodobieństwa osiągnięcia celu umowy (który nie jest tym samym co rezultat). Natomiast w przypadku zobowiązań należących do drugiej grupy, strony ustalają, że wykonanie zobowiązania będzie miało miejsce wówczas, gdy zostanie osiągnięty określony rezultat, którego uzyskanie zależy w zasadzie wyłącznie od okoliczności leżących po stronie dłużnika (umiejętności, doświadczenia, zasobów pozostających w jego dyspozycji)¹⁰⁸¹.

W doktrynie podnosi się, że analizowany podział umów ma charakter względny dla uczestników obrotu, co wyjaśnia się poprzez zwrócenie uwagi na możliwość zastrzeżenia –

¹⁰⁷⁸ *Ibidem*

¹⁰⁷⁹ W ramach argumentów podnoszonych, z przyczyn oczywistych, wyłącznie przez przedstawicieli polskiej doktryny wskazuje się na brak podstawy prawnej w obowiązujących przepisach zarówno tych regulujących odpowiedzialność umowną dłużnika (art. 471 i n. k.c.) jak i ciężar dowodu (art. 6 k.c.) Zob. m.in. L. Ogiegło, *Usługi...*, s. 179, T. Dybowski, A. Pyrzyńska, *System...*, t. 5, s. 286. Należy jednak odnotować pogląd przeciwny, którego autor, wskazuje, że faktycznie w kodeksie nie ma przepisu mogącego stanowić podstawę takiej klasyfikacji, jednakże w ramach analizy systematyki umów przyjętej w k.c. (np. fakt przypisania instytucji rękojmi do umowy sprzedaży, o dzieło czy najmu oraz brak tej instytucji w umowie zlecenia czy agencyjnej i związana z tym odpowiedzialności na zasadach ogólnych wynikających z art. 471 k.c.) można stwierdzić, że z racji wspomnianych cech normatywnych poszczególnych typów umów uzasadnione jest uznanie niektórych za umowy o zobowiązanie rezultatu (te, w których treści zastrzeżono rękojmię), a pozostałych za umowy o zobowiązanie starannego działania (te, w których treści nie można zastrzec rękojmi). Tak A. Niewęglowski, *op. cit.*, s. 84

¹⁰⁸⁰ Tak m.in. T. Dybowski, A. Pyrzyńska, [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 182-183, G. Domański, *Koncepcja zobowiązań rezultatu i starannego działania a odpowiedzialność kontraktowa w prawie francuskim*, *Studia Cywilistyczne* 1972, t. XX, T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, s. 87-98

¹⁰⁸¹ M. Romanowski, *Zobowiązania ...*, s. 25

przez strony – obowiązku osiągnięcia rezultatu również w umowach o zobowiązanie starannego działania oraz jego wyłączenie w treści stosunków prawnych należących do przeciwnej kategorii¹⁰⁸². Uzasadniając ten pogląd wskazuje się, na dopuszczalne według art. 471 k.c., umowne rozszerzenie albo ograniczenie zasad, według których dłużnik ponosi odpowiedzialność, przy czym zastrzega się, że modyfikacje tego rodzaju nie mogą naruszać art. 353¹ k.c. ani zasad współżycia społecznego¹⁰⁸³. W kontekście możliwości naruszenia przepisu konstytuującego kodeksową zasadę swobody umów przyjmuje się jednak, że właściwość (natura) zobowiązania, w którą – według niektórych autorów – wpisuje się możliwość jego zakwalifikowania do grupy zobowiązań rezultatu albo zobowiązań starannego działania, stanowi przesłankę ograniczającą swobodę umów¹⁰⁸⁴. W ramach umotywowania tego poglądu można przytoczyć przykład przedstawiony przez J. Jastrzębskiego, który nie bez racji zauważa, że niedopuszczalne jest zastrzeżenie w umowach o zobowiązanie starannego działania, takich jak umowa o zastępstwo procesowe czy leczenie, odpowiednio wymagania dla adwokata, żeby sąd orzekł zgodnie z treścią żądania mocodawcy czy dla lekarza, aby pacjent wyzdrowiał¹⁰⁸⁵. Natomiast, A. Olejniczak podnosi, że w umowie zlecenia zawartej przez właściciela lokalu z pośrednikiem w obrocie nieruchomościami nie można na zleceniobiorcę nałożyć obowiązku sprzedaży lokalu, lecz wyłącznie obowiązek podjęcia starań zmierzających do jego zbycia¹⁰⁸⁶. Uznaje się bowiem, iż natura zobowiązań starannego działania wyklucza możliwość zobowiązania dłużnika do osiągnięcia konkretnego rezultatu¹⁰⁸⁷. Niemniej jednak, należy również odnotować stanowiska odmienne. Jedno z nich prezentuje P. Machnikowski, który zauważa, że chociaż zobowiązanie się w umowie o świadczenie usług do osiągnięcia subiektywnie i obiektywnie niepewnego rezultatu stanowi potencjalnie o niezgodności umowy z ustawą w zakresie w jakim wyznacza ona cechy świadczenia niezbędne dla zaistnienia umowy określonego typu (przy takim zastrzeżeniu dany stosunek prawny nie mógłby być zakwalifikowany ani jako wpisujący się w zakres art. 750 k.c. ani jako taki, który podlega regulacji umowy o dzieło), to jednak nie przesądza o nieważności takiej umowy¹⁰⁸⁸. Innymi słowy, autor ten, uznaje, że zastrzeżenie obowiązku osiągnięcia rezultatu w nazwanej umowie o zobowiązanie starannego działania albo w

¹⁰⁸² A. Niewęglowski, *op. cit.*, s 84

¹⁰⁸³ *Ibidem*

¹⁰⁸⁴ A. Olejniczak, [w:] J. Grykiel, M. Gutowski, A. Janiak, A. Koch, J. Napierała, A. Nowicka, A. Olejniczak, M. Orlicki, J. Pokrzywniak, R. Sikorski, T. Sokołowski, T. Sójka, F. Zedler, *Umowy w obrocie gospodarczym*, pod red. A. Kocha i J. Napierały, Kraków 2006, s. 23

¹⁰⁸⁵ J. Jastrzębski, *O umownych modyfikacjach ...*, s. 813.

¹⁰⁸⁶ A. Olejniczak, *Umowy...*, s. 23

¹⁰⁸⁷ *Ibidem*

¹⁰⁸⁸ P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 348

umowie o świadczenie usług podlegającej art. 750 k.c. sprawia jedynie tyle, że stają się one kontraktami nienazwanymi (albo wykraczającymi poza zakres przedmiotowy ww. przepisu), przy czym nieznacznie łagodzi swój pogląd wspominając, że być może bezwzględny zakaz umawiania się o rezultat należałoby uznać w przypadkach szczególnych dotyczących umów o świadczenia o specjalnym charakterze, związanych z ingerencją w ludzki organizm takich jak leczenie¹⁰⁸⁹. Taka interpretacja, kwestionująca konieczność uznawania za nieważne umów o zobowiązanie starannego działania w przypadku zastrzeżenia w ich treści obowiązku osiągnięcia określonego rezultatu, niewątpliwie da się uzasadnić poprzez odwołanie do obowiązku stosowania wykładni życzliwej umowie (*benigna interpretatio*)¹⁰⁹⁰.

W odniesieniu do opisanej klasyfikacji zobowiązań należy podnieść jeszcze jedną kwestię, jednocześnie nawiązując do przywołanego powyżej przykładu zastrzeżenia konieczności uzyskania określonego rezultatu w umowach o usługi, przede wszystkim, prawnicze związane z zastępstwem procesowym w sprawach spornych. Jak już wspomniano, zobowiązania, których źródłem są ww. kontrakty są uznawane zasadniczo za zobowiązania starannego działania, a wymaganie w ich treści obowiązku doprowadzenia procesu do określonego wyniku byłoby sprzeczne m.in. z art. 353¹ k.c. i jako takie nieważne¹⁰⁹¹. Niemniej jednak, zagadnienie to wiąże się również z kwestią dopuszczalności uzależnienia wynagrodzenia wyłącznie od osiągnięcia efektu pożądanego przez usługodawcę w formie tzw. *pactum de quota litis* określanej również mianem *success fee* lub *contingency fee*. W odniesieniu do umowy zlecenia jest ono akceptowane w doktrynie i orzecznictwie¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁹ *Ibidem*

¹⁰⁹⁰ O tym rodzaju wykładni wspomina W. J. Kocot w kontekście pominięcia przez kontrahentów przedmiotowo istotnego składnika umowy nazwanej (zob. W. J. Kocot [w:] A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, W. J. Kocot, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa 2014, s. 366), ale niewątpliwie przedmiotowe podejście można zastosować również w powyżej opisanej sytuacji. Przywołana zasada (w obszarze ograniczonym wyłącznie do prawa umów funkcjonująca również pod nazwą *favor contractus*) miała już swój pierwowzór w rzymskiej maksymie *ut res magis valeat quam pereat*, a odkryta i rozpowszechniona została w angielskiej tradycji *common law*, choć funkcjonowała również w doktrynie francuskiej XVII i XVIII w. stając się następnie wzorem dla art. 1157 francuskiego kodeksu cywilnego. Zob. Z. Radwański [w:] E. Drozd, M. Pazdan, Z. Radwański, A. Zieliński, *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008, t. 2, s. 81 W prawie polskim nie została wprost wyrażona, lecz normatywnego uzasadnienia możliwości jej zidentyfikowania *de lege lata* upatruje się w art. 65 k.c. uznając, że z istoty oświadczenia woli wynika, że jest ono składane dla wywołania określonych skutków prawnych, a zatem kontraktujące strony działały z zamiarem sformułowania postanowień umożliwiających osiągnięcie zamierzonego celu. Reguła ta znajduje również swój wyraz w art. 5:106 Zasad Europejskiego Prawa Kontraktów (*Principles of European Contract Law*) Zob. M. Romanowski, *Szczegółowe reguły wykładni kontraktów w świetle zasad europejskiego prawa kontraktów a reguły wykładni umów w prawie polskim*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2004, Nr 9, s. 16-17.

¹⁰⁹¹ M. Gutowski, *Umowa o zastępstwo procesowe*, Warszawa 2009, s. 98-99

¹⁰⁹² M. Kaliński, [w:] A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, W. J. Kocot, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa 2014, s. 189, P. Machnikowski [w:] B. Burian, A. Cisek, M. Dreła, W. Dubis, E. Gniewek, J. Gołaczyński, K. Gołębiowski, K. Górską, J. Jezioro, J. Kremis, P. Machnikowski, J. Nadler, J. Strzebinczyk, W. Szydło, K. Zagrobelny, *Kodeks cywilny, Komentarz*, pod red. E. Gniewka i P. Machnikowskiego, Warszawa 2014, s. 1379, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1969 r.

Natomiast w przypadku umów o usługi świadczone przez przedstawicieli zawodów prawniczych (radców prawnych czy adwokatów) zauważa się, że ww. rodzaj wynagrodzenia dopuszczalny jest, według obowiązujących w danych korporacjach zawodowych kodeksów etycznych¹⁰⁹³, jedynie jako wynagrodzenie uzupełniające, przy czym, jak podnosi się w literaturze, w przypadku zastrzeżenia wyłącznie takiego honorarium, nie zachodziłyby podstawy do uznania danego kontraktu za nieważny z uwagi na sprzeczność z zasadami współżycia społecznego¹⁰⁹⁴, art. 58 k.c. lub art. 353¹ k.c.¹⁰⁹⁵ czy kodeksami etyki zawodowej¹⁰⁹⁶. Oznacza to, że w praktyce z uwagi na istotność świadczenia pieniężnego w umowie o zastępstwo procesowe, wprawdzie nie jest możliwe zastrzeżenie obowiązku osiągnięcia określonego rezultatu, to jednak uzależnienie od takiego skutku wynagrodzenia, czyni tę umowę potencjalnie możliwą do zakwalifikowania do grupy umów o zobowiązanie rezultatu. Przykładowo sąd rozpatrujący spór o ważność umowy o zastępstwo procesowe, w której zobowiązano się do uzyskania określonego wyniku procesu, mógłby stosując wspomnianą powyżej *benigna interpretatio* uznać, że jest to ważna umowa przewidująca honorarium od wygranej.

Kontynuując wątek stosunku judykatury do podziału zobowiązań na zobowiązania rezultatu i zobowiązania starannego działania należy dokonać przeglądu orzecznictwa w tym zakresie. W doktrynie zauważa się, że do przedmiotowej klasyfikacji sądy odwołują się przy rozstrzyganiu sporów dotyczących tak istotnych kwestii jak m.in.: zakres zobowiązań wynikających z umowy o pracę, umowy o dzieło, umowy o roboty budowlane, lub umowy spedycji¹⁰⁹⁷. Stwierdza się również, że w orzecznictwie używa się analizowanego podziału w celu określenia typu stosunku obligacyjnego wiążącego strony oraz dla ustalenia zakresu odpowiedzialności dłużnika w ramach umowy¹⁰⁹⁸. Wśród orzeczeń, w których Sąd Najwyższy posłużył się przedmiotową dychotomią, przedstawiając zasady jej sformułowania,

II CR 494/69, wyrok Sądu Najwyższego z 16 lutego 2006 r., IV CK 380/2005 czy wyrok Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2010 r., IV CSK 319/2009.

¹⁰⁹³ Przykłady odpowiednich regulacji wskazano w M. Gutowski, Umowa ...s.100 i 163 oraz M. Olczyk, Dopuszczalność kontroli wynagrodzenia *success fee* jako niedozwolonego postanowienia w umowie o odpłatne świadczenie usług prawnych przez adwokata lub radcę prawnego, Transformacje Prawa Prywatnego 2016, Nr 2, s. 32, przyp. 26

¹⁰⁹⁴ M. Kaliński, Zobowiązania..., s. 189

¹⁰⁹⁵ M. Gutowski, Umowa ..., s. 163

¹⁰⁹⁶ M. Olczyk, *op. cit.*, s.35-36 Autorka tego opracowania zauważa, m.in. w opraciu o wypowiedzi innych przedstawicieli doktryny oraz poglądy przedstawiane w orzecznictwie, że kodeksy etyki zawodowej mają charakter deontyczny stanowiąc zbiór przepisów o charakterze etycznym, sankcjonowanych moralnie, a co za tym idzie ich naruszenie poprzez określone ujęcie treści stosunku zobowiązaniowego nie może wpływać na jego ważność.

¹⁰⁹⁷ A. Niewęglowski, *op. cit.*, s. 87

¹⁰⁹⁸ A. Machowska, Koncepcja zobowiązań rezultatu i starannego działania i jej doniosłość dla określenia odpowiedzialności kontraktowej, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2002, nr 3, s. 661

również na potrzeby klasyfikacji umów można wymienić m.in. orzeczenia tego sądu z dnia: 8 stycznia 1971 r. (II PR 22/70; OSNC 1971, nr 9, poz. 154); 18 czerwca 1998 r. (I PKN 191/98; OSNP 1999, nr 14, poz. 449); 13 grudnia 2005 r. (II UK 46/05; OSNP 2006, nr 23–24, poz. 370); 7 marca 2006 r. (I PK 146/05; OSNP 2007, nr 5–6, poz. 67); 20 lipca 2006 r. (IV CSK 178/06; OSNC 2007, nr 7–8, poz. 118); 15 lutego 2007 r. (I UK 269/06; OSNP 2008, nr 5–6, poz. 78); 9 maja 2007 r. (II CSK 77/07; Rzeczpospolita z 11 maja 2007 r.)¹⁰⁹⁹. Jednocześnie, należy zwrócić uwagę, że zdarzają się również rozstrzygnięcia, w których kwestionuje się analizowany podział. Można w tym kontekście wymienić orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 301/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 58), gdzie uznano, iż odwołanie się do pojęcia zobowiązania rezultatu nie uzasadnia zarzutu niewykonania umowy przez pozwanego, ponieważ z faktu wyodrębnienia tej kategorii nie można wysnuć konsekwencji prawnych, a w każdym razie, zdaniem sądu, nie było to możliwe w sprawie zakończonej przywołanym judykatem.

Przechodząc do kwestii ustalenia praktycznych konsekwencji wynikających z istniejących w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości, co do możliwości podziału zobowiązań według analizowanej klasyfikacji należy zwrócić uwagę, że zagadnienie to ma największe znaczenie właśnie dla umów mających za przedmiot usługi. Nawet przeciwnicy tego podziału, a w każdym razie sceptycznie do niego nastawieni przedstawiciele doktryny, przyznają, że odesłanie zawarte w art. 750 k.c. „przenosi ten problem na »twardy grunt« ustawowy i wiąże raczej z konkretnym ustawowym typem zobowiązania niż z rodzajem”¹¹⁰⁰.

Przykładem stosunku prawnego, w przypadku którego kwestia jego przyporządkowania do określonej kategorii funkcjonującej w ramach opisywanego podziału jest szczególnie problematyczna stanowi zobowiązanie wynikające z umowy o prace badawcze. Według jednego ze stanowisk wspomniany kontrakt jest wyemancypowaną w obrocie umową o zobowiązanie rezultatu („rezultat usługi”) odrębną od umowy o dzieło¹¹⁰¹. Natomiast według drugiego umowy te w zależności od ich treści mogą być źródłem obu wspomnianych rodzajów zobowiązań, co wiąże się z koniecznością każdorazowego dokonywania ogólnej

¹⁰⁹⁹ Podaję za A. Niewęglowski, *op. cit.*, s. 87

¹¹⁰⁰ P. Machnikowski, *Swoboda umów...*, s. 348

¹¹⁰¹ A. Brzozowski, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie za wady dzieła*, Warszawa 1986, s. 18, A. Brzozowski, *System...*, t. 7, s. 319 (odnosząc się ogólnie do „umów regulowanych w prawie wynalazczym, które wyróżnia występowanie w nich elementu osobistego zaufania i szczególnego ryzyka”). Podobnie G. Ćmikiewicz, *Umowy o prace badawcze – zagadnienia systematyczno-konstrukcyjne*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej 1985, z. 37, s. 77 i B. Książkowski, *Porozumienia i umowy o prace badawcze i wdrożeniowe*, Wrocław 1983, s. 135, 153.

kwalfikacji świadczenia dłużnika pod kątem charakteru prawnego¹¹⁰². Jak wyjaśnia się w literaturze przyczyną tego stanu rzeczy jest zazwyczaj bardzo zróżnicowany stopień prawdopodobieństwa zakończenia prac badawczych pożądanym skutkiem (sukcesem), który w przypadku badań podstawowych może wynosić zaledwie 25%, a w przypadku badań stosowanych nawet 95%¹¹⁰³. Wobec powyższego automatyczne (nie powiązane z dogłębną analizą charakteru prac badawczych) zakwalifikowanie zobowiązań wynikających z tych kontraktów prowadzi albo do nadmiernego uprzywilejowania „zamawiającego” (przy przyjęciu założenia przynależności do kategorii zobowiązań rezultatu) albo „wykonawcy” (w razie przyjęcia założenia przeciwnego)¹¹⁰⁴. Brak precyzyjnego określenia w treści umowy jej pożądanego – przez strony – skutku, wymagałby od sądu skorzystania z opinii biegłych¹¹⁰⁵, co byłoby na pewno kosztowne i długotrwałe, a w przypadku wysoce innowacyjnego charakteru danego przedsięwzięcia, budzącego kontrowersje naukowe, mogłoby prowadzić do przedstawiania w toku postępowania rozbieżnych stanowisk specjalistów w danej dziedzinie poważnie utrudniając sądowi wydanie rozstrzygnięcia.

Wobec tego, należy stwierdzić, że *de lege lata* strony, które w umowie o świadczenie usług wpisującej się w zakres art. 750 k.c. chciałyby zastrzec obowiązek osiągnięcia określonego rezultatu, albo intencję taką wyrażą w treści umowy nieprecyzyjnie, nie mogą być pewne tego w jaki sposób, w razie ewentualnego późniejszego sporu, ich umowa zostanie zinterpretowana przez sąd. Przedmiotowe zagrożenie wynika z faktu istnienia rozbieżności, co do konieczności stosowania analizowanego podziału wraz z jego konsekwencjami. Zatem sądy mogą interpretować umowy według własnego uznania, przyjmując albo odrzucając podział zobowiązań na zobowiązania rezultatu i starannego wraz z jego konsekwencjami dość istotnie ingerując tym samym w autonomię woli stron.

W zasadzie w przypadku sporu o umowę o świadczenie usług, w której strony zastrzegły obowiązek uzyskania rezultatu, a następnie w toku jej wykonywania wdały się w spór, co do tej kwestii, np. wobec nieziszczenia się tego skutku, możliwe są cztery potencjalne rozstrzygnięcia. Po pierwsze, sąd przyjmując koncepcję zobowiązania starannego działania, może stwierdzić, że zastrzeżenie rezultatu było nieważne i np. w razie powiązania tego skutku z wynagrodzeniem uznać, że w istocie strony nie uregulowały tej kwestii zasądzając

¹¹⁰² Tak A. Niewęglowski, *op. cit.*, s. 89 i cytowani tam autorzy (M. Madey, M. Poźniak-Niedzielska, J. Szwaja, S. Włodyka, L. Zalewski).

¹¹⁰³ A. Niewęglowski, *op. cit.*, s. 89 i cyt. tam literatura.

¹¹⁰⁴ A. Niewęglowski, *op. cit.*, s. 90-91

¹¹⁰⁵ A. Niewęglowski, *op. cit.*, s. 91

wynagrodzenie według przepisów o zleceniu¹¹⁰⁶. Po drugie, w ograniczonej liczbie przypadków (np. w umowach o nauczanie zawieranych w celu przygotowania do egzaminu, w ramach których usługodawca gwarantowałby jego zdanie przez usługobiorcę) sąd mógłby uznać, że umowa wpisuje się w zakres regulacji art. 750 k.c., ale zastrzeżenie skutku jest w istocie formą zakładu (w rozumieniu art. 413 § 1 k.c.) będącego co najwyżej źródłem zobowiązania naturalnego, o ile postępowanie którejkolwiek ze stron nie sprawiło, że trzeba byłoby zakwalifikować go jako zakład nierzetelny¹¹⁰⁷. Po trzecie, możliwe byłoby również rozstrzygnięcie w duchu *favor contractus*, zgodnie z którym zastrzeżenie obowiązku osiągnięcia rezultatu nie powoduje konieczności zmiany kwalifikacji umowy na umowę o zobowiązanie rezultatu, a jedynie świadczy o uzależnieniu od jego osiągnięcia kwestii wynagrodzenia, które z uwagi na dorozumiane przyjęcie modelu *success fee*, nie przysługiwałoby usługodawcy¹¹⁰⁸. Wreszcie, po czwarte, możliwe byłoby przyjęcie, że w opisanych okolicznościach strony zawarły również umowę gwarancji, co do wystąpienia określonego skutku, a jego niezastnienie mogłoby prowadzić do żądania przez wierzyciela zapłaty określonej kwoty, a nie spełnienia świadczenia¹¹⁰⁹.

Sposobem wyeliminowania tego problemu mogłoby być zaproponowanie nowej konstrukcji umowy o usługi, w której treści należałoby wprost uregulować kwestię umówienia się przez strony o rezultat. Tym samym w kontraktach o zobowiązanie rezultatu mających za przedmiot usługi niewpisujące się w inne typy umów nazwanych kwestia ta znalazłaby bezpośrednią ustawową regulację, eliminującą powyżej opisane kontrowersje w

¹¹⁰⁶ Tak orzeczono w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 stycznia 2015 r., I AC a 1096/14, opublikowanym pod adresem [http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/content/\\$N/15450000000503_I_ACa_001096_2014_Uz_2015-01-15_001](http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/content/$N/15450000000503_I_ACa_001096_2014_Uz_2015-01-15_001) [Dostęp 2018-07-10].

¹¹⁰⁷ W kwestii przesłanek uznania zakładu za nierzetelny zob. Ł. Janiak [w:] R. Budzinowski, A. Janiak, A. Koch, A. Lichorowicz, M. Olechowski, M. Orlicki, J. Panowicz-Lipska, J. Poczobut, M. Pyziak-Szafnicka, W. Pyziół, Z. Radwański, K. Zawada, System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, t. 8, pod red. J. Panowicz-Lipskiej, Warszawa 2004, s. 849-851

¹¹⁰⁸ Podobnej kwalifikacji prawnej, pozwalającej uznać przewidywane rozstrzygnięcie za prawdopodobne, dokonał Sąd Najwyższy w odniesieniu do umów o zawodowe uprawianie dyscypliny sportu. W kontraktach tego typu w praktyce dochodzi do zastrzeżenia dodatkowego wynagrodzenia przysługującego zawodnikom w razie uzyskania określonego wyniku sportowego. W tym kontekście uznano, że świadczenie takie nie jest wykonywane na podstawie odrębnej „nienazwanej umowy losowej”, ale wprost wynika z umowy o świadczenie usług sportowych zobowiązującej zawodnika do reprezentowania barw klubowych, w tym podejmowania działań mających na celu uzyskanie jak najlepszych wyników. Zob. np. postanowienia Sądu Najwyższego dnia 10 marca 2010 r., II UK 363/09, z dnia 12 marca 2010 r., II UK 1/10, LEX nr 577464 oraz z tego samego dnia II UK 400/09.

¹¹⁰⁹ Tak M. Krajewski, Zobowiązania rezultatu i starannego działania (próba alternatywnego ujęcia), Państwo i Prawo 2000, z. 8, s. 47-48, który jednak zastrzega, że wówczas gdy dłużnik ma niewielki wpływ na realizację umówionego rezultatu, to trzeba by było uznać umowę za nieważną z powodu sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego.

odniesieniu do tej kategorii stosunków prawnych. Przyjmując w tym zakresie konkluzję, zgodnie z którą, w istocie wszystkie zobowiązania są w pewnym sensie zobowiązaniami rezultatu (i na ich tle możliwe jest wyodrębnienie „zobowiązań starannego działania”)¹¹¹⁰ należałoby w proponowanej nowej regulacji umowy o świadczenie usług, opierając się na rozwiązaniach zawartych w DCFR i PEL SC, przewidzieć obowiązek osiągnięcia konkretnego rezultatu określonego lub spodziewanego przez usługobiorcę w chwili zawarcia umowy, nawet jeśli nie byłby on wprost zastrzeżony w jej treści, zawsze wtedy kiedy mógłby on być zasadnie spodziewany przez usługobiorcę oraz gdy nie mógłby on przypuszczać, że istnieje ryzyko nieosiągnięcia rezultatu mimo wykonania usługi.

Ponadto, z uwagi na doniosłość kwestii możliwości zastrzeżenia w treści umowy wynagrodzenia, w kontekście ustalania ważności umowy zobowiązującej do osiągnięcia konkretnego rezultatu, którego wypłata byłaby uzależniona od wyniku prowadzonej sprawy, w ramach propozycji nowego ujęcia umowy o świadczenie usług należałoby wprost przewidzieć możliwość takiego ujęcia świadczenia pieniężnego. Stanowiłoby to wyjście naprzeciw potrzebom praktyki. Poza tym, takie rozwiązania zostały zresztą przewidziane w wspomnianych powyżej opracowaniach tj. DCFR i PEL SC.

Kwestię tę można byłoby powiązać z regulacją skutków wypowiedzenia albo odstąpienia od umowy, w których to okolicznościach w razie uzależnienia honorarium od wyniku usługodawcy powinien się należeć zwrot rozsądnie poniesionych kosztów, w odniesieniu do zakresu wykonanej usługi, oraz korzyści których został pozbawiony w rezultacie zakończenia umowy. Oczywiście inaczej te zagadnienia powinny zostać uregulowane w razie zastrzeżenia wynagrodzenia określonego konkretną kwotą albo według stawki.

W pierwszym przypadku świadczenie pieniężne powinno się należeć w wysokości pomniejszonej o to co usługodawca działając rozsądnie powinien oszczędzić i o to co działając rozsądnie mógł zarobić korzystając z uwolnionych zasobów. Natomiast w drugim wysokość wynagrodzenia powinna odpowiadać wykonanemu zakresowi usługi.

Z zestawienia zaprezentowanych rozwiązań wynika, że w przypadku tzw. „honorarium od wygranej” usługodawca nie miałby w ogóle roszczenia o zapłatę wynagrodzenia, a jedynie o zwrot uzasadnionych kosztów oraz korzyści niezyskanych w rezultacie przedwczesnego zakończenia umowy.

¹¹¹⁰ Tak m.in. A. Brzozowski, *Zobowiązania. Część ogólna...*, s. 113

VII. 2 Umowa o usługi a przesłanki wyodrębnienia nowego typu kontraktu

VII.2.1 Pojęcie empirycznie wykształconego typu umowy

W ramach uzasadnienia postulatu wprowadzenia nowego typu kontraktu należy zwrócić uwagę na istotę procesu kreowania tzw. umów nazwanych. Dokonując jego charakterystyki trzeba zauważyć, że dla zaistnienia procesu typizowania określonego rodzaju stosunków kontraktowych w pierwszej kolejności konieczne jest aby powtarzalność więzi obligacyjnych danego typu i w określonym kształcie była na tyle częsta, żeby uzasadnione stało się postawienie tezy, zgodnie z którą tak ukształtowany model charakteryzuje typowy układ interesów uczestników obrotu prawnego¹¹¹¹, umożliwiający, albo przynajmniej optymalizujący osiągnięcie konkretnego uzgodnionego celu¹¹¹². Może to nastąpić wskutek ujednolicania się praktyki drogą zwyczajów, a także uznania danego stosunku obligacyjnego za odrębny typ umowy przez przedstawicieli doktryny i judykaturę¹¹¹³. Wówczas możliwe jest „zamknięcie typu” i posługiwanie się nim jako pojęciem klasyfikującym, gdyż jak to ujął B. Gawlik staje się on wtedy „wyraźnie ukształtowaną umową nienazwaną”¹¹¹⁴ albo, według innej konwencji terminologicznej, „empirycznym typem umowy”¹¹¹⁵ czy też „umową nienazwaną w postaci empirycznej”¹¹¹⁶. Następnie, gdy wykształcony w praktyce typ kontraktu, upowszechni się z uwagi na zapewnianie realizowania pożądaných celów gospodarczych w sposób nieznaný dotychczas normom ustawowym, zacznie się utrzymywać drogą zwyczajów, również handlowych, które w wielu systemach prawnych są uznawane przez prawo za element kształtujący treść czynności prawnej (zob. np. art. 56 k.c.)¹¹¹⁷. Dzięki temu legislacja przyczynia się do powstania rozwiązań umożliwiających zaspokojenie nowych ważnych potrzeb społecznych, a przy tym umożliwia swój własny rozwój, gdyż wskutek powyżej opisanego upowszechnienia z czasem może dojść do ustawowej regulacji empirycznie wykształconego typu¹¹¹⁸.

¹¹¹¹ B. Gawlik, *Umowa know-how*, Zagadnienia konstrukcyjne, Warszawa-Kraków 1974, s. 85

¹¹¹² W. J. Kocot, *Zobowiązania...*, s. 366

¹¹¹³ W. J. Katner [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane...*, s. 11

¹¹¹⁴ B. Gawlik, *Umowa know-how...*, s. 85

¹¹¹⁵ Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 9, S. Włodyka [w:] M. Bączyk, M. Jasiakiewicz, W.J. Katner, A. Klein, K. Kruczałak, K. Oplustil, J. Pisuliński, E. Rott-Pietrzyk, M. Spyra, M. Stec, J. Strzępka, G. Tracz, W. Uruszczak, S. Włodyka, P. Zapadka, *System prawa handlowego. Prawo umów handlowych*, t. 5, pod red. S. Włodyki, Warszawa 2011, s. 33

¹¹¹⁶ W. J. Kocot, *Zobowiązania...*, s. 366

¹¹¹⁷ W. J. Katner [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane...*, s. 18 Podobnie W. J. Kocot, *Zobowiązania...*, s. 366

¹¹¹⁸ P. Machnikowski, *System...*, t. 5, s. 429

Proces ten można również opisać przy pomocy terminologii zazwyczaj kojarzonej z prawem międzynarodowym¹¹¹⁹. Mianowicie, praktyka utożsamiana z nazwą konkretnej umowy i jej treścią, staje się zwyczajem, który w połączeniu z długotrwałym stosowaniem (tzw. *consuetudo longa*) oraz powszechnym przekonaniem o konieczności jego akceptowania poprzez podporządkowanie się (*opinio necessitatis*¹¹²⁰) zyskuje z czasem status, który mógłby zostać określony wręcz „prawem zwyczajowym”, gdyby dany system prawny dopuszczał tę kategorię źródeł prawa. W trzecim, a zarazem końcowym etapie, wymagającym dla zaistnienia interwencji państwa, „stypizowany” w praktyce stosunek zobowiązaniowy zostaje ujęty w przepisach prawa stanowionego, ponieważ ustawodawca dochodzi do wniosku, że jest na tyle dobrze skonstruowany, iż nadanie mu rangi ustawowej, a co za tym idzie inkorporowanie do treści umów, co do których strony nie poczyniły własnych ustaleń, będzie korzystne dla funkcjonowania obrotu prawnego¹¹²¹.

Podobnie ujmuje ten proces W. J. Kocot, który za jego początek uznaje sytuację wielokrotnego odtwarzania w obrocie kontraktowym określonego mechanizmu regulacji kontraktowej, powodującą jego wyewoluowanie od stadium praktyki między stronami, poprzez zwyczaj branżowy, lokalny, regionalny czy nawet międzynarodowy do swoistej

¹¹¹⁹ Terminologia ta bywa używana do opisywania zagadnień związanych z prawem cywilnym zob. przykładowo K. Trzcziński, Charakter prawny Incoterms, Gdańskie Studia Prawnicze 1999, t. 5, Nr 2, s. 434-435

¹¹²⁰ W aspekcie cywilnoprawnym wykazywanie przesłanki *opinio iuris sive necessitatis* uznaje się za zbędne. W niektórych sferach obrotu ma to zarówno podstawę normatywną (zob. art. 9(2) Konwencji wiedeńskiej, jak i teoretyczną zob. Z. Radwański, Prawo cywilne - część ogólna, Warszawa 2005, s. 37 (gdzie stwierdzono, że zgodnie z nowszymi tendencjami w prawie cywilnym, nawet znajomość zwyczajów nie jest konieczna dla wywołania przez nie skutków prawnych dla konkretnej czynności prawnej, a tym bardziej nie jest konieczne przekonanie o ich wiążącej mocy). Podobnie M. Safjan [w:] System Prawa Prywatnego..., t. 1, s. 159 i 203-204 oraz cyt. literatura.

¹¹²¹ Bardzo dobrą ilustrację rezultatu takiego procesu może stanowić polska regulacja umowy leasingu, która opiera się na modelu stosunku zobowiązaniowego wypracowanego w ramach praktyki obrotu prawnego w Stanach Zjednoczonych w latach pięćdziesiątych. Wówczas, około 1952 r., w San Francisco została założona spółka *United States Leasing Corporation*, która jako pierwsza przedmiotem swojej działalności uczyniła leasing środków produkcji dla potrzeb przemysłu spożywczego. Od tego czasu leasing cieszył się rosnącą popularnością, a pod koniec XX w. szacowano, że w ok. 30% inwestycji realizowanych w Stanach Zjednoczonych wykorzystywana jest ta forma pozyskiwania środków trwałych. W polskim obrocie prawnym wykorzystywanie instytucji leasingu po raz pierwszy odnotowano pod koniec lat sześćdziesiątych. Początkowo była ona sposobem kontraktowania w stosunkach handlu zagranicznego, jednakże po 1989 r. jej znaczenie oraz stopień popularyzacji znacznie wzrósł, co w rezultacie doprowadziło do stypizowania tej umowy w części szczegółowej k.c. Zob. K. Kruczałak, Umowy w obrocie handlowym. Komentarz, Wzory, Objasnienia, Warszawa 1998, s. 133. Ten sam przykład powołuje również W. J. Katner, który zwraca uwagę na fakt, że adaptacja tego wzorca umownego była tak bezpośrednia, że przedmiotowy typ został wprowadzony do systemów prawnych wielu państw pod swoją oryginalną nazwą wbrew obowiązującym w nich zasadom językowym. Dodatkowo, wspomniany autor czyni niewątpliwie słuszną uwagę w myśl, której kontrakt ten w warunkach polskich powinien nosić spolonizowaną nazwę „lizingu”. W. J. Katner [w:] System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 10. Do przykładu leasingu odnosi się również W. J. Kocot, który stwierdza, że właśnie ta umowa przeszła w naszym prawie pełną ewolucję od praktyki do umowy nazwanej. W. J. Kocot, Zobowiązania..., s. 366

postaci empirycznej o wyraźnych ramach prawnych, o której utrwaleniu stanowi uzyskanie statusu przepisów ustawowych lub kwalifikacja w ramach nowego podtypu umowy nazwanej¹¹²². Natomiast S. Włodyka w procesie empirycznej typizacji umowy oprócz dostrzeżenia jego źródła w postaci utrwalenia się pewnej praktyki obrotu zauważa również przyczynę jaką jest nienadążanie ustawodawstwa za potrzebami uczestników stosunków gospodarczych¹¹²³. W ujęciu tego autora, gdy pozanormatywna typizacja umowy w obrocie osiągnie odpowiednio wysoki stopień (z uwagi na znaczną powtarzalność i odrębność wobec typów ustawowych) może dojść do interwencji normatywnej, czyli uregulowania danej umowy w prawie krajowym lub międzynarodowym¹¹²⁴. Zjawisko to można określić mianem „awansu” danego typu do kategorii umów nazwanych¹¹²⁵. W tym kontekście zauważa się, że skutek taki wystąpi o ile w danym systemie prawnym przewiduje się regulowanie umów przepisami prawa powszechnie obowiązującego¹¹²⁶. Oczywiście opisane rozwiązania zostaną zastosowane tylko w tych systemach prawnych, w których ujmowanie kontraktów nazwanych w ustawach uznaje się za potrzebne¹¹²⁷.

W celu zwięzłego oddania istoty zjawiska kształtowania się przepisów prawa powszechnie obowiązującego w dziedzinie stosunków obligacyjnych można by było użyć określenia „zjawisko pozytywizacji praktyki”. Przy czym należy zwrócić uwagę na fakt, że nawet w systemach prawnych tradycyjnie nie kojarzonych z dążeniami do typizowania kontraktów, tj. np. przynależącymi do kultury *common law*¹¹²⁸ daje się zaobserwować tendencję popularyzowania konkretnych wzorców umów, która mimo, że nie zawsze zostały opracowane przez urzędy obsługujące organy władzy publicznej zyskują na znaczeniu i są przez instytucje państwowe rekomendowane do stosowania. Nie ulega wątpliwości, że treść regulacji tzw. umów nazwanych powinna być również wynikiem reakcji na postulaty formułowane w ramach poszukiwania takiego sposobu ujęcia danej

¹¹²² W. J. Kocot, *Zobowiązania...*, s. 366

¹¹²³ S. Włodyka, *System prawa handlowego...*, s. 33

¹¹²⁴ *Ibidem*

¹¹²⁵ A. Brzozowski, *System...*, t. 5, s. 408

¹¹²⁶ W. J. Katner [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane...*, s. 10

¹¹²⁷ W. J. Katner [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane...*, s. 10 Przy czym, należy przywołać pogląd wspomnianego autora, zgodnie z którym nawet w państwach systemu prawa stanowiącego nie ma potrzeby nadawania rangi ustawowej wszelkim relacjom gospodarczym i społecznym ulegającym powszechnieniu i stabilizacji. Ma to uzasadnienie m.in. w semi-imperatywnym charakterze większości norm prawa zobowiązań, które wiążą strony tylko jeśli w danej kwestii nie poczynią one swych własnych ustaleń. Zob. *Ibidem*, s. 20

¹¹²⁸ Brak wyodrębnienia kategorii umów nazwanych i nienazwanych w anglosaskich systemach *common law* z uwagi na zasadnicze niewystępowanie normatywnych typów kontraktów dostrzega m.in. W. J. Kocot. Zob. W. J. Kocot, *Zobowiązania...*, s. 366

umowy, która najlepiej odpowiadałaby potrzebom praktyki oraz określonym celom gospodarczo-społecznym¹¹²⁹.

Podsumowując, o pojawieniu się nowego empirycznego typu umowy świadczy po pierwsze powtarzalność (masowy charakter, wielokrotność występowania) danego modelu stosunku obligacyjnego, a po drugie możliwość zidentyfikowania wyraźnych ram prawnych¹¹³⁰ tej relacji, czyli wspólnych cech, które sprawiają, że umowy takiej nie można podciągnąć w całości i bezpośrednio pod żaden z istniejących normatywnych typów umowy¹¹³¹. Kontrakt spełniający obydwie z ww. przesłanek należy uznać za nadający się do ustawowego uregulowania w szczególności wtedy, gdy za takimi rozwiązaniem przemawiałyby ważne względy społeczno-gospodarcze.

Nie ulega wątpliwości, że umowa o usługi spełnia obydwie ww. przesłanki i jako taka gotowa jest do normatywnego stypizowania w przepisach kodeksowych. Uzasadnienia tej tezy można dokonać konfrontując ten model z każdą ze zidentyfikowanych cech empirycznych umów nienazwanych.

VII.2.2 Przesłanka masowego charakteru (powtarzalności) typu umowy

Masowy charakter umów o usługi rozumiany jako powtarzalność tej relacji w praktyce obrotu prawnego można udowodnić posługując się argumentami przynależącymi do trzech kategorii. Po pierwsze można odwołać się do dorobku nauk ekonomicznych, których przedstawiciele zauważają wzrastającą rolę usług w funkcjonowaniu światowej gospodarki. Prezentację stosownych opracowań zawarto w rozdziale pierwszym niniejszej rozprawy. Dodatkowym potwierdzeniem obserwacji teoretycznych mogą stanowić będące ich podstawą dane statystyczne, które z kolei zwięźle przedstawiono we wstępie do niniejszej rozprawy. Oczywiście wobec szerokiego rozumienia pojęcia usługi w naukach ekonomicznych (co sygnalizowano na początku niniejszego rozdziału) zachodzi uzasadniona wątpliwość co do możliwości uznania, że wszystkie stosunki prawne klasyfikowane przez ekonomistów jako usługi zachodzą w ramach stosunków obligacyjnych mających za przedmiot ich świadczenie. Wobec tego dążąc do udowodnienia tezy o masowym charakterze analizowanego kontraktu należy odwołać się do drugiej grupy argumentów, czyli tych które wynikają z obserwacji praktyki. W tym

¹¹²⁹ S. Wójcik, *Umowa...*, s. 299

¹¹³⁰ W. J. Kocot, *Zobowiązania...*, s. 366

¹¹³¹ S. Włodyka, *System prawa handlowego...*, s. 33

zakresie typowe powszechne przypadki usług przedstawiono na początku niniejszego rozdziału w ramach analizy wypowiedzi reprezentantów doktryny w odniesieniu do pojęcia usługi. Ponadto, potwierdzenie masowości umów o usługi mogą być publikacje przedstawiające wnioski *de lege ferenda* co do konieczności nowego uregulowania problematyki świadczenia usług, których autorzy kierując się własnymi obserwacjami dowodzą, że ta kategoria stosunków gospodarczych nabrała takiego znaczenia, że według niektórych powinna wręcz zająć naczelne miejsce wśród instytucji prawa kontraktów (choć oczywiście pojawiają się również stanowiska kwestionujące takie ujęcie). Prezentacji stosownych wypowiedzi w tym zakresie formułowanych zarówno w nauce polskiej jak i zagranicznej dokonano odpowiednio, w rozdziale VI oraz w rozdziale III. Wreszcie za trzecią grupę argumentów można uznać te o charakterze historycznym sprowadzające się do wykazania roli usług w danym momencie dziejów na podstawie szczególności dotyczących ich regulacji. Stosownych obserwacji w tym zakresie dokonano w drugim rozdziale niniejszej rozprawy kolejno opisując rozwiązania prawne w sferze świadczenia usług począwszy od czasów antycznych do współczesnych. Pierwsze z nich, szczególnie w okresie początkowym charakteryzowały się brakiem czy fragmentarycznością stosownych uregulowań umożliwiających świadczenie usług w ramach stosunków obligacyjnych, podczas gdy cechą najnowocześniejszych systemów prawnych są bardzo wyspecjalizowane modele kontraktowe dedykowane działalności usługowej (np. umowa spedycji czy umowa agencyjna w przypadku prawa polskiego).

Podsumowując, nie ulega wątpliwości, że kontrakty opisane w niniejszej pracy mianem „umów o usługi” są kategorią stosunków obligacyjnych masowo występujących we współczesnym obrocie prawnym, a co za tym idzie spełniają pierwszą z przesłanek umożliwiającą uznanie ich za empirycznie wykształcony typ kontraktu.

VII.2.3 Przesłanka wyraźnych ram prawnych

Przed przystąpieniem do wykazania prawdziwości tezy o istnieniu wyraźnych ram prawnych „umowy o usługi” należy podjąć próbę ustalenia znaczenia tego pojęcia. Powyżej wskazano, przytaczając odpowiednie wypowiedzi przedstawicieli doktryny, że przedmiotowe ramy można opisać jako wspólne cechy określonej kategorii stosunków obligacyjnych, które sprawiają, że konkretnej umowy nie można podciągnąć w całości i bezpośrednio pod żaden z istniejących normatywnych typów umowy, a z drugiej strony

należałoby dodać, że jest to zespół właściwości tych więzi umożliwiający ich podporządkowanie do danego empirycznie wykształconego typu kontraktu.

Powyższy opis nasuwa oczywiste skojarzenia z takimi pojęciami z zakresu teorii prawa jak *essentialia negotii* oraz minimalna (konieczna) treść umowy zobowiązaniowej¹¹³². Przy tym należy podkreślić, że zarówno pierwsza jak i druga kategoria, według dominującego poglądu doktryny, nie powinna mieć zastosowania do umów nienazwanych¹¹³³. Jednakże argumentem uzasadniającym niestosowność identyfikowania elementów przedmiotowo istotnych w odniesieniu do umów nienazwanych jest, skądinąd słuszne, stwierdzenie braku ich ścisłego i normatywnie wiążącego charakteru, które w razie podjęcia próby stosowania ww. pojęcia do kontraktów nienormatywnych mogłoby prowadzić do zatarcia się różnic pomiędzy nimi a typami ustawowymi¹¹³⁴. Uznając trafność tego poglądu należy jednak zauważyć, że nie wyklucza on możliwości identyfikowania pewnego zespołu cech stosunku obligacyjnego, których kryterium wyróżnienia będzie analogiczne jak w przypadku *essentialia negotii* czy minimalnej (koniecznej) treść umowy zobowiązaniowej. Tym samym można zauważyć, że ramy prawne umowy nienazwanej można uznać za funkcjonalny odpowiednik dwóch wspomnianych powyżej pojęć odnoszących się do kontraktów stypizowanych, a co za tym idzie zakres tych ram powinien zostać opisany w sposób zbliżony do zakresu przytoczonych kategorii mających zastosowanie do typów normatywnych.

W doktrynie minimalną (konieczną) treść umowy zobowiązaniowej opisuje się jako niezbędne minimum jej cech (minimalną treść „kompletnej syntaktycznie normy postępowania”), których zaistnienie umożliwia stwierdzenie jej zawarcia, a nie przyporządkowanie do określonego typu z jednoczesnym określeniem wynikających stąd

¹¹³² Rozróżnienia tych dwóch kategorii dokonał m.in. P. Machnikowski. Zob. P. Machnikowski, System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna, t. 5..., s. 459

¹¹³³ Przeciw odnoszeniu pojęcia *essentialia negotii* do umów nienazwanych opowiadają się m.in. Z. Radwański i W. J. Katner. Natomiast zastosowanie tego pojęcia do ww. czynności prawnych dopuścił B. Gawlik. Jednocześnie należy zauważyć, że drugi z wymienionych autorów, dodatkowo za mało przekonujące uznał rozróżnienie *essentialia negotii* oraz minimalnej (koniecznej) treść umowy zobowiązaniowej. Zob. odpowiednio Z. Radwański [w:] E. Drozd, B. Kordasiewicz, M. Pazdan, Z. Radwański, A. Zieliński, System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, t. 2, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2008, s. 249; B. Gawlik, Umowa know-how..., s. 81-85 oraz W. J. Katner, System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 21

¹¹³⁴ Tak np. Z. Radwański, System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, t. 2..., s. 250

konsekwencji prawnych, jak to jest w przypadku *essentialia negotii*¹¹³⁵. Do tych cech zalicza się zarówno przedmiot zobowiązania jak i podmioty (adresata normy, czyli zobowiązanego do pewnego zachowania, jak i uprawnionego, czyli recypienta tego zachowania)¹¹³⁶. Dodatkowo treść normatywna tego zachowania musi odpowiadać konstrukcji danego stosunku prawnego¹¹³⁷.

Odnosząc powyższe spostrzeżenia do umowy o usługi należy uznać, że jej minimalna treść, umożliwiająca zidentyfikowanie jej ram prawnych, to działanie jednej ze stron – usługodawcy – na rzecz drugiej strony – usługobiorcy – w zamian za wynagrodzenie albo pod tytułem darmym. Wspomniane działania muszą stanowić czynność lub kilka czynności faktycznych. Zachowania wspomniane w poprzedzającym zdaniu mogą zostać określone zbiorczym mianem „usług” przy czym muszą to być usługi, których nie można uznać za tzw. świadczenia charakterystyczne właściwe dla istniejących typów normatywnych. W przeciwieństwie do większości umów sposób określenia tego kontraktu ma charakter negatywny tj. przyporządkowanie do niego danego stosunku prawnego następuje wówczas, gdy nie można przypisać go do żadnej innej nazwanej umowy mającej za przedmiot usługi. Wobec tego można uznać, że *de lege lata* w większości przypadków stanowiłyby one kategorię odpowiadającą umowom, o których mowa w art. 750 k.c. uznawanych w doktrynie za podtyp umowy nazwanej, jaką jest umowa zlecenia z uwagi na regulację ww. przepisu¹¹³⁸. Podsumowując „minimalną (konieczną) treścią” umowy o świadczenie usług jest wykonanie usługi na rzecz innej osoby.

Poza cechami składającymi się na powyżej opisaną kategorię w obrębie ram prawnych umowy nienazwanej, można wyróżnić te właściwości przedmiotowego stosunku prawnego, które w przybliżeniu odpowiadając zakresem *essentialia negotii* umów nazwanych, po pierwsze umożliwiają potwierdzenie poprawności zakwalifikowania danej więzi obligacyjnej do wyróżnionego typu normatywnego, a po drugie pozwalają na przyporządkowanie indywidualnego przypadku do konkretnego podtypu, czyli *de facto* ustalenie konsekwencji prawnych dokonanej klasyfikacji.

Cechy te można podzielić na odnoszące się do przedmiotu kontraktu, w podziale na dotyczące samej usługi, charakteru zobowiązania oraz świadczenia wymiennego (tj.

¹¹³⁵ Zob. np. Z. Radwański, System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, t. 2..., s. 249; P. Machnikowski, System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna, t. 5..., s. 458; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo cywilne..., s. 322

¹¹³⁶ P. Machnikowski, System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna, t. 5..., s. 459

¹¹³⁷ Ibidem

¹¹³⁸ W. J. Katner, System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 12

uzyskiwanego w zamian za świadczenie charakterystyczne). Ponadto w tym kontekście można dodatkowo wspomnieć o właściwościach stron, które jednak zazwyczaj nie są ujmowane w obrębie *essentialia negotii*¹¹³⁹.

Niewątpliwie elementem przedmiotowo istotnym w przypadku opisywanego kontraktu będzie rodzaj usługi świadczonej na jego podstawie. Pojęcie to zostało szczegółowo omówione na początku niniejszego rozdziału, więc w tym miejscu należałoby się jedynie odnieść do podziału usług na usługi świadczone w ramach zobowiązań starannego działania oraz pozostałe wykonywane wskutek spełnienia zobowiązania, określanego – oczywiście nie bez kontrowersji – zobowiązaniem rezultatu. *De lege lata* podział ten może mieć znaczenie, ponieważ w przypadku zidentyfikowania kontraktu przynależnego do pierwszej kategorii zastosowanie znajdą przepisy o zleceniu. Natomiast w sytuacji przeciwnej znajdzie konieczność rozważenia możliwości zastosowania regulacji dotyczących odpowiedniej zbliżonej umowy nazwanej, zazwyczaj umowy o dzieło. Oznacza to, że poczynienie ustaleń w tym zakresie prowadzi do istotnych konsekwencji prawnych (zidentyfikowania zakresu norm prawnych mających zastosowanie do danego przypadku). Ponadto, przyporządkowanie danego kontraktu usługowego do jednej z powyżej wskazanych kategorii umożliwia przypisanie go do grupy umów o świadczenie usługi starannego działania albo grupy umowy o świadczenie usługi rezultatu.

Drugi zespół cech, który można zidentyfikować w obrębie ram prawnych, opisywanego stosunku obligacyjnego dotyczy rodzaju świadczenia wymiennego rozumianego jako ekwiwalent świadczenia charakterystycznego. Oczywiście w większości przypadków będzie to świadczenie pieniężne, jednakże w praktyce obrotu można zidentyfikować występujące masowo przypadki umów, w których wynagrodzeniem jest inne świadczenie mogące polegać zarówno na czynieniu (*facere* – model „usługa za usługę”), powstrzymaniu się od działania (*non facere* – świadczenie usługi w zamian za niepodejmowanie określonych czynności, np. działalności konkurencyjnej) oraz znoszeniu określonych działań ze strony usługodawcy lub osoby trzeciej (*pati* – popularne w obrocie konsumenckim – akceptowanie przesyłania, np. wskutek udzielania tzw. zgody handlowej, informacji handlowych – takich jak reklamy – w zamian za możliwość korzystania z określonych usług albo w zamian za obniżenie

¹¹³⁹ Przeciwno ujmowania właściwości podmiotów stosunku prawnego w obrębie *essentialia negotii* opowiada się Z. Radwański. Zob. Z. Radwański, System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, t. 2..., s. 249

wysokości świadczenia pieniężnego należnego usługodawcy tytułem wynagrodzenia). Ponadto, możliwe jest również zidentyfikowanie kontraktów jednostronnie zobowiązujących, w ramach których usługa wykonywana jest pod tytułem darmym. Ten zespół cech pozwala na przyporządkowanie poszczególnych przypadków do podtypów takich jak wymienne umowy o świadczenie usług czy nieodpłatne (niekiedy nawet jednostronnie zobowiązujące) umowy o świadczenie usług.

Istotne znaczenie może mieć również sposób wykonania usługi. Jeżeli będzie on wymagać wykorzystania technologii informatycznych (Internetu, elektronicznych środków porozumiewania się na odległość), to będziemy mieli do czynienia z tzw. umowami elektronicznymi mającymi za przedmiot usługi, co również spowoduje konieczność zastosowania do nich odpowiedniego zakresu regulacji.

Na zakończenie tego fragmentu można wspomnieć również o właściwościach podmiotów zaangażowanych w wykonywanie analizowanego rodzaju kontraktów. Wprawdzie nie będzie miał on znaczenia dla przyporządkowania danej umowy do opisywanego typu empirycznego, ale w razie świadczenia usługi na rzecz konsumenta wywoła to określone skutki prawne powodujące zaktualizowanie się po stronie usługodawcy szeregu obowiązków wynikających z przepisów regulujących tzw. obrót jednostronnie profesjonalny. Jednocześnie taki kontrakt będzie można określić mianem konsumenckiej umowy o świadczenie usług.

VII.3 Problemy kwalifikacji umów w kontekście przepisów o zleceniu i umowie o dzieło w orzecznictwie

Problematyka kwalifikacji poszczególnych stosunków prawnych, nawiązywanych w praktyce obrotu, w odniesieniu do przepisów o zleceniu, umowie o dzieło i umowie o pracę stanowi przedmiot wielu orzeczeń sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, a także sądów administracyjnych. Wynika to zasadniczo z dwóch przyczyn.

Po pierwsze, należy mieć na względzie, że jeszcze pod rządami k.z. w orzecznictwie zwracano uwagę na to, iż przyporządkowanie do konkretnych typów umów o świadczenie usług nasuwa zwykle dość znacznych trudności, gdyż brak jest jednej najistotniejszej, decydującej, a określonej przepisami prawa lub uznanej w teorii prawa bądź w orzecznictwie, cechy charakterystycznej, która wyraźnie odróżnia zatrudnienie na podstawie umowy o pracę

od innych umów o świadczenie usług¹¹⁴⁰. Ponadto, w tym samym wyroku, z którego pochodzi przytoczona powyżej teza, wskazano, że w przypadku zaistnienia w konkretnej sprawie wspomnianych problemów interpretacyjnych konieczne jest wzięcie pod uwagę całego zespołu cech charakterystycznych odróżniających umowę o pracę od innych umów o świadczenie usług oraz rozważenie czy cechy charakterystyczne dla umowy o pracę są przeważające¹¹⁴¹. Przy czym w późniejszych orzeczeniach stwierdzano, iż jeżeli umowa wykazuje wspólne cechy dla umowy o pracę i umowy prawa cywilnego z jednakowym ich nasileniem, o jej typie (rodzaju) decyduje zgodny zamiar stron i cel umowy, który może być wyrażony także w nazwie umowy¹¹⁴². Wprawdzie powyżej przedstawione rozważania odnoszą się wprost jedynie do umowy o pracę, niemniej jednak przedmiotowe spostrzeżenia można odnieść do każdego kontraktu mającego za przedmiot usługi.

Po drugie, zasygnalizowane powyżej trudności interpretacyjne należy rozpatrywać łącznie z uwarunkowaniami ekonomicznymi. W tym kontekście sprowadzają się one do kilkakrotnie wspomnianej w niniejszej pracy rosnącej konkurencyjności i coraz bardziej globalnego obrotu gospodarczego, zmuszającej jego uczestników do intensywnego ograniczania kosztów i zwiększania przychodów, które jest nie tylko warunkiem osiągnięcia dodatniego wyniku finansowego, lecz wręcz utrzymania się na rynku. Jako że jedną z najbardziej istotnych pozycji kosztowych po stronie przedsiębiorców są koszty pracy¹¹⁴³ to właśnie nakłady ponoszone w tym zakresie są przedmiotem działań zmierzających do ich redukcji. Mając na względzie, że podstawą zatrudnienia innej osoby oprócz umowy o pracę mogą być umowy cywilnoprawne (w szczególności umowy o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c. oraz umowy o dzieło) oraz, że przyporządkowanie konkretnego przypadku do danego typu jest źródłem znacznych trudności interpretacyjnych, a także to, że zawarcie każdego ze wspomnianych kontraktów wywołuje odmienne skutki w zakresie ubezpieczeń społecznych i obciążeń podatkowych, nie jest zaskakującym fakt powodowania przez tę sferę obrotu wielu sporów prawnych. Ich przyczynę niejednokrotnie stanowi dążenie uczestników obrotu do tzw. „optymalizacji” kosztów swojej działalności poprzez wybieranie rozwiązań umożliwiających

¹¹⁴⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1965 r., III PU 28/64, OSNC 1965, Nr 9, poz. 157

¹¹⁴¹ *Ibidem*

¹¹⁴² Tak np. w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1998 r. (I PKN 191/98, OSP 1999, z. 10, poz. 184)

¹¹⁴³ Mogą one wynosić nawet 55% ogółu wszystkich kosztów danego przedsiębiorcy zob. np. D. Walczak, Umowa o dzieło a umowa o świadczenie usług – skutki finansowe dla przedsiębiorcy [w:] R. Babińska-Górecka, T. Brzezicki, D. Dzieński, Ł. Jurek, M. Kempa, A. Kurzych, B. Lackoroński, A. Laskowska-Hulisz, P. Majka, R. Musiałkiewicz, P. Prusinowski, M. Raczkowski, K. Roszewska, M. Smusz-Kulesza, M. Szablowska-Juckiewicz, J. Szmit, J. Świątek-Rudoman, D. Świerblewska, D. Walczak, M. Wałachowska, J. Wantoch-Rekowski, D. Wąsik, K. Wesółowska, W. Witoszko, M. P. Ziemiak, Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych, pod red. M. Szablowskiej-Juckiewicz, M. Wałachowskiej, J. Wantoch-Rekowskiego, Warszawa 2015, s. 201

obniżenie nakładów na zatrudnianie oraz należności podatkowych. Takie działania spotykają się z reakcją ze strony właściwych organów państwa, które dbając o odpowiednie wpływy z tytułu składek albo podatków kwestionują kwalifikację danego stosunku prawnego dokonaną przez strony¹¹⁴⁴.

Jedną z kluczowych kwestii powodujących najwięcej sporów pomiędzy przedsiębiorcami zatrudniającymi pracowników, a organami emerytalnymi jest odróżnienie umowy o dzieło od umów o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c. Wynika to z tego, że w praktyce obrotu podstawą tzw. zatrudnienia cywilnoprawnego są, jak to ujęto w art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1778 z późn. zm.) „umowa agencyjna lub umowa zlecenia albo inna umowa o świadczenie usług, do której zgodnie z Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia”. Wspomniane kontrakty stanowią tytuł do ubezpieczenia, natomiast nie stanowi go umowa o dzieło. Zrozumiałym jest zatem dążenie podmiotów próbujących „optymalizować” koszty zatrudnienia do wykazywania zastosowania konstrukcji umowy o dzieło nawet w sytuacjach, w których trudno doszukać się cech tego kontraktu w treści zawartego stosunku prawnego.

Orzeczenia, które zostaną poddane analizie w tym rozdziale, przedstawiciele doktryny opisują zazwyczaj w kontekście ustalania czy stanowiące ich przedmiot umowy są tytułem do ubezpieczenia. Jednakże na potrzeby niniejszego opracowania można również postrzegać je jako materiał empiryczny umożliwiający zidentyfikowanie, powszechnie zawieranego w obrocie, nowego typu umowy oraz udowodnienie tezy o jego masowym (powtarzalnym) charakterze. Sądy bowiem dokonują w odniesieniu do tych umów mniej lub bardziej udanych subsumpcji istniejących przepisów o kontraktach nazwanych w oparciu o analizę ich cech, jednakże skonfrontowanie tych cech z tezą pracy prowadzi do wniosku, iż w istocie są to przykłady, zidentyfikowanego w niniejszej rozprawie, nowego typu umowy.

Podstawową cechą umowy o usługi jest zobowiązanie do wykonania określonej czynności, niepodlegającej regulacji jakiegokolwiek innej umowy nazwanej, nawet wskutek zinterpretowania składających się na nią przepisów przy pomocy wnioskowania *per*

¹¹⁴⁴ Organy podatkowe mają taką możliwość na podstawie art. 199a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 800 z późn. zm.). Mimo, że przepis ten nie ma zastosowania do spraw z zakresu ubezpieczeń społecznych, to również w tej sferze obrotu prawnego organy ubezpieczeniowe są władne do przeprowadzenia własnej kwalifikacji stosunków prawnych pod kątem możliwości ich uznania za tytuły do ubezpieczenia społecznego, wtedy gdy cywilnoprawne przepisy o wykładni oświadczeń woli uniemożliwiają dokonanie kwalifikacji umowy jako umowy o świadczenie usług albo umowy o dzieło. Tak. B. Lackroński, Zlecenie a umowa o dzieło w systemie ubezpieczeń społecznych – perspektywa cywilnoprawna [w:] Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych, pod red. M. Szablowskiej-Juckiewicz, M. Wałachowskiej, J. Wantoch-Rekowskiego, Warszawa 2015, s. 152

analogiam. Tak zdefiniowany stosunek prawny obejmowałby swym zakresem również, te kontrowersyjne w kontekście ubezpieczeń społecznych, kontrakty zobowiązujące do osiągnięcia konkretnego rezultatu, który jednak nie może zostać uznany za dzieło. W obecnym stanie prawnym są one różnie kwalifikowane, co w sposób oczywisty obniża poczucie pewności prawa po stronie uczestników obrotu.

Wspominana umowa mogłaby zobowiązywać do wszelkich tych świadczeń, które *de lege lata* budzą wątpliwości w zakresie ich przyporządkowania do umowy o dzieło albo do umów o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c. Przedstawiając ich przykłady w oparciu o orzeczenia, w których dokonano poszczególnych kwalifikacji, można udowodnić tezę o masowym charakterze (powtarzalności) kontraktu tego typu, a co za tym idzie uznać, że spełnia on wymagania stawiane stosunkom prawnym nadającym się do uregulowania w przepisach prawa powszechnie obowiązującego.

Świadczenie jako kryterium rozróżnienia dwóch powyżej wskazanych umów, jest wykorzystywane w różnych aspektach. Przede wszystkim analizuje się jego treść w zakresie: celu (obowiązek osiągnięcia rezultatu albo jego brak, zastrzeżenie dochowania należytej staranności), liczby czynności prowadzących do jego spełnienia i ich natężenia w czasie (jednorazowe, wielokrotne, częstotliwe) oraz charakteru (unikatowość albo powtarzalność). Przedstawiając skutki praktycznego zastosowania wskazanego kryterium należy wspomnieć, że stosunek prawny, w ramach którego zastrzeżono odpowiednio obowiązek osiągnięcia rezultatu, zazwyczaj poprzez wykonanie jednorazowej czynności (nawet rozumianej jako szereg działań składających się, na dające się wyraźnie wyodrębnić, jednostkowe zachowanie), mającego unikalny charakter i nie cechujący się powtarzalnością, zostanie na ogół zakwalifikowany jako dzieło.

Prezentacja orzecznictwa, uwzględniająca wskazywane powyżej cechy umów, zostanie poprzedzona wskazaniem wyroków mogących stanowić przykład kontrowersyjnego przyporządkowania danego kontraktu w oparciu o treść świadczenia. Następnie zostaną przywołane judykaty, w których dla dokonania kwalifikacji posłużono się kryteriami częstotliwości świadczeń; ich powtarzalności albo unikatowości oraz zastrzeżenia obowiązku starannego działania.

VII.3.1 Przykłady świadczeń kwalifikowanych jako przedmiot umowy o dzieło

Przed przystąpieniem do opisanego odpowiednich orzeczeń należy wspomnieć, że zasadniczo w doktrynie nie ma wątpliwości co sposobu rozumienia przedmiotu umowy o dzieło. Przekonującą definicję w tym zakresie zaproponował A. Brzozowski. Według tego autora „przedmiotem umowy o dzieło w ujęciu Kodeksu cywilnego jest więc przyszły, z góry określony, samoistny, materialny lub niematerialny, lecz ucieleśniony, obiektywnie osiągalny (w danych warunkach) pewny rezultat pracy i umiejętności przyjmującego zamówienie, którego charakter nie wyklucza możliwości zastosowania przepisów o rękojmi za wady. Wymaga podkreślenia, że przedstawiony zespół cech konstytutywnych występować musi łącznie.”¹¹⁴⁵.

Z uwagi na wspomnianą powyżej okoliczność zaistnienia większości sporów rozstrzyganych analizowanymi w niniejszym podrozdziale orzeczeniami wskutek dążenia stron kwestionowanych umów do optymalizacji kosztów zatrudnienia, w stanach faktycznych tych spraw rzadko kiedy można zidentyfikować wszystkie elementy przywołane w cytowanej definicji¹¹⁴⁶. Tym bardziej uzasadnione jest twierdzenie o przynależności tych stosunków prawnych do grupy umów stanowiących przejaw typu zidentyfikowanego w tej pracy.

¹¹⁴⁵ A. Brzozowski, *System...*, t. 7, s. 328

¹¹⁴⁶ W treści rozdziału przedstawione zostaną przypadki kontrowersyjne, których klasyfikacja jest dyskusyjna. Pominięte zostaną przypadki, w których dokonano ewidentnie błędnej subsumpcji. Przykładem takiego orzeczenia może być wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 28 października 2014 r., III AUa 576/14, LEX nr 1548401. Przedmiotowy judykant dotyczył kontraktu zawartego z twórcą dzieł literackich o przygotowanie i przeprowadzenie spotkania autorskiego z czytelnikami w ramach dyskusyjnego klubu książki. Sąd w tymże wydarzeniu doszukał się rezultatu sprowadzającego się do „odbioru osobowości autora z jednej strony, a z drugiej do doznań literackich związanych z jego twórczością”. Jednocześnie zwrócił uwagę na analogię pomiędzy ww. działaniem a artystycznym wykonaniem utworu z uwagi na możliwość wyboru przez autora konkretnego modelu komunikacji z czytelnikiem, której celem jest przedstawienie swojego warsztatu literackiego oraz stworzonych przez siebie utworów przez odwoływanie się do nich lub przytaczanie ich fragmentów. Ten przejaw rozumowania jest wynikiem przyjęcia, właściwego dawniejszemu orzecznictwu (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 1967 r., I CR 500/66, OSN 1968, Nr 1, poz. 5) i doktrynie utożsamienia samoistności dzieła – za które uznawano wykonania koncertów, recytacje, inscenizacje – z ich utrwaleniem w pamięci ludzkiej i zachowaniem w tej postaci (Zob. R. Longchamps de Brier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 557). W nowszej literaturze słusznie podnosi się, że istotą samoistności jest niezależność od twórcy (jego dalszego istnienia i oddziaływania), zamawiającego i innych osób takich jak słuchacze czy widzowie (Zob. A. Brzozowski, *System...*, t. 7, s. 331-332). Analogicznie, błędnie dopuścił się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 kwietnia 2011 r. II UK 315/10, w którym stwierdzono, że przedmiotem umowy o dzieło nie jest tłumaczenie dokumentów (umów, specyfikacji, korespondencji) związanych z działalnością gospodarczą. Takie czynności nie składały, zdaniem sądu, na wykonanie oznaczonego dzieła w rozumieniu art. 627 k.c., gdyż polega ono na stworzeniu dzieła, które poprzednio nie istniało – przy czym trudno uznać za nie tłumaczenie dokumentów związanych z działalnością przedsiębiorcy. Przedmiotowa konstatacja jest dość dyskusyjna, gdyż przetłumaczony dokument jest niewątpliwie nową postacią tekstu (oryginału), która do czasu dokonania przekładu nie istniała. Być może tak kontrowersyjna ocena wynika z zastosowanego również w poprzednim cytowanym orzeczeniu błędnego przypisania kodeksowemu pojęciu „dzieła” znaczenia, które nadaje się temu słowu w języku potocznym. W każdym razie w tym wyroku Sądu Najwyższego poczyniono jeszcze inne bardziej trafne ustalenia i w tym zakresie przedmiotowy judykant zostanie opisany.

Niemniej jednak możliwe jest stwierdzenie przypadków, w których kwalifikacji dokonano poprawnie, jednakże dla jej umotywowania użyto niewłaściwej bądź niepełnej argumentacji. Przykładem tego zjawiska mogą być orzeczenia dotyczące umowy sprzątanania.

Sprzątanie niewątpliwie stanowi usługę w znaczeniu określonym w poprzednim podrozdziale. Przy tym nie wpływają na tę klasyfikację takie cechy tej działalności jak częstotliwość czy obiektywne trudności w zakresie wskazania optymalnych wymiernych wskaźników określających standardy realizacji czynności składających się na ten proces. Wykonanie zobowiązania można bowiem w tym zakresie zdefiniować zarówno poprzez zastosowanie mierników jakości działania usługodawcy, jak również parametrów odpisujących uzyskany przez niego efekt. W tym kontekście problematyczne jest ustalenie czy generalnie usługa sprzątanania stanowi świadczenie rezultatu czy starannego działania (wydaje się, że zależy to od uwarunkowań danego przypadku), a trudności w tym zakresie sprawiają, że wspomniany stosunek prawny jest źródłem sporów rozstrzyganych w orzecznictwie sądów powszechnych. Dzięki tym rozstrzygnięciom można z kolei zidentyfikować tę kategorię kontraktów jako wpisującą się w zakres umowy o świadczenie usług.

Obecnie w judykaturze można zaobserwować dwie tendencje w zakresie kwalifikacji sprzątanania. Według pierwszej działalność ta, a raczej jej rezultat, może stanowić przedmiot umowy o dzieło. Takie stanowisko przedstawiono np. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 9 stycznia 2013 r., III AUa 626/12, LEX nr 1281079 oraz wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 12 lutego 2013 r., III AUa 1016/12, LEX nr 1312028. Oba wspomniane orzeczenia dotyczyły przypadków „posprzątanania” określonych miejsc (odpowiednio zaplecza budowy, mieszkania, biura budowy oraz szatni w stanie faktycznym pierwszego oraz placu z zamiarem zorganizowania na nim placu manewrowego w przypadku drugiego). Orzekające sądy uznały, że w każdym z dwóch przypadków można zidentyfikować „konkretny rezultat, podlegający ocenie i ewentualnej odpowiedzialności za wady” albo „określony rezultat” w uzgodnionej przez strony postaci. Nie wspomniano jednak w treści tych judykatów o sposobie zidentyfikowania przez strony tych rezultatów, w szczególności poprzez ustanowienie obiektywnie uzasadnionych wskaźników umożliwiających stwierdzenie, że dany obiekt w istocie został posprzątanany zgodnie z intencją kontrahentów.

Stwierdzenie potrzeby ustanowienia ww. wskaźników występuje w orzeczeniach stanowiących przejaw drugiej tendencji orzeczniczej przejawiającej się w klasyfikowaniu usługi sprzątanania jako świadczenia w ramach umów, o których mowa w art. 750 k.c. W tym

kontekście należy wspomnieć o wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 21 listopada 2013 r., III AUa 416/13, LEX nr 1403688 dotyczącym kontraktu zobowiązującego do „wysprzątania budynków, wymycia lamperii, okien i drzwi do budynków, codziennego wysprzątania i odśnieżenia powierzchni terenów przynależnych do budynków”. W orzeczeniu tym stwierdzono, że analizowany stosunek prawny nie może być uznany za umowę o dzieło, ponieważ w jego treści nie zastrzeżono „obiektywnych kryteriów pozwalających na stwierdzenie, że efekt pracy obarczony był wadami fizycznymi”, ani nie zdefiniowano pożądanego rezultatu jako stanu „w postaci uprzątnięcia określonych pomieszczeń” możliwego „do weryfikacji w oparciu o jednostki metryczne, czy też przez porównanie z istniejącym wzorem, z wykorzystaniem planów, rysunków lub przez opis”¹¹⁴⁷. Ponadto uznano, iż skutek zastrzeżony w opisywanym zobowiązaniu, ujęty jako „porządne wysprzątanie” nie jest rezultatem w postaci materialnej lub niematerialnej niezbędnym dla stwierdzenia wykonania dzieła, lecz stanem, który się osiąga w wyniku starannego działania. W tym kontekście uzasadniając swoje stanowisko sąd powołał się na formułowany w orzecznictwie pogląd, zgodnie z którym dziełem jest stworzenie czegoś lub przetworzenie do postaci w jakiej dotychczas nie istniało¹¹⁴⁸.

Odnosząc się do stwierdzeń sformułowanych w przytoczonym orzeczeniu można by było jednak zauważyć, że odpowiednio ujęta umowa o sprzątanie mogłaby spełniać wskazane przez sąd wymagania z uwagi na okoliczność doprowadzenia przewidzianej do wysprzątania powierzchni czy obiektu, do stanu uzgodnionej czystości, która z uwagi na postępujące zużycie powierzchni czy miejsca byłaby jednocześnie postacią jaka dotychczas nie istniała.

Podsumowując kontrakt mający za przedmiot sprzątanie zarówno *de lege lata* jak i *de lege ferenda* (tj. wówczas, gdy do systemu prawa polskiego wprowadzono by nowy typ umowy o świadczenie usług) mógłby zostać uznany za umowę o dzieło pod następującymi warunkami. Rezultat zastrzeżony w treści stosunku prawnego musiałby mieć charakter przyszły z góry określony i samoistny. To znaczy powinien zostać ujęty jako opis stanu, który dłużnik ma

¹¹⁴⁷ Dokładnie te metody weryfikacji osiągnięcia rezultatu w umowie o dzieło wskazuje się w doktrynie na podstawie obserwacji praktyki obrotu. Zob. A. Brzozowski, System..., t. 7, s. 328 i cyt. tam literaturę. Analogiczne podejście prezentowane jest w orzeczeniach dotyczących usług zbliżonych do sprzątania takich jak pielęgnacja terenów zielonych. W dotyczącym tej działalności judykacie tj. wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 28 sierpnia 2013 r., III AUa 2179/12, LEX nr 1381347 uznano, że niewskazanie w umowie wymiernych parametrów wykoszenia i wygrabienia terenów zielonych umożliwiających skontrolowanie czy rezultat został osiągnięty, przesądza o kwalifikacji umowy jako umowy o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c.

¹¹⁴⁸ Tak w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 17 września 2012 r., III AUa 280/11, Lex nr 1171362. Pogląd ten również wyrażono w późniejszym wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 9 października 2014 r., III AUa 2921/13, LEX nr 1551935

osiągnąć wskutek wykonania umowy. Opis¹¹⁴⁹ ten mógłby opierać się na wskaźnikach dotyczących samych czynności (np. konieczność umycia przy wykorzystaniu określonych substancji i narzędzi oraz poprzez przyjęcie odpowiedniego sposobu czy częstotliwości działania np. poprzez umycie danej powierzchni raz na godzinę). Jednakże mógłby odwoływać się również do efektów takich jak utrzymanie czystości danej powierzchni poprzez bieżące usuwanie zabrudzeń (smug, śladów, kurzu itp.) – np. w określonym terminie (rozumianym zarówno jako okres obowiązywania umowy czy konkretny dzień, w którym efekt powinien zostać osiągnięty). Z samej umowy powinien wynikać również tryb odbioru pracy, a w szczególności sposób zgłaszania i usuwania wad oraz metodologia porównania uzyskanego efektu z tym założonym, a ujętym w treści ww. opisu.

Pomimo tego, że jak wynika z zaproponowanych powyżej rozwiązań, ujęcie umowy o sprzątanie jako umowy o dzieło jest możliwe, to należy zauważyć, że wiązałoby się ono ze znacznymi kosztami transakcyjnymi po stronie zamawiającego. Musiałby on bowiem dokonywać wnikliwej weryfikacji skutków wykonanych czynności, co zapewne miałyby uzasadnienie w przypadku pomieszczeń, w których bezwzględnie należy utrzymać czystość na wysokim poziomie (sale operacyjne, miejsca usytuowania linii produkcji żywności itp.), jednakże w przypadku takich obiektów jak biura czy mieszkania byłoby działaniem nie znajdującym praktycznego uzasadnienia.

Dlatego też wydaje się, że bardziej właściwą formułą dla tej konkretnej usługi jest jednak kontrakt, o którym mowa w art. 750 k.c., który jako stosunek prawny oparty na zaufaniu pomiędzy stronami zobowiązuje usługodawcę do działania z należytą starannością, prowadzącą, jako naturalna jego konsekwencja, do skutku odpowiadającego wyobrażeniom zamawiającego bez potrzeby prowadzenia wnikliwej weryfikacji.

Natomiast, *de lege ferenda*, osiągnięcie rezultatu byłoby wspierane przez szereg postanowień nowego typu umowy, którego celem byłoby stworzenie rozwiązań

¹¹⁴⁹ Należy zauważyć, że w orzeczeniach dotyczących wprowadzie innych usług niż sprzątanie, zwracano uwagę, że brak precyzyjnego opisu rezultatu albo niemożność wykazania przez stronę jego osiągnięcia jest przesłanką umożliwiającą zakwestionowanie uznania danego kontaktu za umowę o dzieło. Tak stwierdzono w wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 24 października 2012 r. III AUa 670/12, w którym, po pierwsze uznano, iż w sytuacji, w której sama strona nie potrafi precyzyjnie i jednoznacznie określić, co było przedmiotem zawartych przez nią umów, brak jest podstaw do dokonania oceny materiału dowodowego odmiennej od oceny pozwanego organu rentowego (który oczywiście kwestionował okoliczność zawarcia kontraktu z art. 627 k.c.), a gdy te działania ujęte są w tekście umowy jako prace spawalnicze czy spawanie kontenerów, to jest to określenie zbyt ogólne, aby mogło zostać uznane za oznaczenie dzieła w rozumieniu art. 627 k.c. Po drugie, w tym samym orzeczeniu odnosząc się do innej usługi polegającej na sporządzaniu analiz finansowych stwierdzono, że jeśli strona na żadnym etapie postępowania nie jest w stanie przedłożyć sporządzonych analiz, to nie ma możliwości sprawdzenia, czy faktycznie ich przedmiotem były dzieła będące rezultatem działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalone w skonkretyzowanej przez strony postaci czy też typowe usługi księgowo.

uprawdopodobniających, że spodziewany skutek zostanie uzyskany. W tym zakresie przede wszystkim trzeba było wprowadzić obowiązek osiągnięcia konkretnego rezultatu wskutek świadczenia usługi, jeśli został on zastrzeżony w treści umowy lub jest zasadnie spodziewany przez usługobiorcę i jednocześnie nie zachodzą istotne ryzyka nieosiągnięcia zakładanego skutku mimo wykonania usługi. Ponadto, przedmiotowa kwestia powinna znaleźć się w zakresie obowiązków informacyjnych stron, które wzajemnie musiałyby zawiadamiać się o okolicznościach mogących nie doprowadzić do osiągnięcia uzgodnionych lub zasadnie spodziewanych rezultatów zarówno na etapie przedkontraktowym jak i w trakcie wykonywania świadczeń. Poza tym, powinna ona znaleźć przełożenie na przesłanki umożliwiające wstrzymanie się ze spełnieniem świadczenia przez usługobiorcę czy warunkujące wypłatę odszkodowania.

Podsumowując, w obecnym stanie prawnym wskutek zbyt mało precyzyjnego ujęcia rezultatu w treści umów mających za przedmiot sprzątanie należałoby je uznać za kolejny dowód występowania w obrocie typu empirycznego umowy o świadczenie usług.

Podobny charakter do usługi sprzątania ma usługa prania, której istota sprowadza się do usunięcia brudu z odzieży bez zmiany właściwości materiału. Z uwagi na tę okoliczność jest ona w orzecznictwie kwalifikowana jako mająca charakter umowy o dzieło (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1986 r., III CRN 82/86, OSNC 1987, nr 8, poz. 125). Niemniej jednak należy zauważyć, że stosunek prawny polegający na wykonywaniu tego samego świadczenia w sposób częstotliwy może podlegać zupełnie odmiennej klasyfikacji, która w swej istocie, podobnie jak sprzątanie, mogłaby zostać zakwalifikowana jako przykład nowego typu umowy o świadczenie usług z zastrzeżeniem obowiązku osiągnięcia konkretnego rezultatu. Kwestii częstotliwego wykonywania dzieła w ramach o pojedynczej relacji kontraktowej i jej wpływu na klasyfikację umowy zostanie poświęcony osobny podrozdział.

Przechodząc do innych przykładów umów, klasyfikowanych w orzecznictwie jako kontrakty mające za przedmiot dzieło należałoby przywołać wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1976 r., II CR 193/76, OSPiKA 1977, z. 11–12, poz. 194, w którym do tej kategorii zaliczono stosunki prawne dotyczące wykonania prac polowych (orki, siewu, żniw, młócenia itp.). Przy czym można odnotować również rozstrzygnięcia idące w przeciwnym kierunku poprzez nieuznanie umowy o świadczenie usługi agrotechnicznej polegającą na oprysku uprawy za umowę o dzieło (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 lipca 1979 r., II CR 213/79, OSPiKA 1980, z. 4, poz. 71), jednakże bez jednoznacznego przypisania takiego

kontraktu do konkretnej kategorii. W tym zakresie również wydaje się, że klasyfikacja takiego stosunku prawnego, podobnie jak sprzętania, sprowadzałaby się do opisanie uzgodnionego rezultatu w sposób umożliwiający jego weryfikację przez strony. W sytuacji niemożliwości poddania go weryfikacji w oparciu o jednostki metryczne, czy też przez porównanie z istniejącym wzorem, z wykorzystaniem planów, rysunków lub przez opis należałoby uznać, że nie może on stanowić przedmiotu umowy o dzieło stanowiąc *de lege lata* przykład umowy z art. 750 k.c. albo przejaw zidentyfikowanego w tej pracy nowego typu umowy.

Kolejnym przykładem kontraktu zakwalifikowanego w orzecznictwie jako umowa o dzieło jest stosunek prawny mający za przedmiot usługi konsultingu. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2007 r., II CSK 77/07, M. Praw. 2007, nr 11, poz. 587 stwierdzono w tej kwestii, że z jednej strony nie jest to relacja stypizowana w k.c., lecz z uwagi na to, iż ma za przedmiot uzyskanie specjalistycznych informacji gospodarczych, analizę i diagnozę przedstawionego zagadnienia, prognozę co do planowanych przedsięwzięć oraz ewentualne zalecenia, ale mające charakter opiniodawczy, czyli działania składające się na świadczenie typu *facere*, to należałoby ją uznać za wpisującą się w zakres art. 750 k.c. Niemniej jednak w stanie faktycznym sprawy rozstrzygniętej ww. judykatem uznano, że z uwagi na okoliczność zobowiązania się przez wykonawcę nie tylko do przeprowadzenia badania, lecz również prognozy kształtowania się rynków i opracowania strategicznych wniosków dla zamawiającego, a także poniesienia odpowiedzialności za szkody wynikłe z tytułu niefachowości ekspertyzy, to uzasadniony był – zdaniem Sądu – wniosek, że przedmiotem tej umowy był rezultat czyli dzieło.

Wobec takiego stwierdzenia należy zauważyć, że spotkało się ono z krytyczną oceną przedstawicieli doktryny. D. Krekora słusznie spostrzegła, że do momentu wydania ww. wyroku, jednolicie był reprezentowany pogląd o tym, że celem analizowanej umowy nie jest jedynie uzyskanie opinii, lecz przeprowadzenie na rzecz klienta intelektualnego procesu, którego skutkiem byłoby sformułowanie oceny (analizy, diagnozy) okoliczności związanych z zakresem powierzonego zadania oraz udzielenie rad i zaleceń ułatwiających podjęcie właściwej decyzji¹¹⁵⁰. Tym samym sprowadzenie przez sąd istoty tej umowy jedynie do dokumentu-ekspertyzy stanowiącego podsumowanie ww. działań konsultanta niewątpliwie nie może zostać zaaprobowane. Również uznanie wspomnianego opracowania za dzieło,

¹¹⁵⁰ D. Krekora-Zajac, Glosa do wyroku SN z dnia 9 maja 2007 r., II CSK 77/07, Państwo i Prawo 2009, Nr 2, s. 137 i cyt. tam literatura.

będącego formą opinii, jest kontrowersyjne, ponieważ jak już wspomniano jego najważniejszym aspektem jest ucieleśnienie procesu myślowego konsultanta, którego rezultaty mogą znaleźć korzystne przełożenie na sferę działań klienta, pod warunkiem ich właściwego wykorzystania.

Oczywiście w ramach działalności konsultingowej nie jest wykluczone zawarcie umowy, której przedmiot, uzasadniałby jej zakwalifikowanie jako umowy o dzieło. Niemniej jednak taki kontrakt powinien zobowiązywać do osiągnięcia skutku spełniającego wszystkie wskazane powyżej przesłanki definicji dzieła, a jednocześnie wykluczać te aspekty, które zidentyfikowano w opisywanym orzeczeniu tj. nie powinien służyć procesowi podejmowania decyzji przez klienta. Przykładem takich stosunków zobowiązaniowych mogą być te, w ramach których zleca się przygotowanie różnego rodzaju raportów, analiz czy innych opracowań stanowiących dla zamawiającego cel sam w sobie.

Dokonując oceny stosunku prawnego będącego przedmiotem opisanego powyżej rozstrzygnięcia, *de lege lata* należałoby podzielić tezę o konieczności uznania jej za umowę podlegającą regulacji art. 750 k.c., a tym samym zastosowaniu przez sąd niewłaściwej subsumpcji norm typizujących umowy nazwane. Natomiast w kontekście ustaleń czynionych na potrzeby wykazania tezy o możliwości wyodrębnienia nowego typu umowy należałoby niewątpliwie przyjąć, że umowa konsultingu, w treści której możliwe jest zastrzeżenie rezultatu wraz z przyjęciem odpowiedzialności za jego osiągnięcie, stanowi przejaw zidentyfikowanego w tej pracy typu empirycznego umowy o świadczenie usług.

VII.3.2 Przykłady świadczeń kwalifikowanych jako przedmiot umów o świadczenie usług

Mając na względzie uwarunkowania wspomniane na początku niniejszego rozdziału należy zauważyć, że zarówno organy emerytalne jak i podatkowe w większości przypadków będą dążyć do wykazania, że dany przypadek umowy służącej nawiązaniu tzw. zatrudnienia niepracowniczego, przedstawiany przez strony jako umowa o dzieło, w istocie nią nie jest. Niejednokrotnie działania tych instytucji są na tyle skuteczne, że znajdują przełożenie na treść odpowiednich wyroków sądowych, na podstawie których można zidentyfikować wielość stanów faktycznych obejmujących świadczenie usług klasyfikowanych przez sądy jako zachodzące w ramach relacji kontraktowych podlegających regulacji art. 750 k.c. Natomiast na potrzeby niniejszej pracy zidentyfikowane przypadki będzie można przedstawić jako

przejaw więzi obligacyjnych nowego typu, których liczba uzasadnia postawienie tezy o ich masowym występowaniu w obrocie.

Z uwagi na opisany w tym rozdziale charakter pojęcia usługi, który jest ujmowany głównie przy wykorzystaniu definicji negatywnych, przeważająca większość przypadków, w których organowi udało się skutecznie zakwestionować okoliczność zawarcia umowy o dzieło będzie prowadziła do klasyfikowania przez sądy spornego kontraktu jako umowy o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c. W tej grupie będzie można znaleźć bardzo zróżnicowane przypadki, a jednocześnie ze względu na charakter dotyczących ich sporów, w ich treści znajdują się postanowienia obliczone na opisanie rezultatu. Tym samym będzie można podjąć próbę przypisania ich do nowego typu empirycznego analizowanego w niniejszej pracy.

Pierwszym przykładem świadczenia kwalifikowanego jako wpisujące się w zakres stosunków zobowiązaniowych podlegających regulacji art. 750 k.c., w sposób budzący wątpliwości, jest wygłoszenie wykładu czy przeprowadzenie szkolenia.

W tym zakresie w judykaturze zauważalna jest linia orzecznicza, w ramach której kategorycznie przyjmuje się, że wskazane działania sprowadzają się do czynności, które nigdy nie odrywają się od wykładowcy i trwają tak długo, jak wygłaszanie wykładu, po którego zakończeniu wygasają, nie pozostawiając ucieleśnionego rezultatu¹¹⁵¹. Podobnie ocenia się zobowiązanie do wykonywania pracy nauczycielskiej lub instruktorskiej w placówkach nauczających, dopatrując się w nich umowy o zobowiązanie starannego działania, a nie o zobowiązanie rezultatu¹¹⁵², czy szkolenia przygotowujące kandydatów na kierowców do egzaminu państwowego w celu uzyskania prawa jazdy¹¹⁵³. Analogiczne podejście prezentowane jest w odniesieniu do umów o usługi edukacyjne takie jak nauczanie języka obcego. Przykładowo można w tym kontekście przytoczyć wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 19 czerwca 2013 r., III AUa 1511/12, LEX nr 1350370, w którym wskazano, że w przypadku takich kontraktów nie występuje żaden rezultat uwidoczniiony w jakiegokolwiek postaci materialnej lub niematerialnej, a próby przypisania wykonawcy odpowiedzialności za wady dzieła utożsamiane z niewystarczającym poziomem postępów po

¹¹⁵¹ Tak stwierdzono w wyrokach Sądu Najwyższego z 22 stycznia 1970 r. sygn. akt: II PR 298/69 (niepublikowanym), z 28 marca 2000 r. sygn. akt: II UKN 3 86/99, OSNAPiUS 2001 Nr 16, poz. 522 i z 5 grudnia 2000r. sygn. akt: I PKN 127/00, OSNAPiUS 2002 Nr 15, poz. 356, a także w Wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 4 lutego 2015 r., sygn. akt II GSK 333/14).

¹¹⁵² Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 grudnia 2008 r., I UK 140/08 oraz wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r., II UK 187/11, LEX nr 1169838

¹¹⁵³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2012 r. II UK 187/11

stronie słuchaczy są nieuzasadnione, gdyż osiągnięcie takiego skutku w dużej mierze jest udziałem studentów jako pochodna ich indywidualnych zdolności, ambicji i wysiłku. Zgodnie z przywołanym orzeczeniem na taką klasyfikację nie wpływa konieczność doboru przez wykonawcę teorii, metod edukacyjnych, sposobu prowadzenia konwersacji itp., gdyż wkład w postaci wysiłku intelektualnego, wymaganego przy każdej pracy umysłowej, jest elementem obowiązku starannego działania. Również gdy nakład tej pracy zostanie zmaterializowany na piśmie nie może zostać utożsamiony z dziełem, gdy umowa dotyczy przeprowadzenia cyklu szkoleniowego w placówce organizującej specjalistyczne nauczanie¹¹⁵⁴. Ponadto za rezultat odpowiadający pojęciu dzieła, w rozumieniu art. 627 k.c., nie może zostać uznana realizacja programu, zakończenie cyklu zajęć, lub nawet wspomniane powyżej przedłożenie materiałów opracowanych na potrzeby szkolenia, gdyż efekt tej pracy stanowić może jedynie wiedza nabyta przez słuchaczy¹¹⁵⁵.

Z drugiej jednak strony podnosi się, że w razie wystąpienia możliwości uznania wykładu za utwór, tj. wtedy, gdy ma charakter niestandardowy, niepowtarzalny, a ponadto spełnia kryteria twórczego i indywidualnego dzieła naukowego¹¹⁵⁶ należałoby dokonać odmiennej klasyfikacji. Podobnie byłoby w przypadku wykładu o charakterze monograficznym¹¹⁵⁷.

Wobec powyższego należy uznać, że wykonalne jest takie ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego mającego za przedmiot wygłoszenie wykładu czy przeprowadzenie szkolenia, które umożliwi jego zakwalifikowanie jako umowy o dzieło. W tym zakresie podobnie jak w przypadku wcześniej opisywanych relacji potrzebne będzie właściwe ujęcie rezultatu, którym może być zarówno przedstawienie takiego wykładu, który z uwagi na jego przymioty mógłby zostać uznany za dzieło, jak i wygłoszenie go również na potrzeby utrwalenia w postaci nagrania audio czy wideo (tj. fonograficznego, wizualnego czy audiowizualnego), które następnie mogłyby stanowić samodzielny przedmiot obrotu, a nawet

¹¹⁵⁴ Tak również stwierdzono w wyrokach Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 30 sierpnia 2012 r., III AUa 394/12, LEX nr 1217818 oraz z dnia 6 czerwca 2012 r., III AUa 377/12, LEX nr 1213800

¹¹⁵⁵ Tak w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 6 grudnia 2012 r. III AUa 1208/12

¹¹⁵⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 420/13, LEX nr 1480060.

¹¹⁵⁷ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 sierpnia 2013 r., II UK 26/13, LEX nr 1379926, w którym stwierdzono, że działania polegające na wygłoszeniu cyklu wykładów na konkretny temat, mających cechy wykładu monograficznego w znaczeniu cyklu wykładów składających się na kurs dotyczący jednego konkretnego zagadnienia, mających na celu dokładne i szczegółowe przedstawienie określonej problematyki lub wyczerpanie zagadnienia ujętego w tytule, który ma cechy utworu w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy z 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1191), zwanego dalej „Prawem autorskim”, nie jest objęte obowiązkiem ubezpieczenia społecznego.

zostać poddane kontroli i korygowaniu w trakcie procesu tworzenia również pod kątem usunięcia wad tego świadczenia¹¹⁵⁸.

Jednocześnie, podczas gdy *de lege lata*, większość umów mających za przedmiot wykłady powinna zostać sklasyfikowana jako umowy o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c., to *de lege ferenda* możnaby było uznać je za przejaw nowego typu umowy w szczególności w tych przypadkach, w których dochodzi do zastrzeżenia obowiązku osiągnięcia określonego rezultatu nie posiadającego samoistnej postaci (np. wygłoszenia wykładu według precyzyjnie określonych wskazówek w postaci konspektu, planu, skryptu czy zobowiązania się do przeprowadzenia szkolenia w sposób gwarantujący uzyskanie określonego przyrostu wiedzy u uczestników mierzonego porównaniem wyników tzw. pre-testów i post-testów).

Kolejnym przypadkiem kontraktów, które stwarzają trudności kwalifikacyjne, są umowy mające za przedmiot różnego rodzaju usługi reklamowe obejmujące organizację i prowadzenie prelekcji służących prezentacji i sprzedaży towarów. W tym kontekście w pierwszej kolejności można wymienić wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 1 października 2012 r. III AUa 919/12. Wskazano w nim, że za umowę o dzieło nie można uznać takiej, która stanowiła źródło zobowiązania do każdorazowego znajdowania zainteresowanych wzięciem udziału w prelekcji reklamowej poprzez dzwonienie do osób wskazanych na liście otrzymanej od drugiej strony umowy, umawianie ich na udział w prelekcji reklamowej powiązanej ze sprzedażą wyrobów, prowadzenie rozmowy z ww. osobami według tekstu przygotowanego przez drugą stronę, adresowanie kopert z zaproszeniami na umówione spotkanie, potwierdzanie chęci udziału tych osób w prelekcji dzień przed spotkaniem. W innym orzeczeniu dotyczącym podobnej działalności tj. wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 1 października 2012 r. III AUa 1026/12, uznano, że na zmianę kwalifikacji wyłączającej stwierdzenie umowy o dzieło nie może wpłynąć okoliczność nałożenia na prelegenta zobowiązanego do przeprowadzenia pokazu reklamowego przygotowanie i zaaranżowanie zaplecza organizacyjnego, ani uzależnienie wynagrodzenia od zgłoszenia się chętnych zakupić reklamowane produkty, ponieważ pomimo to działalność ta została oceniona jako „szereg powtarzalnych czynności o charakterze *stricte* usługowym”. W odniesieniu do wspomnianego zastrzeżenia umownego należy wspomnieć, że o zmianie klasyfikacji, zdaniem sądu, nie przesądza nałożenie obowiązku uzyskania przez organizatora 30% procentowej frekwencji umówionych

¹¹⁵⁸ Tak w odniesieniu do utworów w postaci wykonan koncertowych, estradowych oraz innych prezentowanych „na żywo”, które co do istoty są dość zbliżone do prowadzenia wykładów i szkoleń, J. Barta, Umowa o dzieło w obrębie pracy twórczej, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego 1988, Nr 3, s. 96.

uczestników pokazu, której nieosiągnięcie świadczyłoby o niewykonaniu dzieła¹¹⁵⁹. Analogiczną ocenę charakteru opisywanej działalności sformułowano w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 1 października 2012 r. III AUa 1028/12¹¹⁶⁰, w którym stwierdzono, że przeprowadzenie prelekcji reklamowej, polegającej na demonstrowaniu zalet i korzyści mających na celu spowodowanie nabycia towarów, należy postrzegać jako wynik (efekt) szeregu powtarzalnych czynności faktycznych, których istotą jest przedstawienie potencjalnym klientom oferowanych wyrobów, co nie może zostać uznane za rezultat wymagany w kontekście wykonywania umów o dzieło.

Przedstawione przykłady niewątpliwie można uznać za efekt działania stron do optymalizacji kosztów zatrudnienia. Niemniej jednak wydaje się, że w praktyce obrotu zachodzi potrzeba, wynikająca również z innych względów, takiego ukształtowania relacji kontraktowych, które na usługodawcę przenosiłyby ryzyko osiągnięcia konkretnych rezultatów. Przy tym, można założyć, że dla uprawdopodobnienia ich osiągnięcia niewystarczające byłoby wymaganie jedynie należytej staranności, lecz potrzebne by było również wyraźne zastrzeżenie ich osiągnięcia. O słuszności tych przypuszczeń może świadczyć opisywane w niniejszej pracy dążenie do ujmowania w treści stosunków zobowiązaniowych po jednej stronie, konstrukcji wynagrodzeń, których wypłata uzależniona jest od osiągnięcia konkretnego efektu zarówno samoistnego (np. opracowania raportu z czynności przeprowadzonych w ramach *due dilligence*¹¹⁶¹) jak i niesamoistnego (np. wygrania sporu sądowego zgodnie z założeniem *no win no fee*), a z drugiej strony akceptowanie odpowiedzialności za okoliczności za które dłużnik normalnie nie ponosiłby odpowiedzialności¹¹⁶².

¹¹⁵⁹ Tak w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 grudnia 2012 r. III AUa 775/12 w stanie faktycznym sprawy ustalono, że przedmiotem umowy były raczej działania zmierzające do przygotowania zorganizowania prelekcji, a nie samo jej zorganizowanie.

¹¹⁶⁰ Podobnie w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 17 kwietnia 2013 r. III AUa 1385/12

¹¹⁶¹ *De lege lata* identyfikuje się propozycje uznania takiego zastrzeżenia za wystarczające dla uznania danej umowy, w ramach której zostaje przeprowadzone *due dilligence*, za umowę o dzieło zob. K. Zagrobelny [w:] B. Burian, A. Cisek, M. Dreła, W. Dubis, E. Gniewek, J. Gołaczyński, K. Gołębiowski, K. Górka, J. Jezioro, J. Kremis, P. Machnikowski, J. Nadler, J. Strzebincezyk, W. Szydło, K. Zagrobelny, Kodeks cywilny, Komentarz, pod red. E. Gniewka i P. Machnikowskiego, Warszawa 2014, s. 1243. Jednakże w kontekście istoty takiej transakcji zaproponowana kwalifikacja wydaje się nietrafiona, ponieważ zasadniczym celem procesu zachodzącego w ramach tego kontraktu, tak samo jak w przypadku usług mających na celu przygotowanie opinii czy zapewnienie obsługi konsultingowej, jest uzyskanie merytorycznego wsparcia na potrzeby podjęcia konkretnej decyzji o skutku gospodarczym. O pojęciu *due dilligence* szerzej np. w J. Widło, Rozporządzenie przedsiębiorstwem, Kraków 2002; S. Włodyka, *Due dilligence review* w prawie polskim, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1999, Nr 9; S. Włodyka, Strategiczne umowy przedsiębiorców, Warszawa 2000, s. 62; S. Włodyka, Prawo umów w obrocie gospodarczym, Warszawa 2001, t. V, s. 447; R.L. Kwaśnicki, P. Pietrzak, Transakcje M&A, Monitor Prawniczy 2002, Nr 5, s. 6, R. Lewandowski, Znaczenie i funkcja badania „due diligence” w ramach sprzedaży przedsiębiorstwa, Monitor Prawniczy 2004, nr 6.

¹¹⁶² Np. w ramach umowy konsultingu zob. D. Krekora-Zajac, Glosa..., s. 139

VII.1.3 Częstotliwość świadczeń jako kryterium kwalifikacji

Jedną z przesłanek wskazywanych przez sądy jako przesądzająca o przyporządkowaniu danej umowy do grupy kontraktów mających za przedmiot nie dzieło, lecz usługi i z tego względu podlegających regulacji art. 750 k.c. jest częstotliwość świadczeń charakterystycznych wykonywanych w ramach danego stosunku zobowiązaniowego.

W odniesieniu do tej kwestii w wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 9 października 2014 r., III AUa 2921/13, LEX nr 1551935 wskazano, że szereg powtarzalnych czynności (w stanie faktycznym sprawy zawierano umowy dotyczące sprzątnia w sposób częstotliwy), nawet gdy prowadzi do wymiernego efektu, nie może być rozumiany jako jednorazowy rezultat i kwalifikowany jako realizacja umowy o dzieło. Uzasadniając ten pogląd stwierdzono, że przedmiotem umowy o dzieło nie może być bowiem osiągnięcie kolejnych, bieżąco wyznaczanych rezultatów, ponieważ tego rodzaju czynności są charakterystyczne dla umowy o świadczenie usług, którą definiuje się jako zobowiązującą do starannego działania również poprzez cykliczne wykonywanie umówionych czynności.

Innym przykładem ilustrującym skutki przyjęcia ww. kryterium kwalifikacji jest wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 548/13, OSP 2015, z. 5, poz. 50, w którym wygłoszenie cyklu wykładów uznano za wykonanie szeregu powtarzających się czynności (dodatkowo nieucieleśnionych w rzeczy oraz nie prowadzących do powstania rezultatu stanowiący przedmiot prawa autorskiego), a co za tym idzie za przedmiot umowy o świadczenie usług.

W uzasadnieniu tego judykatu wskazano ponadto, że jakkolwiek dopuszczalne jest zawarcie umowy o dzieło mającej za przedmiot wygłoszenie wykładu, to warunkiem takiej kwalifikacji jest możliwość przypisania wykładowi cech utworu takich jak m.in. niestandardowość i niepowtarzalność. Uznano w konsekwencji, że wspomniane wymagania spełnia tylko wykład naukowy (nawet cykl wykładów) wykazujący cechy twórczego i indywidualnego dzieła naukowego. Przy tym Sąd Najwyższy zastrzegł, że ochronie prawa autorskiego nie podlegają działania o charakterze odtwórczym, polegające na wykonywaniu czynności wymagającym określonej wiedzy i zdolności do jej przekazania (czyli działania, które nie mogą zostać uznane za sposób wyrażenia w rozumieniu art. 1 ust. 2¹ Prawa autorskiego, zatem konieczne jest wykazanie przez zamawiającego, że wykonawcy przysługują prawa autorskie, którymi zadysponował na rzecz drugiej strony. Warto

nadmienić, że ww. orzeczenie zostało krytycznie ocenione w doktrynie, gdyż mimo słusznego rozstrzygnięcia zawierało szereg błędów metodologicznych, wśród których za najistotniejszy należałoby uznać brak jednoznacznego stwierdzenia, iż wygłoszenie wykładu jest rezultatem nieucieleśnionym i niesamoistnym, a zatem nie mieści się w pojęciu dzieła, chociaż niekiedy może mieścić się w pojęciu utworu¹¹⁶³.

Częstotliwość świadczeń, które w przypadku jednorazowego spełnienia mogłyby zostać uznane za przedmiot umowy o dzieło (zwanej „częstotliwą umową o dzieło”) jest wskazywane w doktrynie jako jedna z najbardziej problematycznych kwestii w kontekście kwalifikacji stosunków prawnych na potrzeby objęcia ich stron ubezpieczeniem społecznym. W tym kontekście zauważa się, że konieczności dokonywania delimitacji pomiędzy umowami o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c., a „częstotliwą umową o dzieło” jest niezwykle trudne i stwarza stan niepewności, co prowadzi do sformułowania postulatu ujęcia ich *de lege ferenda* jako samoistnego tytułu do ubezpieczenia społecznego¹¹⁶⁴.

Powyżej wskazanemu twierdzeniu nie sposób odmówić słuszności, a wobec jego przedstawienia można zaproponować uwagę o charakterze ogólnym. Nie ulega wątpliwości, że *de lege lata*, teza o zawieraniu „częstotliwej umowy o dzieło”, jest formułowana przez strony stosunków obligacyjnych tego rodzaju głównie na potrzeby optymalizacji kosztów związanych ze świadczeniem pracy. Jednakże pomijając tę okoliczność, o charakterze głównie ekonomicznym, należy zauważyć, że również z innych względów w praktyce obrotu może zająć potrzeba uzyskania rzeczywiście samoistnego rezultatu, spełniającego wszystkie cechy umożliwiające jego uznanie za dzieło w znaczeniu przyjętym w art. 627 k.c. w ramach umowy o zobowiązanie starannego działania. Sytuację taką będzie można zidentyfikować w razie nawiązania relacji, w której strona zlecająca wykonanie dzieła nie będzie dysponować wystarczającym potencjałem do ustalenia czy umowa została zrealizowana zgodnie z jej treścią, a uzyskanie wsparcia umożliwiającego sprawdzenie tej kwestii, będzie nieuzasadnione z uwagi na wysokość kosztów transakcyjnych, które trzeba byłoby ponieść w celu umożliwienia przeprowadzenia przedmiotowej weryfikacji np. przez osoby trzecie

¹¹⁶³ Tak K. Żok, Głosa do wyroku SN z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 548/13, Orzecznictwo Sądów Powszechnych 2015, z. 5, poz. 50, s.752

¹¹⁶⁴ Tak B. Lackroński, Zlecenie a umowa o dzieło w systemie ubezpieczeń społecznych – perspektywa cywilnoprawna [w:] R. Babińska-Górecka, T. Brzezicki, D. Dzienisiuk, Ł. Jurek, M. Kempa, A. Kurzych, B. Lackoroński, A. Laskowska-Hulisz, P. Majka, R. Musiałkiewicz, P. Prusinowski, M. Raczkowski, K. Roszewska, M. Smusz-Kulesza, M. Szablowska-Juckiewicz, J. Szmit, J. Świątek-Rudoman, D. Świerblewska, D. Walczak, M. Wałachowska, J. Wantoch-Rekowski, D. Wąsik, K. Wesołowska, W. Witoszko, M. P. Ziemiak, Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych, pod red. M. Szablowskiej-Juckiewicz, M. Wałachowskiej, J. Wantoch-Rekowskiego, Warszawa 2015 s. 154

dysponujące specjalistyczną wiedzą, czy wystarczającą ilością czasu. Wśród przykładów takich sytuacji można wskazać zarówno te przypadki, które obecnie są klasyfikowane jako zobowiązania starannego działania jak i te, co do których uważa się, że mogłyby stanowić dzieło.

W obrębie pierwszej grupy należałoby ująć stosunki obligacyjne obejmujące świadczenia specjalistów takich jak adwokaci, radcowie prawni czy lekarze. Powszechnie uznaje się, że zobowiązania, których źródłem są umowy zawierane z ww. profesjonalistami, przynależą do kategorii zobowiązań starannego działania, a ich wykonanie wymaga zaufania pomiędzy stronami właściwego konstrukcji zlecenia. Jednakże przy odpowiednim przygotowaniu umowy łączącej strony takich relacji możliwe byłoby opisanie samoistnego rezultatu podlegającego na osiągnięciu przez zobowiązanego do świadczenia charakterystycznego. W przypadku usług prawniczych można byłoby opisać go jako agregat czynności faktycznych, przybierających zmaterializowaną postać, identyfikowalny poprzez skrupulatne wyliczenie działań jakie należałoby podjąć w ramach realizacji umowy tj. np. poprzez wskazanie listy pism procesowych do opracowania w ramach reprezentacji klienta przed sądem oraz pisemnych opinii w zakresie czynności niewymagających złożenia dokumentów do sądu czy innego organu. Podobnie można byłoby postąpić w przypadku usług leczniczych poprzez wyczerpujące opisanie procesu leczenia, ujęcie go przez pryzmat opinii diagnostycznych oraz czynności lekarskich i zabiegów, jakie należałoby zrealizować w celu uprawdopodobnienia osiągnięcia rezultatu w postaci poprawy stanu zdrowia pacjenta. Niemniej jednak wykonywanie takiej umowy byłoby niezwykle problematyczne, gdyż wymagałoby po pierwsze odpowiedniego opisanie w treści umowy, a po drugie skrupulatnego weryfikowania rezultatów dokonywanych czynności. W tej sytuacji prostsze i tańsze dla usługobiorcy jest poleganie na profesjonalizmie usługodawcy i wynikającego zeń obowiązku spełnienia świadczenia z należytą starannością uwzględniającą zawodowy charakter prowadzonej działalności.

Druga grupa przypadków obejmuje kontrakty, które *de lege lata* bez wątpienia uznawane są za wpisujące się w ramy umowy o dzieło. W ten sposób trzeba byłoby postrzegać stosunki pomiędzy przedsiębiorcą świadczącym usługi, których efekt ewidentnie może zostać zakwalifikowany jako dzieło, np. przedsiębiorcą prowadzącym zakład krawiecki szyjący ubrania na miarę, a faktycznym wykonawcą tych prac. W tej sytuacji krawiec może zostać zaangażowany przez zakład na podstawie umowy o świadczenie usług czy nawet o pracę, ponieważ w zaufaniu do jego profesjonalizmu można powierzyć mu wykonywanie

czynności składających się na powstanie dzieła bez potrzeby każdorazowego weryfikowania ich efektu. Ten będzie miał bowiem znaczenie w relacji pomiędzy przedsiębiorcą a klientem, która nie będzie miała tak częstotliwego charakteru jak ta pomiędzy zakładem a krawcem. Podobne przykłady potencjalnie możliwe do ujęcia w ramach umowy o dzieło przytaczano również w innych fragmentach tego rozdziału w ramach prezentacji orzecznictwa (paletyzacja, montaż okien, wykonywanie prac remontowych itp.).

Odnosząc powyższe ustalenia do tezy o potrzebie uregulowania nowego typu umowy mającej za przedmiot usługi należałoby zauważyć, że potrzebna jest bardziej elastyczna konstrukcja obligacyjna, od tych dostępnych obecnie. Zastosowanie bowiem dzieła wiąże się ze zbyt wysokimi kosztami transakcyjnymi, natomiast umowy o świadczenie usług może niekiedy uniemożliwić skuteczne wyegzekwowanie osiągnięcia rezultatu istotnego z perspektywy spełnienia celu zobowiązania.

VII.3.4 Powtarzalność albo unikatowość świadczeń jako kryterium kwalifikacji

Wspomnianą powyżej częstotliwość można również uznać za przejaw cechy jaką jest powtarzalność spełniania świadczeń, która także bywa stosowana w orzecznictwie dla uzasadnienia przypisania danego kontraktu do grupy umów mających za przedmiot wykonanie dzieła. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na wyroki Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 22 października 2013 r., III AUa 331/13, LEX nr 1444828, z dnia 4 lutego 2014 r., III AUa 333/13, LEX nr 1458985, oraz z dnia 4 lutego 2014 r., III AUa 444/13, LEX nr 1444847. Pierwsze z tych orzeczeń dotyczyło umowy mającej za przedmiot czyszczenie ram i szlifowanie elementów stalowych; drugie przygotowanie elementów do spawania i ich spawanie, a trzecie wylewanie fundamentów i wybudowanie ścian. Nie ulega wątpliwości, że każde z tych działań mogłoby zostać uznane za świadczenie charakterystyczne w ramach umowy o dzieło. Sąd jednak stwierdził, że z uwagi na ich częstotliwe wykonywanie, w toku procesu prowadzącego do wytworzenia większego dzieła, przesądza to o konieczności ich zakwalifikowania jako dokonanych w ramach umów o świadczenie usług. Przedmiotowe stanowisko może budzić istotne wątpliwości, zwłaszcza jeśli się uwzględni, że wskazane wyżej świadczenia są uznawane za przedmiot zobowiązania wynikającego z umowy o dzieło.

Takie podejście nie jest jednak jedynym możliwym do zidentyfikowania w ramach działalności orzeczniczej polskich sądów. Np. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z

dnia 16 lipca 2013 r., III AUa 379/13, LEX nr 1353683¹¹⁶⁵ stwierdzono, że sama powtarzalność czynności nie świadczy jeszcze o wykonywaniu pracy w ramach umowy o świadczenie usług, a nie o dzieło. Za decydujące kryterium uznano w tym przypadku położenie większego nacisku na ilościowe niż jakościowe wykonanie czegoś, które – gdy zaistnieje – prowadzi do konieczności uznania kontraktu za umowę o świadczenie usług. Wziąwszy pod uwagę, że sprawa dotyczyła montażu okien ta konstatacja sądu wydaje się dość zaskakująca, a w ocenie tej można się dodatkowo utwierdzić identyfikując fragmenty uzasadnienia, w których zauważono, że „rzeczywistą wolą stron nie było zawarcie umowy o dzieło, gdyż celem podejmowanych czynności nie było osiągnięcie konkretnego rezultatu, który podlegałby ocenie”. Kontestowanie roli rezultatu, w przypadku działania, jakim jest instalacja okien niewątpliwie jest podejściem dość poważnie odbiegającym od dominujących poglądów w tym zakresie.

Opisywana cecha stosunków kontraktowych została również wyeksponowana w treści uzasadnienia w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 30 października 2012 r., III AUa 225/12, LEX nr 1236506, w którym „paletowanie”, rozumiane jako układanie bloczków gazobetonowych, a następnie ich opakowanie według określonego przez pracodawcę wzoru, w warunkach wyłączających swobodę wykonywania tych czynności, zostało uznane za przedmiot umowy o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c. Uzasadniając zastosowaną kwalifikację dodatkowo wskazano, że proces ten stanowił zespół prostych, zestandaryzowanych i powtarzalnych czynności i mógłby być wykonywany maszynowo. Ustalono również w kontekście dowodzenia słuszności przyjętej tezy, że skoro w toku realizacji umowy wymagano starannego wykonania określonej liczby powtarzalnych czynności, to uzyskanych za ich pomocą efekt nie może być uznany za dzieło, stanowiące konkretny, indywidualnie oznaczony rezultat, który zamawiający chce osiągnąć.

Wspomnianą powyżej powtarzalność czynności, możliwą z uwagi na ich nieskomplikowanie, przeciwstawia się niekiedy unikatowości (indywidualności dzieła). W tym zakresie, tak jak w wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 czerwca 2013 r., III AUa 846/12, LEX nr 1419119, zauważa się że dzieło wprawdzie nie musi mieć cech indywidualności w takiej mierze jak utwór będący przedmiotem prawa autorskiego, lecz

¹¹⁶⁵ Analogiczne stanowisko przedstawiono w wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 13 czerwca 2013 r., III AUa 235/13, LEX nr 1339323 w odniesieniu do umowy o „montaż stolarki aluminiowej”, a także w wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 października 2013 r., III AUa 332/13, LEX nr 1444829, w którym powtarzalność i typowość działań w połączeniu z zakwestionowaniem zidentyfikowania twórczego wkładu po stronie świadczącego skłoniło sąd do uznania prac wykończeniowych polegających na przygotowaniu i malowaniu ścian i sufitów, usunięciu powłoki olejnej ze stolarki drzwiowej oraz wtopieniu siatki do elewacji, za przedmiot umowy o świadczenie usług.

jednocześnie nie może być ono również wynikiem powtarzających się działań za jakie uznano specjalistyczne prace tokarsko-ślusarskie związane z obsługą tokarki, w przypadku których nie można było zidentyfikować rezultatu o zindywidualizowanym charakterze.

Analogicznej klasyfikacji dokonano w innej sprawie, stanowiącej przedmiot przywoływanego już powyżej rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 kwietnia 2011 r., II UK 315/10, OSNP 2012, nr 9–10, poz. 127), w którym uznano, iż powtarzające się wykonywanie tłumaczeń dokumentów związanych z bieżącą działalnością przedsiębiorcy w zamian za stałe miesięczne wynagrodzenie nie może odbywać się w ramach umowy o dzieło. Dokonana ocena została dodatkowo uzupełniona odwołaniami do okoliczności faktycznych tego sporu nieobejmujących działania stron mającego na celu wykazanie, że faktycznie w toku istniejącej pomiędzy nimi współpracy doszło do zawarcia ciągu kolejnych umów o dzieło (było ich na tyle dużo, że ich policzenie wiązałoby się ze znacznymi trudnościami), że indywidualnie zamawiano konkretne tłumaczenie i że ich liczba miała wpływ na miesięczne wynagrodzenie. W orzeczeniu wskazano na jeszcze jedną istotną cechę umowy, jaką był brak zastrzeżenia w jej treści zobowiązania do świadczenia jednorazowego. Z uwagi na to, że wykonanie umowy nie mogło nastąpić wskutek jednego zachowania się strony, lecz wymagało powtarzających się działań wykonywanych w ciągu kilku lat, nie mogło to przesądzić o zawarciu umowy o dzieło.

Następnym identyfikowanym w orzecznictwie przykładem umów budzących wątpliwości kwalifikacyjne są kontrakty związane z działalnością leczniczą. Zagadnieniu temu poświęcono więcej miejsca w podrozdziale poświęconym podziałowi zobowiązań na „zobowiązania rezultatu” i „zobowiązania starannego działania” wobec czego w tym fragmencie można wspomnieć jedynie o wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 30 października 2012 r. III AUa 457/12. W rozstrzygnięciu tym stwierdzono, że umowy mające za przedmiot wykonywania badań USG (tarczycy, jamy brzusznej, układu moczowego, wraz ze szczegółowym opisem), czy rehabilitacji pacjentów nie można zakwalifikować jako rezultatów w postaci dzieła. Uzasadniając to stanowisko w oparciu o okoliczności stanu faktycznego sprawy wskazano, że ww. czynności były realizowane w ramach starannego działania, wobec grupy pacjentów i w dłuższym czasie. Poza tym polegały na powtarzalnym wykonywaniu czynności leczniczych związanych z bieżącą działalnością zakładu opieki zdrowotnej przychodni i nie były poddawane ocenie, ani nie wiązały się z możliwością przypisania odpowiedzialnością za wady.

Podobnie jak w przypadku innych kryteriów służących sądom do przyporządkowania danego przypadku do kategorii umowy o dzieło albo umowy o świadczenie usług problemy dotyczące analizowanego kryterium również skłaniają do sformułowania konstatacji o potrzebie zaproponowania takiego kontraktowego wzorca wykonywania usług, który umożliwiałby zastrzeżenie obowiązku osiągnięcia konkretnego rezultatu treści zobowiązania albo dochodzenia jego osiągnięcia nawet wówczas gdy nie będąc zastrzeżonym powinien zostać osiągnięty w kontekście całości uwarunkowań danego przypadku. W takiej sytuacji drugorzędne znaczenie miałyby czy czynności, które prowadzą do spodziewanego skutku mają charakter powtarzalny czy też są unikatowe. Nie ulega bowiem wątpliwości, że nawet działania o, wydawałoby się, nieunikatowym charakterze mogą prowadzić do rezultatów świadczących o kunszcie wykonawcy czy usługodawcy, na który składa się umiejętność odpowiedniego wykonania prostych czynności składających się na niestandardowy efekt.

VII.3.5 Obowiązek dochowania należytej staranności jako kryterium kwalifikacji

Prezentację wybranych orzeczeń, w których zastosowano przedmiotowe kryterium warto rozpocząć od przytoczenia formułowanego w doktrynie stanowiska, zgodnie z którym uznaje się je za bardzo zawodne i niezrozumiałe, co wynika z tego, iż na podstawie art. 355 i 472 k.c. dłużnik jest zobowiązany do zachowania należytej staranności bez względu na to, czy wykonuje zobowiązanie rezultatu czy starannego działania¹¹⁶⁶. W tym kontekście trzeba po raz kolejny przywołać pogląd A. Brzozowskiego, zgodnie z którym wszystkie zobowiązania są w pewnym sensie zobowiązaniami rezultatu, a na ich tle możliwe jest wyodrębnienie „zobowiązań starannego działania”¹¹⁶⁷. Wobec powyższego posługiwanie się tym kryterium nie jest do końca chybione i pozwala wskazać te stosunki obligacyjne, w których obowiązek starannego działania ma znaczenie kluczowe umożliwiające ich wyodrębnienie z grupy pozostałych zobowiązań.

B. Lackroński wymieniając przykłady orzeczeń, w który sądy zastosowały, to nietrafne – zdaniem cytowanego autora – kryterium, wspomina o wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 20 sierpnia 2013 r., III AUa 182/13, LEX nr 1356474. W judykacie tym wprawdzie uznano wykonanie robót malarskich za przedmiot zobowiązania wynikającego z umowy o dzieło, ale w uzasadnieniu rozstrzygnięcia jako element odróżniający umowy o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c. od umowy o dzieło wymieniono konieczność

¹¹⁶⁶ B. Lackroński, *op. cit.*, s. 145.

¹¹⁶⁷ Tak m.in. A. Brzozowski, *Zobowiązania. Część ogólna...*, s. 113

zachowania należytej staranności przez usługobiorcę, co jest w ujęciu wspomnianego, nieprawidłowym uproszczeniem. Analogiczną tezę zaprezentowano w wyrokach Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 13 sierpnia 2013 r., III AUa 135/13, LEX nr 1356468, z dnia 25 września 2013 r., III AUa 271/13, LEX nr 1378574, z dnia 12 grudnia 2013 r., III AUa 712/13, LEX nr 1409040 i z dnia 25 czerwca 2013 r., III AUa 12/13, LEX nr 1339287 oraz wyrokach Sądu Apelacyjnego w Poznaniu.

Wszystkie przedmiotowe rozstrzygnięcia zawierają jedno tak samo brzmiące zdanie – „Przyjmujący zamówienie odpowiada zatem za nieosiągnięcie określonego rezultatu, a nie za brak należytej staranności”¹¹⁶⁸. Oczywiście, nie kwestionując oceny tej tezy dokonanej przez B. Lackrońskiego, należy jednak zauważyć, że zapewne stanowi ona pewien nieprecyzyjny skrót myślowy, którego korekty możnaby było dokonać uzupełniając to stwierdzenie o zastrzeżenie w rodzaju „przede wszystkim”. Ponadto, przedmiotowe zdanie pojawiało się, we wspomnianych wyrokach na zasadzie uzupełnienia głównych tez wyводу i nie przesądzało o kwalifikacji stanowiącej podstawę rozstrzygnięcia, które w niektórych przypadkach nie budziło zastrzeżeń. Dlatego też dopuszczalne jest stwierdzenie, że analizowane kryterium nie ma znacznej doniosłości praktycznej, jednakże na potrzeby teoretycznych klasyfikacji może stanowić wskazówkę umożliwiającą stwierdzenie charakteru poszczególnych kontraktów i oceny wynikających z jej obowiązków np. pod kątem sformułowania wskazówek co do sposobu przeprowadzenia dowodu na okoliczność wykonania albo niewykonania umowy albo rekomendacji dotyczących sposobu działania strony zobowiązanej do świadczenia charakterystycznego.

Analizowanym kryterium posłużono się również w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 14 listopada 2012 r., III AUa 624/12, LEX nr 1237577¹¹⁶⁹. W tym orzeczeniu świadczenie polegające na pozyskaniu obiektu do ochrony uznano za świadczenie niemogące być przedmiotem umowy o dzieło z uwagi na element losowości i brak możliwości zbadania jego wad. W treści tego judykatu posłużono się cytowanym powyżej zdaniem „Przyjmujący zamówienie odpowiada zatem za nieosiągnięcie określonego rezultatu, a nie za brak należytej staranności.”, które w odniesieniu do stanu faktycznego sprawy miało uzasadniać przypisanie analizowanego stosunku prawnego do kategorii umów o świadczenie usług w rozumieniu art.

¹¹⁶⁸ W uzasadnieniach wyroków Sądu Apelacyjnego w Białymstoku wspomina się o tym, że pochodzi ono z opracowania Z. Leszczyński, Dokumentacja projektowa a opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, Monitor Zamówień Publicznych 2009, nr 1, s. 37 i n. Natomiast w cytowanych orzeczeniach Sądu Apelacyjnego w Poznaniu zdanie to przytoczono bez powoływania się na wspomniane źródło.

¹¹⁶⁹ Analogiczne rozstrzygnięcie przedstawiono w wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 14 listopada 2012 r., III AUa 625/12, LEX nr 1237578 zapadłym w niemal identycznym stanie faktycznym.

750 k.c. z uwagi na cel zobowiązania za jaki sąd uznał staranne wykonywanie czynności, zmierzających wprawdzie do niepewnego skutku jakim było pozyskanie obiektu do ochrony, w którym jednak nie zidentyfikowano obowiązku osiągnięcia rezultatu mogącego stanowić przedmiot umowy o dzieło.

Kolejnym orzeczeniem, w którym sąd odwołał się do analizowanego kryterium jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 28 grudnia 2012 r., III AUa 1173/12, LEX nr 1254458. Dotyczył on umowy mającej za przedmiot „przeprowadzenie prelekcji reklamowych w domu klienta jako prelegent domowy” mających na celu skłonienie adresatów tych prezentacji do zawarcia umowy sprzedaży przedstawianych towarów. Sąd, oczywiście posługując się w swej argumentacji m.in. przywoływanym wcześniej zdaniem, trafnie uznał, że działania wpisujące się w zakres przedmiotowego kontraktu nie mogą zostać uznane za świadczenie charakterystyczne w ramach umowy o dzieło, również dlatego, że niepewność rezultatu uniemożliwiała uczynienie jego osiągnięcia podstawowym obowiązkiem zobowiązanego do świadczenia charakterystycznego, a co za tym idzie istotą jego powinności było staranne wykonywanie zleconych czynności.

Podsumowując, kryterium należytej staranności będzie miało szczególne znaczenie w tych przypadkach, w których strony zrezygnują z precyzyjnego określania rezultatu z uwagi na wspomnianą powyżej kwestię kosztów transakcyjnych związanych z zawieraniem i wykonywaniem danej umowy. Niejednokrotnie w sytuacji, w której teoretycznie możliwe byłoby zastrzeżenie rezultatu w sposób właściwy dla umowy o dzieło, strony odstępując od tego, zdając się na profesjonalizm tej, której udziałem jest spełnienie świadczenia charakterystycznego. Takie rozwiązanie, po pierwsze, nie ogranicza swobody usługodawcy, a z drugiej zwalnia, usługobiorcę ze zmuszonych działań mających na celu stwierdzenie właściwego wykonania zobowiązania. Oczywiście w przypadku sporów o prawidłowość zrealizowania umowy druga z ww. stron znajduje się w gorszej pozycji w aspekcie ciężaru dowodu, niemniej jednak nieosiągnięcie uzgodnionego rezultatu w takich sytuacjach zazwyczaj łatwo daje się powiązać z okolicznością niedochowania wymaganego standardu staranności.

Konkludując dokonaną w niniejszym podrozdziale prezentację orzecznictwa dotyczącego problematyki odróżnienia w praktyce obrotu umów klasyfikowanych jako umowy o świadczenie w rozumieniu art. 750 k.c. od umów o dzieło należy zauważyć, że potwierdzają one tezę o masowym występowaniu kontraktów, które stanowią empiryczny przejaw, umowy o świadczenie usług w znaczeniu przyjętym w niniejszej pracy. Masowe

występowanie tych stosunków prawnych udowodnione poprzez liczbę dotyczących ich sporów rozstrzyganych przed sądami świadczy o tym, że za uzasadnione trzeba uznać ich stypizowanie w przepisach prawa powszechnie obowiązującego.

Jednocześnie z dokonanego przeglądu wynika, że największe problemy praktyczne sprawiają umowy w treści, których strony zamierzały zastrzec obowiązek osiągnięcia konkretnego rezultatu. Wprawdzie w obecnych uwarunkowaniach społeczno-gospodarczych i prawnych zasadniczym celem tych działań jest obniżenie kosztów pracy, niemniej jednak, jak to podnoszono powyżej, regulacje tej sfery obrotu, powinny zapewniać wzorce kontraktowe motywujące usługobiorców do osiągnięcia konkretnego skutku również w tych stosunkach umownych, które nie mogą zostać zakwalifikowane jako umowa o dzieło. Takie rozwiązanie wychodzi naprzeciw potrzebom obrotu oraz powinno ono zostać ujęte w ramach nowego typu umowy o świadczenie usług.

VII. 4 Podsumowanie

Jak słusznie zauważył R. Szostak, zastosowane w art. 750 k.c. niezbyt jasne, bo niezdefiniowane, określenie „umów o świadczenie usług” „pozbawia pewności przy konstruowaniu „samodzielnego typu umowy o świadczenie usług”¹¹⁷⁰, dlatego mając na uwadze argumenty zaprezentowane w niniejszym rozdziale, za uzasadnione należy uznać stypizowanie umowy o usługi. Wspomniany autor stwierdza wręcz potrzebę „usamodzielnienia umowy o świadczenie usług”¹¹⁷¹. Za takim samym rozwiązaniem opowiada się również E. Rott-Pietrzyk, która zauważa, że art. 750 k.c. dostarcza znacznych trudności interpretacyjnych sądom, które przejawiają tendencję do pomijania obowiązku odpowiedniego stosowania przepisów o zleceniu do nienazwanych umów o świadczenie usług¹¹⁷².

Ujęcie tych stosunków obligacyjnych w ramach regulacji ustawowych, rozwiązuje szereg przedstawionych problemów, umożliwiając optymalizację wymiany dóbr w tej sferze obrotu prawnego. Nie zachodzi tu zatem wspomniana przez W. J. Katnera sytuacja

¹¹⁷⁰ R. Szostak, O potrzebie usprawnienia ..., s. 683

¹¹⁷¹ *Ibidem*, s. 687 gdzie wskazano również systemy prawnej, w których funkcjonuje odrębny typ ogólnie ujętej umowy o świadczenie usług (Niemcy i Litwa).

¹¹⁷² E. Rott-Pietrzyk, Systematyka części..., s. 60–61

braku potrzeby „włączania w przepisy” przedmiotowej relacji społeczno-gospodarczej¹¹⁷³.

Określenie zakresu przedmiotowego takiej umowy musiałby nastąpić w sposób „negatywny” tj. tak jak niekiedy definiuje się pojęcie usługi w naukach ekonomicznych (wspomnianego na początku niniejszego rozdziału) czy też niektórych dziedzinach prawa (prawo europejskie, prawo zamówień publicznych) albo w opracowaniach powstających w rezultacie prac nad ujednoceniami europejskiego prawa zobowiązań (PEL SC). Taki model regulacji umożliwiłby objęcie jej zakresem relacji niewpisujących się w bardziej wyspecjalizowany typ umowy z założenia lepiej pasujący do stosunku zobowiązaniowego, w którego treści można byłoby zidentyfikować odpowiednie *essentialia negotii*. Natomiast proponowana umowa nazwana nadawałaby się do ujęcia tych stosunków prawnych, w których nie można zidentyfikować elementów typowych dla kontraktów wyspecjalizowanych, a istotę ich można sprowadzić do wykonania określonej czynności na rzecz innej osoby. Dzięki ujęciu w proponowanej regulacji rozwiązań mających zastosowanie zarówno do świadczeń starannego działania jak i świadczeń rezultatu byłaby ona bardziej uniwersalna niż odpowiednio stosowane przepisy o zleceniu (art. 750 k.c.) czy regulacje poświęcone umowom o rezultat usługi w sytuacji, w której ogół ich cech uniemożliwiałby zastosowanie odpowiednich norm wprost czy w ramach wniosku *per analogiam*.

Mając na względzie powyższe w niniejszej pracy zaproponowano nowe ujęcie umowy mającej za przedmiot usługi *de lege lata* objęte zakresem art. 750 k.c. Z uwagi na ogół uwarunkowań towarzyszących wykonywaniu takich umów w praktyce obrotu, uznano, że właściwą podstawą sformułowania odpowiednich rozwiązań mogą być odpowiednio zaadaptowane do warunków polskich właściwe postanowienia DCFR i PEL SC.

Ponadto, należy zauważyć, że najważniejszym problemem praktycznym, którego rozwiązanie miałyby stanowić wprowadzenie nowego typu umów jest obserwowana *de lege lata* niepewność prawna, co do skutków zawarcia kontraktu mającego za przedmiot świadczenie usług, w którego treści zastrzeżono obowiązek osiągnięcia konkretnego rezultatu. Jak wykazano w niniejszym rozdziale takie rozwiązanie nie jest sprzeczne z naturą zobowiązania, ponieważ jak uważa się w doktrynie, wprowadzenie ww. obowiązku sprawia tylko tyle, że staje się ona stosunkiem prawnym niepodlegającym regulacji art. 750 k.c., do której mogą mieć zastosowanie przepisy o umowie o dzieło stosowane *per*

¹¹⁷³ Zob. W. J. Katner, System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane..., s. 20

analogiam albo ogólne przepisy prawa zobowiązań. W tym kontekście wskazano, że w doktrynie powszechnie akceptuje się zarówno w umowie zlecenia, jak i umowie o zastępstwo procesowe uregulowanie świadczenia pieniężnego na zasadzie honorarium od wygranej (*pactum de quota litis, succes fee*). Tym samym z uwagi na znaczenie tego świadczenia dla wykonania zobowiązania osiąga się analogiczny skutek jak w przypadku zastrzeżenia rezultatu w umowie o zobowiązanie starannego działania – w razie nieosiągnięcia zakładanego skutku kontrakt będzie wprawdzie wykonany, ale zobowiązany do świadczenia charakterystycznego nie osiągnie swojego celu ekonomicznego (oczywiście przy założeniu, że uzyskanie świadczenia pieniężnego rzeczywiście było tym celem).

Wobec powyższego w praktyce funkcjonowania obrotu może dojść do szeregu trudności powodujących, że kontraktujące strony nie będą pewne tego w jaki sposób sąd oceni zawiazany przez nie stosunek prawny o wspomnianych powyżej cechach. Jest bowiem możliwe, że w odniesieniu do takiego kontraktu mogą zostać potencjalnie zastosowane cztery podejścia.

Po pierwsze, przyjmując koncepcję zobowiązania starannego działania, sąd może stwierdzić, że zastrzeżenie rezultatu było nieważne i np. w razie powiązania tego skutku z wynagrodzeniem uznać, że w istocie strony nie uregulowały tej kwestii zasądając wynagrodzenie według przepisów o zleceniu.

Po drugie, w ograniczonej liczbie przypadków (np. w umowach o nauczanie zawieranych w celu przygotowania do egzaminu, w ramach których usługodawca gwarantowałby jego zdanie przez usługobiorcę) sąd mógłby uznać, że umowa wpisuje się w zakres regulacji art. 750 k.c., ale zastrzeżenie skutku jest w istocie formą zakładu (w rozumieniu art. 413 § 1 k.c.) będącego co najwyżej źródłem zobowiązania naturalnego, o ile postępowanie którejkolwiek ze stron nie sprawiło, że trzeba byłoby zakwalifikować go jako zakład nierzetelny.

Po trzecie, stosując prawo w duchu *favor contractus*, sąd mógłby stwierdzić, że zastrzeżenie obowiązku osiągnięcia rezultatu nie powoduje konieczności zmiany kwalifikacji umowy na umowę o zobowiązanie rezultatu, a jedynie świadczy o uzależnieniu od jego osiągnięcia kwestii wynagrodzenia, które z uwagi na dorozumiane przyjęcie modelu *success fee*, nie przysługiwałoby usługodawcy.

Po czwarte, możliwe byłoby przyjęcie, że w opisanych okolicznościach strony zawarły również umowę gwarancji, co do wystąpienia określonego skutku, a jego niezaistnienie mogłoby prowadzić do żądania przez wierzyciela zapłaty określonej kwoty, a nie spełnienia świadczenia.

Ten stan rzeczy sprawia, że sądy zyskują nadmierną możliwość ingerencji w rzeczywistą treść kontraktów¹¹⁷⁴, czego rezultatem jest nie tylko faktyczne ograniczenia zasady swobody umów, lecz również – o czym wspomiano już w niniejszej pracy – okoliczność ta może być uznana za na tyle istotny mankament prawa polskiego, iż zniechęca ona potencjalnych inwestorów zagranicznych do podejmowania działalności w Polsce na warunkach wymagających stosowania krajowych regulacji.

¹¹⁷⁴ Na tę wadę polskiego prawa zobowiązań wskazuje R. Mańko. Zob. R. Mańko, *op. cit.*, s. 53-54

Rozdz. VIII Zastąpienie art. 750 k.c. konstrukcją umowy o usługi

VIII. 1 Uwagi wprowadzające

Mając na względzie, że jednym z podstawowych celów niniejszej pracy jest sformułowanie wniosków *de lege ferenda* właściwe rozważania, w tym zakresie, należy poprzedzić refleksją dotyczącą potrzeby wprowadzania zmian prawnych dotyczących tej materii w ogóle.

Przeanalizowanie tych kwestii jest konieczne również w kontekście diagnoz formułowanych przez przedstawicieli doktryny w odniesieniu do słabej kondycji systemu prawa polskiego w chwili obecnej. Np. według S. Wronkowskiej jego destabilizacja spowodowana jest wprowadzaniem zmian podyktowanych doraźnymi potrzebami, które nie są poprzedzone odpowiednią analizą istniejących regulacji oraz nie są rezultatem uprzedniego sformułowania „przemyślanej, docelowej koncepcji”¹¹⁷⁵. Podobne przekonanie wyraża również M. Safjan, stwierdzając, że niejednokrotnie można odnieść wrażenie, iż zmiany w polskiej legislacji są bardzo często dyktowane co najwyżej ogólnym przekonaniem o niewłaściwym funkcjonowaniu jakiegoś aspektu naszej rzeczywistości, które nie jest poparte precyzyjną wiedzą o przyczynach tego stanu rzeczy¹¹⁷⁶. Ponadto, niechęć do badania przyczyn dysfunkcji instytucji prawnych w praktyce współistnieje z powszechnie podzielanym poglądem o możliwości wyeliminowania wszelkich dolegliwości poprzez zmiany w prawie, a nie poprawę jego działania, np. poprzez zwiększenie konsekwencji w stosowaniu jego rozwiązań, kadrowe wzmocnienie organów odpowiedzialnych za jego przestrzeganie czy wyeliminowaniu patologii w danej sferze obrotu prawnego¹¹⁷⁷. Potwierdzenie tych tez mogą stanowić dane statystyczne, znajdujące się w dyspozycji administracji publicznej, z których wynika, że polskie prawo charakteryzuje znaczna niestabilność obrazowana przez wysoki udział

¹¹⁷⁵ S. Wronkowska, Na czym polega dobra legislacja, *Przegląd Legislacyjny* 2002, Nr 1, s. 15

¹¹⁷⁶ M. Safjan, Kilka refleksji o transformacji i kondycji polskiego prawa, *Glosa* 2003, Nr 4, s. 6

¹¹⁷⁷ *Ibidem*

ustaw zmieniających inne ustawy w ogólnej liczbie wszystkich przyjmowanych aktów prawnych tego rodzaju (około 58%-59%)¹¹⁷⁸.

Wobec powyżej sformułowanych uwag, nie ulega wątpliwości, że wszelkie wnioski *de lege ferenda* powinny znajdować podstawę w kompleksowej analizie problemu, za której punkt wyjścia należy uznać jego identyfikację. Innymi słowy przedstawienie propozycji zmian regulacji umów o świadczenie usług należałoby poprzedzić próbą udzielenia odpowiedzi na pytanie o przyczyny, dla których taka nowelizacja powinna zostać przeprowadzona. W tym kontekście po raz kolejny trzeba powołać poglądy M. Safjana, który zauważył, że mimo, iż wspomnianej już inflacji prawa w obecnych czasach towarzyszy inflacja piśmiennictwa prawniczego powodująca wręcz stan „piśmienniczego szumu informacyjnego”, to wśród różnych wypowiedzi doktryny można zidentyfikować cenne opracowania doktrynalne precyzyjnie wskazujące dysfunkcje systemu prawa oraz sposoby ich wyeliminowania¹¹⁷⁹.

Przedmiotowa refleksja bardzo dobrze charakteryzuje stan debaty o kształcie cywilnoprawnej regulacji umów o świadczenie usług. Przedstawiciele doktryny, krytykując obecne przepisy o zleceniu (S. Wójcik) czy wskazując wady kodeksu cywilnego wynikające m.in. z napiętnowania tego aktu prawnego rozwiązaniami właściwymi socjalistycznej legislacji (R. Mańko), jak również identyfikujący trudności po stronie organów stosujących te regulacje (E. Rott-Pietrzyk) czy zwracający uwagę na możliwość innego, nowatorskiego ujęcia tych zagadnień w przepisach prawa (M. Pecyna i F. Zoll) dostarczają wystarczających argumentów dla uzasadnienia potrzeby interwencji ustawodawcy w tym zakresie. Również opisane w niniejszej pracy dysfunkcje kodeksowego ujęcia zlecenia, powodujące rozdźwięk pomiędzy ustawodawstwem a praktyką mogą być powołane jako okoliczność świadcząca o konieczności podjęcia działań w tej kwestii.

Kolejnym zagadnieniem, do którego należałoby się odnieść już na bardzo wczesnym etapie formułowania propozycji, co do zmian prawa jest zagadnienie celu, do którego osiągnięcia ma doprowadzić proponowana regulacja. Niewątpliwie w kontekście formułowania propozycji zmiany przepisów regulujących umowy o świadczenie usług za taki cel należałoby uznać poprawę jakości odpowiednich rozwiązań, które obecnie są przedmiotem krytyki. Niestety tak opisany cel nie wpisuje się całkowicie w powszechnie

¹¹⁷⁸ Ministerstwo Gospodarki, Wytyczne do oceny skutków Regulacji (OSR), 2006, s. 4

¹¹⁷⁹ M. Safjan, Kilka refleksji..., s. 6

akceptowany sposób definiowania celów stosowany również w działalności prawodawczej. W tym zakresie wykorzystuje się tzw. metodę SMART¹¹⁸⁰. Zgodnie z tą koncepcją cele powinny być konkretne (*specific*), mierzalne (*measurable*), osiągalne (*achievable*) albo akceptowalne (*acceptable*), realistyczne (*realistic*) oraz określone w czasie (*time-dependent*)¹¹⁸¹. Poprawa jakości kodeksowych przepisów typizujących kontrakty mające za przedmiot świadczenie usług nieuregulowanych jako odrębny typ umowy na pewno nie spełnia dwóch pierwszych z ww. kryteriów. Przede wszystkim trudno uznać, że jest to cel konkretny. Nie ulega wątpliwości, że jakość stanowi kryterium subiektywne. Już w chwili obecnej wśród przedstawicieli doktryny można zaobserwować zarówno takich, którzy uznają kodeks cywilny w jego aktualnym brzmieniu za wybitne osiągnięcie sztuki legislacyjnej (L. Górnicki, Z. Radwański, F. Zoll) pomimo wkomponowania w jego treści elementów typowych dla socjalistycznej legislacji, jak i takich, dla których fakt napiętnowanie kodeksu przez te elementy sprawia, że powinien ona zostać zastąpiony przez nowy akt prawny (R. Mańko). Te kontrowersje niewątpliwie można odnieść do przepisów o zleceniu. Pomimo, że zostały one skrytykowane w doktrynie nie można wykluczyć, że znalazłyby one swych entuzjastów uznających konieczność pozostawienia ich w niezmienionym kształcie. Ten problem wiąże się poniekąd z drugim kryterium, czyli mierzalnością. Konsekwencją tego, że jakość prawa stanowi pojęcie niezbyt precyzyjne, jest trudność zmierzenia stopnia realizacji celu w postaci jej poprawy. Być może istnieją gałęzie prawa, w których wartość tę można sparametryzować, a w konsekwencji zbadać i zweryfikować. Jednakże nie należy raczej do nich prawo zobowiązań umownych w takim zakresie w jakim reguluje ono umowy o świadczenie usług. Mając na względzie te słabości proponowanej zmiany należałoby sformułować postulat poddania ich szerokim konsultacjom eksperckim¹¹⁸² i społecznym, które pozwoliłyby ustalić poziom akceptowalności dla tego działania. Wówczas stwierdzenie znacznego poparcia dla reformy mogłoby skompensować niemożność

¹¹⁸⁰ Metoda ta jest wskazywana jako właściwy sposób definiowania celów zarówno w europejskim jak i krajowym procesie legislacyjnym. Zob. odpowiednio European Commission Impact Assessment Guidelines, 2009, SEC(2009) 92, s. 28, http://ec.europa.eu/governance/impact/commission_guidelines/docs/iag_2009_en.pdf [Dostęp 2018-07-10] oraz Ministerstwo Gospodarki, Wytyczne do oceny skutków Regulacji (OSR), 2006, s. 13

¹¹⁸¹ Nazwa metody jest akronimem pochodzącym od słów: *specific*, *measurable*, *achievable* (*acceptable*), *realistic* oraz *time-dependent* służących do opisanego kryteriów oceny celów wyznaczanych w rezultacie jej zastosowania.

¹¹⁸² Na ten aspekt zwraca uwagę F. Zoll zauważając, w kontekście postulatu rekodyfikacji prawa cywilnego, że wprowadzenie nowych rozwiązań wiąże się z różnego rodzaju kosztami, które żeby mogły okazać się racjonalne muszą znaleźć odzwierciedlenie w korzyściach ewentualnie uzyskanych dzięki zmianom prawnym, co z kolei wymaga przeprowadzenia odpowiednich eksperymentów myślowych oraz merytorycznej dyskusji w, dobrze do niej przygotowanym, gronie eksperckim. Zob. F. Zoll, Czy należy..., s. 829

precyzyjnego ujęcia celu. Pozostałe kryteria, które powinny zostać spełnione w kontekście zastosowania metody SMART, czyli akceptowalność, realistyczność oraz określoność w czasie nie będą powodować podobnych trudności, co dwa pierwsze. Przy tym, należy jednak wspomnieć, że spełnienie warunku akceptowalności, będzie w dużym stopniu zależało od wybranego wariantu zmiany. Opcja najdalej idąca, czyli przyjęcie do prawa polskiego rozwiązań wzorowanych na CFR, mogłoby spowodować krytykę ze strony osób prezentujących postawę określaną w doktrynie jako nacjonalizm prawniczy albo osób nastawionych sceptycznie do procesów integracji europejskiej w sferze prawa prywatnego. Niemniej jednak należy podkreślić, że fakt niemożności spełnienia pierwszych dwóch kryteriów nie przesądza o konieczności odrzucenia proponowanej zmiany regulacji. W tym zakresie uznaje się, że osiągnięcie wszystkich kryteriów stanowi sytuację optymalną, jednakże w przypadku niemożności jej wykreowania, powinno dążyć się do spełnienia możliwie najwyższej liczby kryteriów¹¹⁸³.

VIII. 2 Propozycja przepisów dotyczących umowy o usługi

VIII.2.1 Charakterystyka umowy o usługi

Umowa o usługi powinna zostać uregulowana jako czynność prawna przysparzająca, wzajemna, dwustronnie zobowiązująca i odpłatna, a także kausalna¹¹⁸⁴.

Rozpoczynając od omówienia odpłatności należy zauważyć, że świadczeniu usługodawcy w postaci wykonania określonej czynności (usługi) dla usługobiorcy odpowiadałoby jego świadczenie w postaci zapłaty wynagrodzenia, które stanowiłoby ekwiwalent wartości usługi. Natomiast nieodpłatny wariant tego kontraktu powinien stanowić jego podtyp, do którego

¹¹⁸³ European Commission Impact Assessment Guidelines, 2009, SEC(2009) 92, s. 28

¹¹⁸⁴ W doktrynie zauważa się, że dokonując charakterystyki umowy, należy analizować stosunki zobowiązaniowe *in concreto*, a nie teoretycznie wyodrębnione typy, ponieważ w przeciwnym wypadku dokonana kwalifikacja nie zawsze przynosi miarodajne rezultaty oraz pewny i jednoznaczny wynik. Spowodowane jest to, po pierwsze, obowiązywaniem zasady swobody umów, a po drugie, tym, że niektóre kontrakty, np. zlecenie mogą zostać ułożone przez strony zarówno jako odpłatne jak i nieodpłatne (zob. art. 735 § 1 k.c.). Zob. A. Klein, Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego, Wrocław 1980, s. 146, L. Ogiegło, System..., s. 438 i cyt. tam lit., K. P. Sokołowski, Rozważania nad czynnościami przysparzającymi, odpłatnymi i nieodpłatnymi, Przegląd Sądowy 2009, Nr 7-8, s. 64. W każdym razie, w zakresie wzajemności, odpłatności, dwustronnie zobowiązującego charakteru, ujęcie umowy o usługi jako wyłącznie odpłatnej sprawi, że dokonane w odniesieniu do niej ustalenia teoretyczne będą jednocześnie adekwatne w odniesieniu do każdego jej praktycznie występującego przejawu. Tak na przykładzie sprzedaży i darowizny w zakresie jednostronnie albo dwustronnie zobowiązującego charakteru K. P. Sokołowski, Rozważania..., s. 64. Analogiczne stanowisko wspomniany autor przedstawia w odniesieniu do takich cech kontraktów jako wzajemność i sygnalagmatyczność. *Ibidem*, s. 67

przepisy regulujące model podstawowy znajdowałyby odpowiednie zastosowanie. Wynika to stąd, że zarówno w polskim prawie cywilnym jak i w doktrynie wyrażony jest pogląd, zgodnie z którym „nabycie darne jest tytułem »gorszym«” od nabycia odpłatnego¹¹⁸⁵, co sprawia, że jest ono „szczególnie traktowane”¹¹⁸⁶, a sam „ustawodawca podchodzi do niego sceptycznie”¹¹⁸⁷. Założenie to znalazło swój wyraz np. w przepisach ogólnych, które pogorszą pozycję podmiotu korzystającego z przysporzenia uzyskanego pod tytułem darmym poprzez zmniejszenie zakresu obowiązków drugiej strony oraz osłabienie ochrony udzielanej przez prawo czynnościom prawnym¹¹⁸⁸, czyli m.in. art. art. 59, 83 § 2, 84 § 1 zd. 2 *in fine*, 86 § 2 *in fine*, 407, 528, 530 zd. 2, 531 § 2 *in fine*. Jednakże, trzeba również zwrócić uwagę na stwierdzone w doktrynie wątpliwości, co do wpływu nieodpłatności świadczenia na zakres obowiązków i poziom staranności zleceniobiorcy mogące, w ramach wykładni historycznej, mieć wpływ na nowe regulacje dotyczące świadczenia usług w razie nieujęcia tej kwestii w nowych przepisach w odpowiednio precyzyjny sposób. W tym kontekście za skrajne należałoby uznać stanowisko, zgodnie z którym niezastrzeżenie odpłatności nie ma żadnego wpływu na obowiązki dłużnika¹¹⁸⁹. Bardziej wyważony wydaje się być pogląd, którego autor stwierdza, iż obniżenie wymagań staranności może jednak nastąpić w przypadku zobowiązań nieodpłatnych¹¹⁹⁰, co jak się wydaje można by było uzasadnić *de lege lata* w odniesieniu do art. 355 § 1 k.c., zawierającego określenie „w stosunkach danego rodzaju”¹¹⁹¹. Jednocześnie wskazuje się, że wspomniane obniżenie nie może nastąpić w stosunku do tych kontraktów, w których cecha nieodpłatności jest już uwzględniona poprzez wyrażone wprost w przepisach zmniejszenie zakresu odpowiedzialności dłużnika (np. art.

¹¹⁸⁵ A. Wolter, Czynności prawne nieodpłatne *inter vivos* w projekcie k.c. [w:] Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej K. Przybyłowskiego, Kraków-Warszawa 1964, s. 497

¹¹⁸⁶ K. P. Sokołowski, Rozważania..., s. 69 i cyt. tam lit.

¹¹⁸⁷ *Ibidem*

¹¹⁸⁸ Zob. np. A. Brzozowski, System..., t. 5, s. 435, K.P. Sokołowski, Rozważania..., s. 69, M. Safjan [w:] Z. Banaszczyk, A. Brzozowski, J. Mojak, L. Ogiegło, M. Pazdan, J. Pietrzykowski, K. Pietrzykowski, W. Popiołek, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, J. Szachułowicz, K. Zawada, Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450-1088, t. 2, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2009, s. 824, A. Brzozowski, Zobowiązania. Część ogólna..., s. 109

¹¹⁸⁹ Tak M. Safjan [w:] Z. Banaszczyk, A. Brzozowski, J. Mojak, L. Ogiegło, M. Pazdan, J. Pietrzykowski, W. Popiołek, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, J. Szachułowicz, K. Zaradkiewicz, K. Zawada, Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449¹¹, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2008, t.1, s. 935 powołując się na orzeczenie Sądu Najwyższego z 11 grudnia 1986 r., IV CR 424/86, a także T. Wiśniewski, Komentarz..., s. 33

¹¹⁹⁰ P. Machnikowski, Kodeks..., s. 610

¹¹⁹¹ Trzeba jednak zauważyć, że w doktrynie przedmiotowe określenie odnosi się do takich cech stosunku zobowiązaniowego jak jego „oparcie na więzi szczególnego zaufania” występujące w razie powierzenia pieczy nad dzieckiem czy osobą niedołązną albo świadczenia usług w zakresie określonych prac artystycznych (tak M. Safjan, Komentarz..., s. 933 i T. Wiśniewski, Komentarz..., s. 33). Istotne w tym kontekście są również takie okoliczności jak „rodzaj i specyfikę długu obciążającego zobowiązanego” wyrażające się spełnianiem świadczenia wymagającego szczególnych umiejętności czy też ryzyko wyrządzenia szkody w następstwie wykonania zobowiązania z uwzględnieniem jej rozmiarów (tak T. Wiśniewski, Komentarz..., s. 33).

711, 891 i 892 k.c.)¹¹⁹². Możliwość złagodzenia odpowiedzialności zobowiązanego do świadczenia charakterystycznego w ramach umowy nieodpłatnej, gdy jest to wprost dopuszczone przez przepis szczególny, oczywiście akceptują również zwolennicy poglądu o braku wpływu nieodpłatności na wymagany od niego stopień staranności¹¹⁹³.

Tym samym niewyodrębnienie nieodpłatnej umowy o usługi jako oddzielnego typu prowadziłoby do nadmiernego obciążenia usługodawcy spełniającego swój dług pod tytułem darmym, ponieważ pomimo istnienia przepisów ogólnych osłabiających ochronę wierzyciela w ramach takiego stosunku zobowiązaniowego regulacje dotyczące odpowiedzialności dłużnika bywają interpretowane w sposób dla niego niekorzystny. Dopuszczenia takiego podejścia nie wydaje się uzasadnione w odniesieniu do ww. kontraktu. Dlatego też w celu właściwego ukształtowania relacji, w sytuacji świadczenia usług bez wynagrodzenia, należałoby po pierwsze przyjąć koncepcję odpowiedniego stosowania przepisów regulujących podstawową postać opisywanej umowy do jego nieodpłatnego podtypu z uwzględnieniem nieodpłatnego charakteru tego kontraktu. Dzięki temu uzyskanoby rozwiązanie konstrukcyjnie poprawne, a jednocześnie wolne od obecnie identyfikowanych mankamentów. Poza tym w przepisach regulujących typ podstawowy trzeba by było wprost wskazać, że brak zastrzeżenia wynagrodzenia w treści stosunku zobowiązaniowego, powinien zostać wzięty pod uwagę przy ustalaniu standardu staranności dłużnika. Uzasadniając przedmiotową propozycję można zauważyć, że analogiczne rozwiązanie zastosowano w PEL SC i DCFR, gdzie odpowiednio w art. 1:107(4)(c) i art. IV. C. – 2:105(4)(d) wprost stwierdzono, że przy ustalaniu stopnia staranności, którego klient może oczekiwać od usługodawcy bierze się pod uwagę m.in. okoliczność braku odpłatności¹¹⁹⁴.

Innym podtypem umowy o usługi, który należałoby wyodrębnić już na samym początku poświęconej jej regulacji, mając na względzie jej odpłatny charakter, jest wymienna umowa o usługi rozumiana jako stosunek zobowiązaniowy, w ramach którego obydwie strony świadczą wobec siebie nawzajem usługi, stanowiące wzajemną odpłatę za wykonane czynności będące wobec siebie w adekwatnym związku przyczynowym, bez wprowadzania do jego treści

¹¹⁹² *Ibidem*

¹¹⁹³ Tak M. Safjan, Komentarz..., s. 935 w odniesieniu do art. 891 § 1 k.c.

¹¹⁹⁴ Należy zauważyć, że analogiczne rozwiązania przyjęto w DCFR w odniesieniu do zlecenia (*mandate*), w przypadku którego uznano, że regulacje dotyczące typu podstawowego uregulowanego jako umowa odpłatna znajdują odpowiednie zastosowanie do wariantu nieodpłatnego (zob. art. IV.D.-1:101(3)), w przypadku którego dodatkowo dochodzi do ograniczenia obowiązku informowania zleceniodawcy o postępach w wykonywaniu umowy oraz zdawaniu relacji z wykonania umowy. Zob. Ch. von Bar, E. Clive (red.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, vol. 3 Munich 2009, s. 2027-2028

świadczenia pieniężnego. Takie ukształtowanie analizowanego kontraktu nie pozbawia go powyżej wspomnianej cechy, ponieważ odpłata nie musi być wyrażona w pieniądzu, o czym w szczególności nie może przesądzać pokrewieństwo etymologiczne zwrotów „odpłata” i „środek płatniczy” tj. pieniądź¹¹⁹⁵. Jednocześnie zasadne jest wyróżnienie wskazanego podtypu, jako takiego, do którego odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy o typie podstawowym, z uwagi na te same okoliczności, które *de lege lata* doprowadziły do ujęcia w k.c. umowy zamiany jako regulowanej odpowiednio stosowanymi przepisami o sprzedaży¹¹⁹⁶.

Kolejną cechą, która powinna zostać odzwierciedlona w sposobie uregulowania umowy o usługi, stanowi jej dwustronnie zobowiązujący charakter. Powszechnie uznaje się, że kontraktem dwustronnie zobowiązującym (*contractus bilaterales*) jest taki, w którym obowiązek świadczenia ciąży na obu stronach¹¹⁹⁷, albo inaczej rzecz ujmując, każda z nich jest jednocześnie wierzycielem i dłużnikiem względem siebie¹¹⁹⁸. Należy zauważyć, że nawet nieodpłatny podtyp analizowanego stosunku zobowiązaniowego będzie należał do tej kategorii, ponieważ na usługobiorcy powinny zostać nałożone liczne obowiązki w zakresie współpracy z usługodawcą (obowiązek ostrzegania na etapie przedkontraktowym oraz w toku wykonywania umowy czy obowiązek przekazywania wskazówek), które z uwagi na istotę tej relacji nie mogą zostać wyłączone w ramach odpowiedniego stosowania tych przepisów.

Umowa o usługi będzie również wzajemną, czyli taką, w ramach której każda ze stron zobowiąże się wobec drugiej do świadczenia stanowiącego odpowiednik tego co sama otrzymała¹¹⁹⁹. W tym przypadku wypłata wynagrodzenia będzie stanowić odpłatę za wykonanie usługi¹²⁰⁰. Jednocześnie należy zauważyć, że o wzajemności tego kontraktu będzie świadczyć nie tyle ekwiwalencja świadczeń, co „finalna więź między świadczeniami stron”¹²⁰¹ w tym przypadku ułożona według schematu *facio ut des* albo *facio ut facias*.

¹¹⁹⁵ Tak K. P. Sokołowski, *Rozważania...*, s. 82 i cyt. tam lit.

¹¹⁹⁶ Okoliczność uregulowania zamiany jako kontraktu, do którego znajdują zastosowanie przepisy o sprzedaży jest uznawana za argument świadczący o odpłatnym charakterze umów wymiennych. Zob. K. P. Sokołowski, *Rozważania...*, s. 82

¹¹⁹⁷ Tak np. A. Brzozowski, *System...*, t. 5, s. 409, Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 120

¹¹⁹⁸ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *op. cit.*, s. 201, A. Ohanowicz, *Zobowiązania. Część ogólna*, Poznań 1958, s. 1858, s. 62-63, K. P. Sokołowski, *Rozważania...*, s. 69

¹¹⁹⁹ A. Brzozowski, *System...*, t. 5, s. 409, Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania ...*, s. 121

¹²⁰⁰ Według A. Kleina w umowie wzajemnej świadczenie jednej strony jest odpłatą za świadczenie drugiej. Zob. A. Klein, *Elementy...*, s. 163-165

¹²⁰¹ W ten sposób wzajemność ujmują m.in. Z. Radwański, A. Olejniczak oraz K. P. Sokołowski. Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania ...*, s. 121 i K. P. Sokołowski, *Rozważania...*, s. 66 oraz cyt. tam lit.

Natomiast nieodpłatny podtyp umowy o usługi nie będzie przynależał do grupy kontraktów wzajemnych, gdyż takie stosunki umowne są zawsze niewzajemne¹²⁰².

Odnosząc się do kolejnej z wymienionych powyżej kategorii, czyli kontraktów przysparzających, należy zauważyć, że umowa o usługi wpisze się w nią ze względu na to, że jej wykonanie będzie skutkowało przysporzeniem w majątku drugiej strony¹²⁰³. Sprowadzi się ono w przypadku usługodawcy do uzyskania wynagrodzenia, a w przypadku usługobiorcy do spełnienia dla niego świadczenia charakterystycznego, czyli usługi. W tym kontekście należy zauważyć, że nieodpłatny podtyp analizowanego kontraktu zostanie zaliczony do kategorii czynności jednostronne przysparzających¹²⁰⁴, z uwagi na to, że przysporzenie nastąpi jedynie po stronie usługobiorcy.

Ostatnia ze wspomnianych powyżej cech, czyli kausalność będzie możliwa do przypisania umowie o usługi ze względu na to, że przyczyną jej zawarcia zawsze będzie uzyskanie korzyści od drugiej strony (*causa acquirendi vel obligandi*)¹²⁰⁵. Natomiast kauzą identyfikowalną w przypadku nieodpłatnego podtypu analizowanego kontraktu będzie dodatkowo *causa donandi*¹²⁰⁶ po stronie usługodawcy.

VIII.2.2 Uzasadnienie sposobu sformułowania przepisów dotyczących umowy o usługi

W pierwszym przepisie regulującym nową umowę nazwaną należałoby określić jej definicję legalną oraz wskazać zakres regulacji tej części kodeksu. Wzór dla tego artykułu stanowiłyby art. IV. C. – 1:101(1) DCFR i art. 1:101(1) PEL SC. Pozostałe ustępy wspomnianych przepisów jako mające znaczenie głównie dla określenia zakresu przedmiotowego właściwych rozdziałów DCFR i PEL SC nie stanowią materii nadającej się do skonstruowania nowego typu kontraktu. Jednocześnie nowy artykuł powinien nawiązywać brzmieniem i stylistyką do już istniejących przepisów, w tym zakresie przede wszystkim do art. 734 k.c.

Mając na względzie powyższe zastrzeżenia pierwszy paragraf takiego przepisu powinien otrzymać brzmienie

¹²⁰² K. P. Sokołowski, *Rozważania...*, s. 69

¹²⁰³ A. Brzozowski, *System...*, t. 5, s. 412, K. P. Sokołowski, *Rozważania...*, s. 61 i cyt. tam lit.

¹²⁰⁴ Taką grupę czynności wyróżnia m.in. K. P. Sokołowski. Zob. K. P. Sokołowski, *Rozważania...*, s. 62

¹²⁰⁵ Na ten przejaw kausalności wskazują m.in. A. Brzozowski, *System...*, t. 5, s. 412 oraz Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne...*, s. 231

¹²⁰⁶ *Ibidem*

„art. 733¹ § 1 Przez umowę o usługi usługodawca zobowiązuje się do wykonania określonych czynności dla usługobiorcy za wynagrodzeniem.”.

W odróżnieniu od obecnej regulacji zlecenia, z uwagi na argumenty przedstawione w rozdziale poprzedzającym, w przepisie zawierającym definicję proponowanej umowy należałoby odnieść się wynagrodzenia świadczącego o jej odpłatnym charakterze podobnie jak w art. IV. C. – 1:101(1) DCFR i art. 1:101 PECL SC. Artykuł powinien dodatkowo zawierać paragraf określający zakres przedmiotowy Tytułu XX¹. Jednakże w tym kontekście byłoby on wzorowany nie na art. IV. C. – 1:101(1) DCFR czy art. 1:101 PECL SC, lecz na art. 750 k.c., który musiałby zostać skreślony wraz z dodaniem nowych przepisów. Drugi paragraf art. 733¹ mógłby zatem otrzymać następujące brzmienie:

„art. 733¹ § 2 Do umów mających za przedmiot usługi, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o usługi.”.

W kontekście tej propozycji należałoby wyjaśnić przyczynę zastąpienia wyrażenia „umowy o świadczenie usług” sformułowaniem „umowy mające za przedmiot usługi”. Konieczność takiej modyfikacji, wykorzystanej w tym artykule, treści art. 750 k.c. wynika z posłużenia się pierwszym z ww. określeń dla nazwania nowego typu umowy. Co za tym idzie wskazanie „nienazwanych umów o świadczenie usług”, do których nowe przepisy miałyby znaleźć odpowiednie zastosowanie, wymaga nowego pojęcia, którym mogłoby być właśnie drugie z przytoczonych wyrażen. Jednocześnie należy zauważyć, że wobec szerokiego zakresu takiej umowy, przepis art. 733¹ § 2 byłby zapewne bardzo rzadko stosowany podobnie jak art. 498 § 2 k.z., który oceniano jako przepis umieszczony w ustawie tylko na potrzeby rzeczywiście wyjątkowych stosunków zobowiązaniowych (dlatego też charakteryzowano go jako ustanawiający „normę stworzoną na wszelki wypadek”).

W tym samym artykule powinny znaleźć się również uregulowania wprowadzające nieodpłatny podtyp proponowanej umowy oraz uświadamiające uczestnikom obrotu możliwość wzajemnego świadczenia usług według modelu *facio ut facias* w ramach jednej umowy oraz wskazujące, że w takich sytuacjach znalazłyby również zastosowanie przepisy dotyczące analizowanego kontraktu. Wprawdzie formułując taką propozycję można narazić się na zarzut postulowania rozwiązań noszących znamiona *superfluum* ustawowego, ponieważ ten rodzaj umów wpisywałby się w zakres regulacji art. 733¹ § 2. Niemniej jednak mając na uwadze konieczność promowania rozwiązań służących gospodarce prosumenckiej wydaje się, że to nieznaczne odstępstwo od zasad poprawnej legislacji można byłoby ocenić jako dopuszczalne. Odnosząc się do sposobu ujęcia takiej normy należałoby wykorzystać

sformułowania przewidziane dla umowy zamiany. Dodatkowo mając na uwadze występowanie w praktyce obrotu umów mieszanych, w ramach których oprócz usług mogą być wykonywane świadczenia należałoby wprowadzić regułę wskazującą odpowiedni zakres regulacji. W kontekście ustaleń poczynionych w niniejszej pracy wydaje się, że najlepszym rozwiązaniem będzie posłużenie się w tym zakresie metodą kombinacji i wyrażenie jej w sposób zbliżony do art. 1:101(3) PEL S.C. Właściwe paragrafy tej jednostki redakcyjnej mogłyby otrzymać następujące brzmienie:

„art. 733¹ § 3 Do nieodpłatnych umów mających za przedmiot usługi, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o usługi z uwzględnieniem ich nieodpłatnego charakteru.

art. 733¹ § 4 Do umów, na podstawie których każda ze stron zobowiązuje się do wykonania określonej czynności w zamian za wykonanie innej czynności, stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o usługi.

art. 733¹ § 5 Do umów, na podstawie których oprócz usług spełniane są również inne świadczenia, stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o usługi w odniesieniu do usług, a w odniesieniu do pozostałych świadczeń stosuje się odpowiednio właściwe dla nich przepisy.”.

Drugi przepis, który zostałby wprowadzony do kodeksu w ramach realizacji tej propozycji dotyczyłby kwestii wynagrodzenia usługobiorcy. Punktem odniesienia dla tej jednostki redakcyjnej byłyby art. IV. C. – 2:101 DCFR i art. 1:102 PEL SC. W angielskiej wersji DCFR i PEL SC artykułom tym nadano tytuł *price*, który powinien zostać przetłumaczony na język polski jako „cena”. Jednakże zważywszy na fakt, że to słowo w polskim języku prawnym jest używane dla określenia świadczenia pieniężnego należnego sprzedawcy na podstawie umowy sprzedaży w zamian za przeniesienie na kupującego własności rzeczy i jej wydanie, należałoby się w tym kontekście posłużyć zwrotem lepiej odpowiadającym specyfice świadczenia usług za jaki trzeba uznać „wynagrodzenie”. Tytułem dygresji można wspomnieć, że angielskim odpowiednikiem słowa wynagrodzenie jest „*remuneration*”, które zostało użyte w treści art. 1:101 PEL SC. Oznaczać to może, że autorzy PEL SC dopuścili się w tym zakresie legislacyjnego uchybienia poprzez posłużenie się dwoma różnymi pojęciami dla określenia jednej instytucji. Z drugiej strony, przyjmując założenie braku uchybienia w tym zakresie, trzeba by było uznać, że wyrażeniu *price* nadano jakieś szczególne znaczenie np. wynagrodzenie pieniężne należne w zamian za wykonaną usługę. Niemniej jednak wobec braku odpowiednich wyjaśnień w tym zakresie w treści PEL SC należałoby raczej przyjąć pierwszą interpretację. W tym kontekście należy wspomnieć, że

w treści DCFR wyeliminowano te uchybienia rezygnując ze stosowania wyrażenia *remuneration*. Jednocześnie w części tego opracowania zawierającej objaśnienia najważniejszych pojęć stosowanych w tym dokumencie sformułowano definicję określenia *price*¹²⁰⁷, któremu na potrzeby DCFR nadano szczególne znaczenie. *Price* w ujęciu twórców DCFR oznacza świadczenie dłużnika wynikające ze zobowiązania pieniężnego spełnione w zamian za dostarczone albo zapewnione dobra, wyrażone w uznawanej przez prawo walucie¹²⁰⁸.

Wobec powyższego w polskich przepisach wykorzystujących treść ww. opracowania stosowne wydaje się skorygowanie uchybień terminologicznych PEL SC poprzez zastąpienie dwóch wyrażen jednym słowem, tj. „wynagrodzeniem”. Jednocześnie ze względu na powiązanie określenia „cena” z umową sprzedaży nie wydaje się właściwym powielanie rozwiązań przyjętych w DCFR. Poza tym w opisywanej jednostce redakcyjnej należałoby wzorem DCFR i PEL SC zaproponować domniemanie odpłatności umowy o świadczenie usług w obrocie profesjonalnym i konsumenckim (jednostronnie profesjonalnym). W związku z powyższym art. 733² § 1 powinien otrzymać następujące brzmienie

„art. 733² § 1 Jeżeli umowa nie stanowi inaczej usługodawcy, który wykonuje ją w zakresie swojej działalności zawodowej albo gospodarczej, należy się wynagrodzenie.”.

W drugim paragrafie art. 733² należałoby uregulować dopuszczalne sposoby ustalenia wysokości wynagrodzenia na okoliczność pominięcia tej kwestii w tekście umowy. Jednocześnie właściwym rozwiązaniem wydaje się wykorzystanie jako punktu odniesienia zaproponowanego w PEL SC wynagrodzenia rynkowego w miejsce zastosowanego w kodeksie w regulacji umowy zlecenie pojęcia „wynagrodzenie odpowiadające wykonanej pracy”. Pierwsze ze wspomnianych określeń nie tylko jest bardziej precyzyjne i łatwiejsze do interpretacji, lecz również dodatkowo motywuje usługodawców żądających wynagrodzenia w wysokości większej niż standardowo pobierane na rynku, do uregulowania tej kwestii w umowie, a to dodatnio wpływa na pewność obrotu i zapobiega występowaniu sytuacji, w których usługobiorcy zaskakiwani są wysokością należności z tytułu umowy w trakcie jej wykonywania. Wobec powyższego art. 733² § 2 powinien otrzymać następujące brzmienie:

„art. 733² § 2 Jeżeli strony nie określiły wysokości wynagrodzenia ani nie wskazały metody jego ustalenia, a także, jeżeli nie ma obowiązującej taryfy, a nie umówiono się o wysokość

¹²⁰⁷ DCFR, s. 562

¹²⁰⁸ W angielskiej wersji DCFR: The “price” is what is due by the debtor under a monetary obligation, in exchange for something supplied or provided, expressed in a currency which the law recognises as such.

wynagrodzenia, należy się wynagrodzenie odpowiadające wynagrodzeniu rynkowemu w chwili zawarcia umowy.”.

Trzeci przepis, który zostałby wprowadzony do kodeksu w ramach regulacji umowy o świadczenie usług w rezultacie zaadaptowania rozwiązań zaproponowanych w DCFR i PEL SC odnosi się do kwestii, które dotychczas nie były ujmowane w normach polskiego prawa zobowiązań typizujących poszczególne kontrakty nazwane. Autorzy PEL SC wprost zauważają, że w polskich unormowaniach nie przewidziano przedkontraktowych obowiązków stron przyszłej umowy o wzajemnym informowaniu się o okolicznościach mogących mieć wpływ na wykonanie swoich zobowiązań¹²⁰⁹. Stwierdzają również, iż wątpliwe jest uznanie przez sąd możliwości wyinterpretowania takich obowiązków z zasady lojalności stron stosunków zobowiązaniowych¹²¹⁰, za której wyraz można uznać art. 354 k.c., określający podstawowe kryteria należytego wykonania zobowiązania i art. 355 k.c. nakładający na dłużnika obowiązek wykonania zobowiązania z należytą starannością¹²¹¹. Dlatego też treść przedmiotowego przepisu może w istocie stanowić nieznacznie zmodyfikowane tłumaczenie art. 1:103 PEL SC w brzmieniu dostosowanym do terminologii polskiego prawa zobowiązań. W ramach przedmiotowej modyfikacji można by było wprowadzić alternatywne wyrażenie dla angielskiego „*has reason to know of the risks*” zastosowanego w treści PEL SC, które w DCFR zastępowane jest np. wyrażeniem „*could reasonably be expected to know of them [risks]*”. W tym kontekście należy wyjaśnić, że twórcy PEL SC zapożyczyli koncepcję „*reason to know*” (dosłownie „powód, żeby wiedzieć”) z amerykańskiego *The Restatement (Second) of the Law of Contracts*. W komentarzu b) do § 19 tego opracowania wyjaśniono, że „osoba ma powód, żeby wiedzieć, jeśli dysponuje ona informacjami na podstawie których rozsądna osoba mogła by wywnioskować, że pewne fakty istnieją albo będą istniały na podstawie wszelkich okoliczności, włączywszy w to ogólny kontekst sytuacji i zwykłe oczekiwania”. Ponadto zgodnie z ww. *Restatement* „*reason to know*” powinien zostać odróżniony od wiedzy (*knowledge*) rozumianej jako rzeczywiste świadome przekonanie o istnieniu albo świadomość faktu (*actual conscious belief in or awareness of a fact*). Różnica w tym zakresie polega na tym, że analizowane pojęcie nie oznacza stanu świadomego przekonania o istnieniu albo świadomości faktu ani dostrzegania prawdopodobieństwa jego zaistnienia w przyszłości. Poza tym, przedmiotowej koncepcji nie należy utożsamiać z

¹²⁰⁹ PEL SC, s. 182

¹²¹⁰ *Ibidem*

¹²¹¹ Te dwa przepisy są uznawane przez E. Rott-Pietrzyk za podstawę obowiązku lojalności stron stosunków zobowiązaniowych wyrażoną w przepisach części ogólnej prawa zobowiązań. Zob. E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy...*, s. 308

wyrażeniem „powinien wiedzieć” (*should know*), które w tym ujęciu odnosi się do obowiązku ustalenia faktów (*duty to ascertain facts*). Natomiast „*reason to know*” nie pociąga za sobą, ani nie obejmuje obowiązku ustalania jakichkolwiek okoliczności, dotycząc jedynie informacji dostępnych danej osobie¹²¹².

Próbując przedstawić znacznie pojęcia *to have reason to know* w języku polskim należałoby stwierdzić, że można by było je przetłumaczyć za pomocą wyrażenia „mieć podstawy, żeby wiedzieć”. Nie ulega wątpliwości, że jest to sformułowanie nie znajdujące precedensu w polskim języku prawnym. Dlatego też, dążąc do zakomunikowania analogicznych treści za pomocą używanych już obecnie wyrażen. Można by było rozważyć zastosowanie występującego w k.c. zwrotu „z łatwością mógł się dowiedzieć”. Wprawdzie obydwie wyrażenia nie są semantycznie tożsame, niemniej jednak ich zastosowanie, jak się wydaje, prowadzi do osiągnięcia zbliżonych skutków. Nie ulega wątpliwości, że osoba, która ma „podstawy, żeby się dowiedzieć”, czyli ta która „dysponuje informacjami na podstawie których rozsądna osoba mogłaby wywnioskować, że pewne fakty istnieją albo będą istniały na podstawie wszelkich okoliczności, włączywszy to w ogólny kontekst sytuacji i zwykłe oczekiwania”, jest również osobą która „z łatwością mogłaby się dowiedzieć” o istnieniu tych faktów. Zastosowanie w tym kontekście zwrotu znanego polskiemu prawu wyłącza również konieczność konstruowania np. w orzecznictwie czy literaturze doktryny „*reason to know*” umożliwiając wykorzystanie istniejącego dorobku odnoszącego się analogicznego polskiego wyrażenia.

Ponadto z uwagi na fakt, że proponowany przepis w przedstawianym wariantcie zmiany regulacji z zakresu świadczenia usług, miałby być wprowadzony wyłącznie jako alternatywa dla obecnego art. 750 k.c. nie może w swej treści zawierać odesłań do innych części DCFR czy *Zasad Europejskiego Prawa Umów*, których wprowadzenia do prawa polskiego w tym kontekście się nie postuluje. Dlatego też stosowne odniesienie zastąpiono bezpośrednim wpisaniem postanowień wynikających z powoływanych regulacji ogólnych.

Wobec powyższego art. 733³ otrzymałby następującą postać:

¹²¹² W brzmieniu oryginalnym: A person has reason to know a fact, if the person has information from which a reasonable person would infer that the fact does or will exist based on all the circumstances, including the overall context and ordinary expectations. ‘Reason to know’ must be distinguished from knowledge. Knowledge means an actual conscious belief in or awareness of fact. Reason to know need not entail a conscious belief in or awareness of the existence of the fact or its probable existence in the future. Reason to know is also to be distinguished from ‘should know’. ‘Should know’ imports a duty to ascertain facts; the term ‘reason to know’ does not entail or assume an obligation to investigate, but is determined solely by the information available to the party.’

„art. 733³ § 1. Przed zawarciem umowy na przyszłym usługodawcy spoczywa obowiązek ostrzeżenia przyszłego usługobiorcy o znanych mu okolicznościach albo okolicznościach, o których z łatwością mógłby się dowiedzieć, mogących sprawić, że wykonanie usługi mającej stanowić przedmiot umowy:

- 1) może nie doprowadzić do osiągnięcia rezultatów określonych w treści umowy lub przewidywanych przez usługobiorcę,
- 2) może spowodować naruszenie innych interesów usługobiorcy, lub
- 3) może być bardziej kosztowne lub długotrwałe niż mogłoby to wynikać z rozsądnych oczekiwań przyszłego usługobiorcy.

§ 2. Obowiązek, o którym mowa w § 1 nie stosuje się, jeżeli przyszły usługobiorca:

- 1) jest świadomy ryzyk,
- 2) z łatwością mógłby się dowiedzieć o istnieniu ryzyk;

określonych w § 1.

§ 3. Jeżeli zdarzenia, o których mowa w § 1, nastąpią a przyszły usługobiorca nie zostanie należycie ostrzeżony wówczas może:

- 1) nie zaakceptować zmian w świadczeniu usługi, chyba że przyszły usługodawca dowiedzie, iż przyszły usługobiorca, jeśli zostałby należycie ostrzeżony, zawarłby umowę biorąc pod uwagę zdarzenie,
- 2) dochodzić odszkodowania.

§ 4. Przed zawarciem umowy na przyszłym usługobiorcy spoczywa obowiązek ostrzeżenia przyszłego usługodawcy o nietypowych okolicznościach faktycznych, o których wiedział lub z łatwością mógł się dowiedzieć, mogących prawdopodobnie sprawić, że wykonanie usługi mającej stanowić przedmiot umowy będzie bardziej kosztowne lub długotrwałe niż mogłoby to wynikać z oczekiwań przyszłego usługodawcy.

§ 5. Jeżeli zdarzenie, o którym mowa w § 4, nastąpi a przyszły usługodawca nie zostanie należycie ostrzeżony wówczas jest uprawniony do:

- 1) dochodzenia odszkodowania za szkodę którą poniósł wskutek niewykonania usługi,
- 2) przedłużenia terminu wyznaczonego do wykonania usługi.

§ 6. Okoliczności, o których przyszedł usługodawca z łatwością mógł się dowiedzieć w rozumieniu § 1 oznaczają okoliczności, w których ryzyka byłyby oczywiste dla porównywalnego usługodawcy w tej samej sytuacji, co przyszedł usługodawca na podstawie znanych mu: stanu faktycznego i okoliczności dotyczących informacji, które musiałby zebrać w odniesieniu do rezultatu określonego albo przewidywanego przez usługobiorcę i okoliczności, w których usługa miałaby być wykonana.

§ 7. Okoliczności i ryzyka, o których przyszedł usługobiorca z łatwością mógł się dowiedzieć w rozumieniu § 2 pkt. 2 i § 4 oznaczają okoliczności, w których ryzyka byłyby oczywiste dla porównywalnego usługobiorcy w tej samej sytuacji co przyszedł usługobiorca na podstawie znanych mu bez prowadzonego w tym celu rozeznania: stanu faktycznego i okoliczności. Usługobiorca nie jest uznawany za znającego ryzyko, lub za usługobiorcę który mógł się o nim z łatwością dowiedzieć, jeżeli wynika to wyłącznie z jego kompetencji, albo dysponowania kompetentnymi doradcami w danej dziedzinie, chyba że te osoby działały jako jego przedstawiciele, w której to sytuacji jest uznawany za osobę o kompetencjach tożsamyh z kompetencjami swych doradców.”.

Czwartym przepisem, który powinien zostać wprowadzony w ramach realizacji przedmiotowego wariantu zmian regulacji umów o świadczenie usług byłby artykuł wzorowany na art. IV. C. – 2:103 DCFR i art. 1:104 PEL SC regulującym obowiązek współdziałania stron takiego kontraktu. Jak już wspomniano stanowi on kluczową regulację dla części *Zasad Europejskiego Prawa Umów*, dotyczącej usług. Jej status uznano za szczególnie istotny z uwagi na charakter kontraktów mających za przedmiot usługi, których właściwe wykonanie uzależnione jest od właściwej kooperacji stron. Dobra współpraca pomiędzy usługodawcą a usługobiorcą pozwala na rozwiązywanie ewentualnych sporów na możliwie najwcześniejszym etapie oraz umożliwia takie ułożenie relacji pomiędzy stronami, które prowadzi do realizacji zobowiązań w sposób najbardziej efektywny ekonomicznie.

W przepisach polskiego prawa zobowiązań również można doszukać się uregulowań mogących stanowić podstawę do sformułowania tezy o istnieniu w rodzimym porządku prawnym obowiązku współdziałania stron stosunków obligacyjnych. Takim przepisem w opinii autorów PEL SC jest art. 354 § 2 k.c., zgodnie z którym wierzyciel przy wykonywaniu zobowiązania powinien współdziałać z dłużnikiem w sposób odpowiadający celowi społeczno-gospodarczemu tego stosunku prawnego oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Również przedstawiciele doktryny uznają, że dłużnik powinien w kontekście

wykonania umowy brać pod uwagę uzasadniony interes drugiej strony i powstrzymać się od wszelkich działań mogących skomplikować, wstrzymać czy uniemożliwić wykonanie kontraktu¹²¹³. Odnosząc się do regulacji dotyczących umów nazwanych można zauważyć, że problematyka współdziałania stron kontraktu jest szczegółowo omawiana w kontekście umowy o dzieło. Wprawdzie w przepisach dotyczących tego stosunku obligacyjnego nie przewidziano szczególnych unormowań, jednakże w doktrynie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym obowiązek współdziałania po stronie zamawiającego może być pochodną samej istoty tego kontraktu wówczas gdy wynika on z istoty dzieła, tj. brak współdziałania zamawiającego uniemożliwi wykonanie przedmiotu umowy albo gdy został on wprost przewidziany w jej postanowieniach¹²¹⁴. Konsekwentnie uznaje się, że w przeciwnej sytuacji, nawet, jeśli przypisanie obowiązku współdziałania byłoby uzasadnione interesami wykonawcy lub względami społecznymi, to nie ma podstaw dla jego dochodzenia przez przyjmującego zamówienie¹²¹⁵. Analizując problematykę form realizacji obowiązku współdziałania przedstawiciele doktryny wyróżniają postać czynną i bierną. Przejawem pierwszej jest dokonywanie czynności faktycznych i prawnych niezbędnych dla wytworzenia dzieła, natomiast drugiej umożliwienie przyjmującemu zamówienie wykonania dokumentacji fotograficznej, wpuszczenie na teren budowy czy udostępnienie pomieszczeń¹²¹⁶. Przy tym zauważa się, że osiągnięcie współdziałania zamawiającego nie stanowi priorytetu dla przyjmującego zamówienie, dla którego celem nadrzędnym jest uzyskanie wynagrodzenia co jest możliwe, zgodnie z art. 640 k.c., również w razie nie wykonania dzieła¹²¹⁷.

Wobec powyższego wydaje się, że w związku z brakiem w przepisach prawa polskiego uregulowań nakazujących aktywne współdziałanie dłużnika i wierzyciela, nałożenie takich obowiązków przynajmniej na strony umowy o świadczenie usług byłoby korzystne dla funkcjonowania tej sfery obrotu prawnego. Jak już wspomniano aktywne współdziałanie stron prowadzi do wykonywania zobowiązań w sposób bardziej efektywny ekonomicznie. Mimo, że partykularne interesy jednej z nich mogą zostać zaspokojone np. wskutek wypłaty odszkodowania czy wynagrodzenia w pomniejszonej wysokości w rezultacie odstąpienia od umowy, to w takiej sytuacji nie zostanie osiągnięty cel gospodarczy leżący u podstaw transakcji, czyli wykonanie określonej czynności w sposób

¹²¹³ T. Wiśniewski [w:] G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, Warszawa 2009, t. 1, s. 31

¹²¹⁴ A. Brzozowski, System..., t. 7, s. 340

¹²¹⁵ W. Siuda, Istota i zakres umowy o dzieło, Poznań 1964, s. 25

¹²¹⁶ A. Brzozowski, System..., t. 7, s. 340

¹²¹⁷ *Ibidem*

satysfakcjonujący zamawiającego. Konsekwencją tego stanu rzeczy będzie zmarnowanie zasobów poświęconych na realizację umowy, której cel nie zostanie osiągnięty. Tym samym ocena efektywności ekonomicznej takiego stosunku zobowiązaniowego będzie negatywna, gdyż ani przyjmujący zamówienie nie osiągnie wynagrodzenia w pierwotnie zakładanej wysokości, ani zamawiający nie uzyska potrzebnego mu świadczenia. Wobec powyższego należy uznać, że z punktu widzenia efektywności funkcjonowania obrotu cywilnoprawnego właściwe byłoby promowanie rozwiązań mających na celu zachęcanie obydwu stron umów o świadczenie usług do wzajemnej współpracy. Oczywiście z uwagi na ograniczony zakres tej propozycji wskutek jej realizacji ekonomicznie efektywne rozwiązania byłyby wprowadzone jedynie dla umowy o świadczenie usług, niemniej jednak w razie sprawdzenia się tych rozwiązań w praktyce można byłoby je rozszerzyć na inne stypizowane kontrakty mające za przedmiot świadczenie usług.

Po dostosowaniu do terminologii oraz systematyki k.c. mógłby on otrzymać następujące brzmienie:

„art. 733⁴ § 1. Strony umowy o usługi zobowiązane są do współpracy polegającej w szczególności na:

- 1) odpowiadaniu przez usługobiorcę na rozsądne prośby usługodawcy o informacje w takim zakresie w jakim jest to rozsądnie konieczne dla umożliwienia usługodawcy wykonania umowy,
- 2) udzielaniu przez usługobiorcę wskazówek dotyczących wykonania usługi w takim zakresie w jakim jest to rozsądnie konieczne dla umożliwienia usługodawcy wykonania umowy,
- 3) uzyskiwaniu, w takim zakresie w jakim stanowi to obowiązek usługobiorcy, wszelkich pozwoleń albo licencji, w takim momencie w jakim jest to rozsądnie konieczne dla umożliwienia usługodawcy wykonania umowy,
- 4) dawaniu przez usługodawcę usługobiorcy rozsądnej możliwości ustalenia czy usługodawca wykonuje zobowiązania wynikające z umowy, i
- 5) koordynowaniu swoich odpowiednich starań w takim zakresie w jakim jest to rozsądnie konieczne dla wykonania umowy.

§ 2. Jeżeli usługobiorca nie wykonuje obowiązków, o których mowa w § 1 pkt 1 i 2, usługodawca może albo powstrzymać się ze spełnieniem świadczenia albo wykonać

świadczenie zgodnie z oczekiwaniami, preferencjami i priorytetami, które rozsądnie mogła by mieć osoba w takiej samej sytuacji jak usługobiorca, pod warunkiem ostrzeżenia usługobiorcy zgodnie z art. 733¹⁰.

§ 3. Jeżeli usługobiorca nie spełni obowiązków, o których mowa w § 1, powodując że wykonanie usługi stanie się bardziej kosztowne lub długotrwałe niż mogłoby to wynikać z umowy, usługodawca jest uprawniony do:

- 1) dochodzenia odszkodowania za szkodę którą poniósł wskutek niewykonania usługi,
- 2) przedłużenia terminu wyznaczonego do wykonania usługi.”.

Piąty przepis zostałby oparty na treści art. 1:105 PEL SC, której nie powtórzono w postanowieniach DCFR. Odnosi się on do okoliczności świadczenia usługi i podobnie jak poprzedni artykuł nie ma on odpowiednika w istniejących uregulowaniach kodeksu, dlatego też jego brzmienie można by było w całości oprzeć na treści zasad. Mógłby on otrzymać następującą postać:

„art. 733⁵ Usługodawca zobowiązany jest, w takim zakresie w jakim jest to rozsądnie konieczne dla wykonania usługi, zbierać informacje o okolicznościach, w których usługa ma być świadczona i zapewnić, żeby sposób wykonania tej usługi uwzględniał te okoliczności.”.

Wzorem dla szóstego przepisu byłyby art. IV. C. – 2:104 DCFR i art. 1:106 PEL SC dotyczące obowiązków usługodawcy w zakresie sposobu świadczenia usługi i ponoszonych w związku z tym nakładów. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na pewne różnice występujące w treści ww. dokumentów w takim zakresie w jakim odnoszą się do kwestii podwykonawstwa. Dopuszczalność zaangażowania podwykonawców przez usługodawcę uzależniono w DCFR od postanowień umowy (stanowi ona zasadę, o ile w treści umowy nie zastrzeżono konieczności osobistego wykonawstwa), natomiast według PEL SC wyjątek wymagający osobistego wykonawstwa musi wynikać z istoty umowy (tj. wykonanie kontraktu zależy od osobistych przymiotów usługodawcy). Wynika stąd, że osobiste wykonawstwo zgodnie z postanowieniami PEL SC nie musi zostać wprost przewidziane w postanowieniach umowy. Takie rozwiązanie wydaje się bardziej odpowiednie niż formalistyczne wymaganie wpisania takiej ewentualności do tekstu kontraktu.

Ponadto, należy zauważyć, że propozycja uzupełnienia materii kodeksowej mogła by również opierać się dotychczasowych uregulowaniach, ponieważ niektóre z zagadnień objętych zakresem przedmiotowym ww. postanowienia PEL SC, np. kwestia

podwykonawstwa, są odpowiednio opisane we właściwych artykułach k.c. W związku z tym należałoby wziąć pod uwagę treść art. 738 § 1 k.c., zgodnie z którym przyjmujący zlecenie może powierzyć wykonanie zlecenia osobie trzeciej tylko wtedy, gdy to wynika z umowy lub ze zwyczaju albo gdy jest do tego zmuszony przez okoliczności. Według wspomnianego przepisu w takiej sytuacji jest on obowiązany zawiadomić niezwłocznie dającego zlecenie o osobie i o miejscu zamieszkania swego zastępcy i w razie zawiadomienia odpowiedzialny jest tylko za brak należytej staranności w wyborze zastępcy.

Wobec powyższego art. 733⁶ w takim zakresie w jakim dotyczy kwestii podwykonawstwa otrzymałby następującą postać:

„art. 733⁶ § 1. Usługodawca może powierzyć wykonanie usługi osobie trzeciej (zastępcy) w całości albo w części bez zgody usługobiorcy, chyba że wykonanie usługi zależy od osobistych przymiotów usługodawcy.

§ 2. Wykonanie usługi może być powierzone tylko takiemu zastępcy, którego kompetencje odpowiadają kompetencjom usługodawcy.”.

Druga część art. IV. C. – 2:104 DCFR i art. 1:106 PEL SC, która również powinna znaleźć odzwierciedlenie w treści właściwego przepisu poświęconego umowom o świadczenie usług, dotyczy jakości materiałów i narzędzi wykorzystanych przez usługodawcę w procesie wykonywania usługi. W tym zakresie autorzy PEL SC stwierdzili wprawdzie, że regulacji tego zagadnienia można doszukać się w części ogólnej polskiego prawa zobowiązań, a mianowicie w art. 355 k.c. określającym standard staranności dłużnika w wykonywaniu zobowiązań. Niemniej jednak wskazane i pożyteczne byłoby doprecyzowanie tej kwestii w przepisach poświęconych proponowanej umowie nazwanej.

Ponadto, należy zwrócić uwagę na pewne różnice pomiędzy DCFR i PEL SC w zakresie w jakim dotyczą zagadnień narzędzi i materiałów wykorzystywanych w procesie wykonywania usługi. W tym kontekście można wspomnieć, że w art. 1:106(4) PEL SC przewidziano obowiązki względem usługodawcy odnośnie braku wad prawnych (w postaci praw i roszczeń osób trzecich) praw i rzeczy, które są przenoszone na usługobiorcę w związku ze świadczeniem usługi. Analogiczne postanowienia w przypadku DCFR ujęto w IV. C. – 2:106. Poza tym w PEL SC przewidziano po stronie usługodawcy obowiązek właściwego zaplanowania procesu wykonania usługi. W treści proponowanego przepisu przyjęto rozwiązania przewidziane w PEL SC.

W związku z powyższym druga część art. 733⁶ w takim zakresie w jakim dotyczy kwestii jakości materiałów i narzędzi wykorzystanych przez usługodawcę w procesie wykonywania usługi otrzymałaby następującą postać:

„art. 733⁶ § 3. W takim zakresie w jakim usługodawca wykorzystuje dla wykonania usługi swoje narzędzia i materiały zobowiązany jest do zapewnienia ich zgodności z umową i właściwymi przepisami ustawy oraz celem dla osiągnięcia którego mają być użyte.

§ 4. W takim zakresie w jakim usługodawca zobowiązany jest do przeniesienia na usługobiorcę własności rzeczy, praw na dobrach niematerialnych czy innych praw powinien tego dokonać nie naruszając uprawnień osób trzecich.”

§ 5. Usługodawca zobowiązany jest właściwie zaplanować wykonanie usługi.

§ 6. W takim zakresie w jakim usługodawca powierzył wykonanie usługi zastępcom lub korzysta z narzędzi i materiałów dostarczonych przez usługobiorcę ponosi odpowiedzialność zgodnie z art. 733⁹ i art. 733¹⁰.”.

Siódmy przepis regulujący umowę o świadczenie usług zostałby oparty na art. IV. C. – 2:105 DCFR i art. 1:107 PEL SC określającymi standard staranności wymagany w kontekście prowadzenia działalności usługowej. Wprawdzie w tym zakresie w przepisach części ogólnej prawa zobowiązań ustalono zasady znajdujące zastosowanie również na potrzeby analizowanego stosunku zobowiązaniowego, jednakże mając na uwadze fakt, że istotą tych kontraktów bardzo często jest staranne działanie stron wydaje się, że w tym zakresie również warto by było doprecyzować regulację kodeksową. Jako przepis właściwy dla tej problematyki został wskazany przez autorów PEL SC art. 355 k.c. nakazujący dłużnikowi spełnianie świadczeń z zachowaniem należytej staranności rozumianej jako staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. W drugim paragrafie tego przepisu nałożono na dłużników w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej obowiązek zachowania podwyższonego standardu staranności osiąganego w rezultacie uwzględnienia zawodowego charakteru tej działalności. Wydaje się, że dla zwiększenia pewności obrotu i przybliżenia przeciętnym uczestnikom stosunków obligacyjnych mających za przedmiot usługi treści użytych w tym przepisie klauzul generalnych warto by było dokonać rozszerzenia opisu wymagań w tym zakresie poprzez posłużenie się w części kodeksu poświęconej analizowanej umowie bardziej rozbudowanym katalogiem wymagań. Podstawę do jego sformułowania mógłby stanowić wskazany powyżej przepis PEL SC z uwzględnieniem niektórych modyfikacji zaproponowanych w DCFR. W tym kontekście

nalży wspomnieć o różnicach pomiędzy art. IV. C. – 2:105 DCFR i art. 1:107 PEL SC. Abstrahując od niewielkich modyfikacji redakcyjnych warto wskazać, że w treści art. 1:107(5) PEL SC wyszczególniono różne postacie szkody (*personal injury or damage to immovable structures and movable or incorporeal things*), natomiast w analogicznym postanowieniu DCFR w tym kontekście odniesiono się jedynie do kategorii *damage*. Mając na względzie, że w tym przypadku bardziej ogólne wyrażenia zawiera w swej treści również te szczegółowe, w przedmiotowym zakresie można by było przyjąć rozwiązania zaproponowane w DCFR.

W związku z powyższym poświęcony tym zagadnieniom art. 733⁷ mógłby otrzymać następujące brzmienie:

„art. 733⁷ § 1. Usługodawca zobowiązany jest do wykonywania usługi:

- 1) z zachowaniem staranności właściwej dla rozsądnego usługodawcy w porównywalnych okolicznościach,
- 2) zgodnie z właściwymi przepisami.

§ 2. Jeżeli usługodawca deklaruje zachowanie wyższego standardu staranności zobowiązany jest do zachowania tego standardu.

§ 3. Jeżeli usługodawca jest członkiem, albo podaje się za członka, zrzeszenia profesjonalnych usługodawców, dla którego czy to z inicjatywy własnej czy właściwych organów władzy publicznej przyjęto standardy staranności, usługodawca zobowiązany jest do zachowania tego standardu.

§ 4. Przy ustalaniu standardów staranności, którego może wymagać usługobiorca uwzględnia się w szczególności:

- 1) naturę, istotność, częstotliwość i przewidywalność ryzyk mogących wystąpić w trakcie świadczenia usługi na rzecz usługobiorcy,
- 2) na wypadek zaistnienia szkody, koszty środków zapobiegawczych, które uniemożliwiłyby zaistnienie takiej lub podobnej szkody,
- 3) okoliczność świadczenia usługi przez nieprofesjonalistę albo nieodpłatnie,
- 4) wysokość wynagrodzenia z tytułu świadczonej usługi, i
- 5) czas rozsądnie dostępny na wykonanie usługi.

§ 5. Wykonanie przez usługodawcę obowiązków wynikających z niniejszego artykułu wymaga w szczególności podjęcia rozsądnych środków zapobiegawczych w celu uniemożliwienia wystąpienia jakichkolwiek szkód w rezultacie wykonania usługi.”.

Ósmy przepis, który w ramach niniejszej propozycji miałby zostać dodany do kodeksu cywilnego w ramach stypizowania „umowy o świadczenie usług” jako odrębnego kontraktu nazwanego byłby wzorowany na art. IV. C. – 2:106 DCFR i art. 1:108 PEL SC poświęconych rezultatowi określoneemu lub spodziewanemu przez usługobiorcę. Wziąwszy pod uwagę, że jedną z głównych przesłanek wskazanych jako uzasadnienie opisywanych wniosków *de lege ferenda* byłoby stworzenie wzorców mogących znaleźć zastosowanie zarówno do kontraktów kwalifikowanych jako umowy o zobowiązanie rezultatu jak i umowy o zobowiązanie starannego działania ten aspekt propozycji wydaje się szczególnie istotny. Jednocześnie mając na względzie, że w sformułowaniach zawartych w PEL SC opisano rezultat oczekiwany przez usługobiorcę w dość skomplikowany sposób, tj. poprzez odniesienie do wzorca hipotetycznej osoby znajdującej się w tej samej sytuacji, w tym zakresie bardziej właściwe wydaje się wykorzystanie rozwiązań z DCFR, w których te zagadnienia ujęto bardziej przejrzysto.

Z uwagi na fakt, że przedmiotowe zagadnienie nie jest uregulowane w kodeksie propozycja przepisu mogła by zostać oparta głównie na postanowieniach PEL SC i DCFR. W związku z tym art. 733⁸ otrzymałby następujące brzmienie:

„art. 733⁸ Usługodawca zobowiązany jest do osiągnięcia konkretnego rezultatu określonego lub spodziewanego przez usługobiorcę w chwili zawarcia umowy o ile:

- 1) rezultat spodziewany, ale nie określony w treści umowy, mógłby być zasadnie spodziewany przez usługobiorcę, oraz
- 2) usługobiorca nie mógłby przypuszczać, że istnieje istotne ryzyko nieosiągnięcia rezultatu mimo wykonania usługi.”.

Kolejny, dziewiąty, przepis regulowałby kwestię wskazówek usługobiorcy dotyczących sposobu wykonania usługi. Podstawę dla jego sformułowania stanowiłyby art. IV. C. – 2:107 DCFR i art. 1:109 PEL SC.

„art. 733⁹ § 1. Usługodawca zobowiązany jest stosować się do wszelkich przekazanych w odpowiednim czasie wskazówek dotyczących wykonania usługi o ile te wskazówki:

- 1) stanowią część umowy albo są określone w innym dokumencie, do którego umowa się odnosi; lub
- 2) wynikają z dokonania wyborów należących, zgodnie z umową, do usługobiorcy; lub
- 3) wynikają z dokonania wyborów co do kwestii początkowo nie ustalonych przez strony.

§ 2. Jeżeli nie wykonanie jednego lub więcej obowiązków usługodawcy, o których mowa w art. 733⁷ i art. 733⁸ wynika z zastosowania się do wskazówek, o których mowa w § 1, usługodawca nie odpowiada na podstawie tych przepisów, jeżeli uprzedził usługobiorcę zgodnie z art. 733¹⁰.

§ 3. Jeżeli usługodawca przewiduje, że wskazówka, o której mowa w § 1 stanowi zmianę umowy w trybie art. 733¹¹ zobowiązany jest uprzedzić o tym usługobiorcę. Jeżeli usługobiorca nie odwoła następnie wskazówki, usługodawca zobowiązany jest zastosować się do tej wskazówki, którą uznaje się za zmianę umowy w zakresie sposobu świadczenia usługi.”.

Następny przepis dotyczący kwestii obowiązku usługodawcy w zakresie ostrzegania usługobiorcy, co do istotnych kwestii na etapie wykonywania umowy został przygotowany na podstawie art. IV. C. – 2:108 DCFR i art. 1:110 PEL SC. Podobnie jak w przypadku art. 1:102 PEL SC twórcy tego opracowania zdecydowali się na zastosowanie w treści wspomnianego przepisu PEL SC koncepcji „*reason to know*”, której przeniesienie do postanowień kodeksowych zaproponowanych w ramach tego wariantu zostanie dokonane w sposób analogiczny do przyjętego w przypadku art. 733³.

„art. 733¹⁰ § 1. Usługodawca zobowiązany jest do ostrzeżenia usługobiorcy o znanych mu okolicznościach albo okolicznościach, o których z łatwością mógłby się dowiedzieć, mogących sprawić, że wykonanie usługi mającej stanowić przedmiot umowy:

- 1) może nie doprowadzić do osiągnięcia rezultatów określonych w treści umowy lub przewidywanych przez usługobiorcę,
- 2) może spowodować naruszenie innych interesów usługobiorcy, lub
- 3) może być bardziej kosztowne lub długotrwałe niż mogłoby to wynikać z rozsądnych oczekiwań przyszłego usługobiorcy.

§ 2. Usługodawca zobowiązany jest do podejmowania rozsądnych działań dla zapewnienia, że usługodawca zrozumiał treść ostrzeżenia.

§ 3. Obowiązek, o którym mowa w § 1 nie stosuje się, jeżeli usługobiorca:

- 1) wie o ryzykach, lub
- 2) z łatwością mógłby się dowiedzieć o istnieniu ryzyk;

określonych w § 1.

§ 4. Jeżeli zdarzenia, o których mowa w § 1, nastąpią a usługobiorca nie zostanie należycie ostrzeżony wówczas może nie zaakceptować zmian w świadczeniu usługi, zaproponowanych przez usługodawcę w trybie art. 733¹¹.

§ 5. Okoliczności, o których usługodawca z łatwością mógł się dowiedzieć w rozumieniu § 1 oznaczają okoliczności, w których ryzyka byłyby oczywiste dla porównywalnego usługodawcy w tej samej sytuacji, co usługodawca na podstawie: stanu faktycznego i okoliczności znanych mu bez prowadzonego w tym celu rozeznania.

§ 6. Okoliczności, o których usługobiorca z łatwością mógł się dowiedzieć w rozumieniu § 3 pkt 1 oznaczają okoliczności, w których ryzyka byłyby oczywiste dla porównywalnego usługobiorcy w tej samej sytuacji co usługobiorca na podstawie znanych mu bez prowadzonego w tym celu rozeznania: stanu faktycznego i okoliczności. Usługobiorca nie jest uznawany za znającego ryzyko, lub za usługobiorcę, który mógł się o nim z łatwością dowiedzieć, jeżeli wynika to wyłącznie z jego kompetencji, albo dysponowania kompetentnymi doradcami w danej dziedzinie, chyba że te osoby działały jako jego przedstawiciele, w której to sytuacji jest uznawany za osobę o kompetencjach tożsamych z kompetencjami swych doradców.”.

Kolejny przepis, którego wprowadzenie zostałoby rekomendowane w ramach prezentowanego wariantu zmiany kodeksowych regulacji umów o świadczenie usług dotyczyłby możliwości jednostronnej zmiany niektórych postanowień umowy w rezultacie zaistnienia określonych okoliczności. Odnosząc się do tej kwestii autorzy PEL SC stwierdzają, że w prawie polskim nie występuje, co do zasady, możliwość jednostronnej zmiany treści umowy¹²¹⁸. Wobec tak sformułowanej tezy należy stwierdzić, że nie znajduje ona potwierdzenia ani w przepisach kodeksu ani w poglądach doktryny czy stanowiskach

¹²¹⁸ PEL SC, s. 274

prezentowanych w orzecznictwie¹²¹⁹. Począwszy od analizy wypowiedzi formułowanych w literaturze prawa cywilnego warto wspomnieć o tezie przedstawionej przez P. Machnikowskiego, który stwierdził, że „w zakresie swobody umów mieści się możliwość tworzenia uprawnień kształtujących, a zatem nakładania na określony podmiot (będący stroną umowy) obowiązków, których konkretyzacja, aktualizacja czy też dezaktualizacja, a nawet powstanie lub ustanie uzależnione jest od dokonania pewnej czynności przez inną osobę” (zarówno stronę umowy jak i osobę trzecią)¹²²⁰. Uznając słuszność tego poglądu i odnosząc go do analizowanej kontrowersji, trzeba stwierdzić, iż regulacje polskiego prawa cywilnego, przede wszystkim w takim zakresie w jakim wyrażają one zasadę swobody umów, dopuszczają zastrzeżenie w treści umowy uprawnienia do jednostronnej zmiany jej treści (powstania lub ustania pewnych obowiązków). W tym kontekście można wspomnieć, że w obrocie konsumenckim postanowienia dopuszczające jednostronne zmiany umów przez przedsiębiorcę uważane są wprawdzie za tzw. klauzule abuzywne i zgodnie z art. 385¹ § 2 k.c. nie wiążą konsumenta. Niemniej jednak już same przykłady takich klauzul przedstawione w art. 385 § 3 pkt 10 i 19 k.c. tj. odpowiednio postanowienia uprawniające kontrahenta konsumenta do jednostronnej zmiany umowy bez ważnej przyczyny wskazanej w tej umowie i postanowienia przewidujące wyłącznie dla kontrahenta konsumenta jednostronne uprawnienie do zmiany, bez ważnych przyczyn, istotnych cech świadczenia wskazują, że przy zastosowaniu wykładni *a contrario* nawet w obrocie jednostronnie profesjonalnym byłoby możliwe zmienianie treści umowy wyłącznie na podstawie decyzji przedsiębiorcy (np. z ważnej przyczyny wskazanej w treści kontraktu czy w sytuacji gdy uprawnienie takie byłoby przyznane również konsumentowi).

Podsumowując powyższe wyjaśnienia należy stwierdzić, że wprowadzenie do treści k.c. regulacji wzorowanych na art. IV. C. – 2:109 DCFR i art. 1:111 PEL SC nie byłoby sprzeczne z zasadami wynikającymi z polskich przepisów regulujących zagadnienia ogólne prawa zobowiązań i wręcz stanowiłoby doprecyzowanie czy rozwinięcie właściwych zasad w sferze stosunków obligacyjnych mających za przedmiot usługi. Taki przepis mógłby otrzymać następujące brzmienie.

„art. 733¹¹ § 1 Z zastrzeżeniem uprawnień usługobiorcy przewidzianych w art. 733¹⁵ strona może przez zawiadomienie drugiej strony zmienić sposób świadczenia usługi, jeżeli taka zmiana jest rozsądna oraz biorąc pod uwagę:

¹²¹⁹ Por. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 kwietnia 2003 r. sygn. akt SK 24/02

¹²²⁰ P. Machnikowski, Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna, Warszawa 2005, s. 172

- 1) rezultat, który należy osiągnąć,
- 2) interesy usługobiorcy,
- 3) interesy usługodawcy,
- 4) okoliczności w czasie dokonywania zmiany.

§ 2. Zmiana jest uważana za rozsądną tylko jeżeli:

- 1) jest niezbędna do umożliwienia działania usługodawcy zgodnie z art. 733⁷ albo art. 733⁸, lub
- 2) wynika z przekazania wskazówki zgodnie z art. 733⁹ § 1, która nie została odwołana bez nieuzasadnionego opóźnienia po tym jak został ostrzeżony zgodnie z art. 733⁹ § 3, lub
- 3) stanowi rozsądną odpowiedź na ostrzeżenie usługodawcy, o którym mowa w art. 733¹⁰.

§ 3. Wysokość wynagrodzenia należnego w związku ze zmianą sposobu świadczenia usługi określa się rozsądnie oraz według metody pierwotnie zastosowanej dla jego określenia.

§ 4. W przypadku ograniczenia zakresu świadczonej usługi wysokość wynagrodzenia należnego w związku ze zmianą sposobu świadczenia usługi określa się z uwzględnieniem tego co usługodawca stracił i oszczędził z powodu ograniczenia zakresu świadczonej usługi oraz możliwości wykorzystania uwolnionych w tej sytuacji zasobów na inne cele.

§ 5. Zmiana sposobu świadczenia usługi może wymagać proporcjonalnego dostosowania terminu do wykonania umowy z uwzględnieniem czasu potrzebnego na wykonanie prac dodatkowych, względem pierwotnie przewidywanych, potrzebnych do świadczenia usługi w jej zmienionym zakresie.”.

Następny przepis, którego wprowadzenie byłoby konsekwencją zaadaptowania PEL SC na potrzeby zmiany polskich regulacji świadczenia usług stanowi art. 1:112 będący zgodnie z wyjaśnieniami przedstawionymi przez autorów tego opracowania doprecyzowaniem rozwiązań przewidzianych w Zasadach Europejskiego Prawa Umów. We wspomnianym postanowieniu dokonano dostosowania rozdziału 9 PECL do uwarunkowań świadczenia usług. Jednocześnie zastrzeżono, że propozycja art. 1:112 PEL SC nie była wynikiem prac prowadzonych z zastosowaniem metody prawoporównawczej¹²²¹. Mając na

¹²²¹ PEL SC, s. 276

względnie fakt, że istotą wariantu zmiany kodeksowej regulacji umów o świadczenie usług, prezentowanej w tej części pracy, jest wykorzystanie na potrzeby zastąpienia art. 750 k.c. wyłącznie postanowień dotyczących świadczenia usług w tym zakresie należałoby rozstrzygnąć czy postanowienia PECL, do których odsyła art. 1:112 PEL S.C., mają swoje odpowiedniki w przepisach ogólnych księgi trzeciej polskiego k.c. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na to pytanie trzeba by było ustalić, czy przepisy te mogą być zastosowane do nowej regulacji usług w sposób nie naruszający ich istoty. Jeżeli odniesienie do tych przepisów powodowałoby wypaczenie regulacji PEL SC wówczas odpowiednie przepisy PECL należałoby wprowadzić jako integralne rozwiązania dotyczące wyłącznie świadczenia usług, które na potrzeby zaadaptowania do prawa polskiego zostałyby pozbawione charakteru przepisów ogólnych. Artykułami rozdziału PECL, które zostały wspomniane w treści art. 1:112 PEL SC są art. 9:201 PECL i 9:304 PECL regulujące odpowiednio prawo do powstrzymania się ze spełnieniem świadczenia (*Right to Withhold Performance*) i wyprzedzające niespełnienie świadczenia (*Anticipatory Non-Performance*).

Zgodnie z art. 9:201 ust. 1 PECL¹²²² strona, która powinna spełnić świadczenie równocześnie albo po drugiej stronie może powstrzymać się ze spełnieniem świadczenia, dopóki druga strona nie zaoferuje świadczenia wzajemnego albo nie spełni takiego świadczenia. W drugim zdaniu tego przepisu dodatkowo wskazano, że strona może wstrzymać część albo całość świadczenia w zależności od tego, które z rozwiązań będzie rozsądne w danych okolicznościach. Drugi ustęp ww. przepisu odnosi się do okresu, w którym można korzystać z prawa do powstrzymania się ze spełnieniem świadczenia. Według tego postanowienia strona może również powstrzymać się ze spełnieniem świadczenia przez czas, w którym oczywiste jest, że świadczenie drugiej strony nie będzie spełnione w dniu wymagalności.

W prawie polskim pierwsze ze wspomnianych zagadnień uregulowano w art. 488 § 2 k.c., zgodnie z którym jeżeli świadczenia wzajemne powinny być spełnione jednocześnie, każda ze stron może powstrzymać się ze spełnieniem świadczenia, dopóki druga strona nie zaoferuje świadczenia wzajemnego. Przepis ten daje dłużnikowi możliwość wystąpienia w

¹²²² W wersji angielskiej: Article 9:201: Right to Withhold Performance

(1) A party who is to perform simultaneously with or after the other party may withhold performance until the other has tendered performance or has performed. The first party may withhold the whole of its performance or a part of it as may be reasonable in the circumstances.

(2) A party may similarly withhold performance for as long as it is clear that there will be a non-performance by the other party when the other party's performance becomes due.

postępowaniu sądowym z *exceptio non adimpleti contractus*¹²²³ tj. zarzutem niewykonania umowy.

Porównując treść art. 488 § 2 k.c. i art. 9:201 PECL należy stwierdzić, że istniejące pomiędzy nimi różnice nie są istotne i w głównej mierze dotyczą sposobu określenia momentu, w którym strona powinna spełnić świadczenie przestając korzystać z uprawnienia do powstrzymania się z tym działaniem. W prawie polskim termin ten wyznacza moment zaoferowania świadczenia wzajemnego przez drugą stronę, natomiast w ujęciu PECL jest to moment zaoferowania albo spełnienia takiego świadczenia.

Drugie postanowienie PECL, do którego odwołuje się art. 1:112 PECL SC, tj. art. 9:304¹²²⁴ stanowi, że jeżeli przed spełnieniem świadczenia przez stronę oczywiste jest, iż druga strona nie dopełniła swych zasadniczych obowiązków, może ona odstąpić od umowy albo ją wypowiedzieć.

Odnosząc się do powyżej opisanej regulacji należy stwierdzić, że w kwestii możliwości odstąpienia od umowy w sytuacji uzasadnianego prawdopodobieństwa niespełnienia świadczenia w prawie polskim przewidziano dodatkowe obowiązki wierzyciela. W celu odstąpienia od umowy musi on bowiem, jeżeli w umowie nie zastrzeżono na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym uprawnienie do odstąpienia od takiego kontraktu (art. 492 k.c.), wyznaczyć dłużnikowi odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy (art. 491 § 1 k.c.). Jednocześnie należy wspomnieć, że w doktrynie występuje pogląd, zgodnie z którym w przypadku gdy świadczenie jednej ze stron umowy wzajemnej ma charakter ciągły, to drugiej stronie zamiast uprawnienia do odstąpienia, przysługuje prawo do jej wypowiedzenia ze skutkiem natychmiastowym¹²²⁵.

Wobec powyższego należy przyjąć, że dokonując zaadoptowania art. 1:112 PECL SC na potrzeby nowej regulacji umów o świadczenie usług można by było te przepisy całkowicie pominąć w takim zakresie w jakim odnoszą się do art. 9:201 i art. 9:304 PECL wychodząc z

¹²²³ A. Kawałko, H. Witzak, *Zarys prawa. Prawo cywilne*, Warszawa 2008, s. 549; W. Popiołek [w:] Z. Banaszczyk, A. Brzozowski, J. Mojak, L. Ogiegło, M. Pazdan, J. Pietrzykowski, K. Pietrzykowski, W. Popiołek, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, J. Szachulowicz, K. Zawada, *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450-1088*, t. 2, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2009, s. 90; T. Wiśniewski, *Komentarz...*, s. 756

¹²²⁴ W wersji angielskiej: Article 9:304: Anticipatory Non-Performance

Where prior to the time for performance by a party it is clear that there will be a fundamental non-performance by it the other party may terminate the contract.

¹²²⁵ Tak A. Kawałko, H. Witzak, *op. cit.*, s. 558 gdzie podano przykłady dotyczące umowy najmu. Niemniej jednak należy uznać, że ogólna teza sformułowana przez autorki może znaleźć zastosowanie do wszystkich przypadków zwłoki w spełnianiu świadczeń ciągłych należnych na podstawie umów wzajemnych.

założenia, że odpowiednie rozwiązania i tak miałyby zastosowanie do wspomnianego kontraktu wskutek zastosowania norm części ogólnej prawa zobowiązań. W tym kontekście można wspomnieć, że na takie rozwiązanie zdecydowali się twórcy DCFR, w którym nie ma odpowiednika art. 1:112 PEL SC. Niemniej jednak mając na uwadze, że wspomniane postanowienie PEL SC reguluje również istotne kwestie konsekwencji niedopełnienia przez usługodawcę obowiązków w zakresie dochowania standardów staranności albo osiągnięcia rezultatu wskazanego w treści umowy albo spodziewanego przez usługobiorcę można zdecydować się na wykorzystanie tej części przepisu w ramach analizowanej propozycji. Ponadto mając na uwadze, że ww. postanowienie PEL SC wykorzystywane jest na potrzeby zaproponowania zmian w k.c., w którym występują odrębne względem PECL zasady ogólne prawa zobowiązań odwołania do PECL można by było zastąpić odniesieniami do właściwych przepisów k.c.

Uzupełniając powyższe wyjaśnienia należy również wspomnieć, że w ustępie trzecim art. 1:112 PEL SC wspomniano jeszcze jedno postanowienie PECL. Jest to art. 8:103¹²²⁶ regulujący niedopełnienie zasadniczych obowiązków wynikających z umowy (*Fundamental Non-Performance*). Zgodnie z tym przepisem niedopełnienie obowiązków zasadniczych dla wykonania umowy występuje wówczas gdy: dokładne dopełnienie obowiązku stanowi istotę umowy, lub niedopełnienie obowiązków pozbawia wierzyciela korzyści oczekiwanych w rezultacie zawarcia umowy, chyba że dłużnik nie przewidywał ani nie mógł, oceniając sprawę rozsądnie, przewidzieć wystąpienia tej korzyści, lub niedopełnienie obowiązków było umyślne dając wierzycielowi podstawy dla uznania, że nie będzie on mógł liczyć na dopełnienie dalszych obowiązków przez dłużnika. Z uwagi na fakt, że w k.c. nie występuje przepis o analogicznej treści brzmienie proponowanego postanowienia opartego na art. 1:112 PEL SC należałoby uzupełnić o paragraf zawierający wyjaśnienia pojęcia „obowiązków zasadniczych dla wykonania umowy”.

Mając na względzie powyższe wyjaśnienia kolejny przepis dodany w ramach tego wariantu zmiany przepisów regulujących świadczenie usług mógłby otrzymać następujące brzmienie.

¹²²⁶ W wersji angielskiej: Article 8:103: Fundamental Non-Performance

A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if:

- (a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or
- (b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or
- (c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance.

„art. 733¹² § 1 Obowiązek naprawienia szkody obejmuje koszty poniesione przez usługobiorcę w celu ustalenia czy usługodawca nie dopełnił jakichkolwiek obowiązków wynikających z umowy lub w celu zapobieżenia sytuacji nieosiągnięcia rezultatów określonych w treści umowy lub przewidywanych przez usługobiorcę, o ile usługobiorca działał rozsądnie ponosząc te koszty.

§ 2. Jeżeli usługodawca nie dopełnił obowiązku wynikającego z umowy oraz jeżeli nie jest oczywiste czy zostanie osiągnięty rezultat określony w treści umowy lub przewidywany przez usługobiorcę, usługobiorca może powstrzymać się ze spełnieniem świadczeń wzajemnych zgodnie z art. 488 § 2 i art. 490.

§ 3. Usługobiorca może odstąpić od umowy albo ją wypowiedzieć zgodnie z art. 491 i art. 492, jeżeli oczywiste jest, że niedopełnienie przez usługodawcę obowiązków wynikających z umowy będzie niedopełnieniem obowiązków zasadniczych dla wykonania umowy.

§ 4. Niedopełnienie obowiązków zasadniczych dla wykonania umowy zachodzi gdy:

- 1) dokładne dopełnienie obowiązku stanowi istotę umowy, lub
- 2) niedopełnienie obowiązków pozbawia usługobiorcę korzyści oczekiwanych w rezultacie zawarcia umowy, chyba że usługodawca nie przewidywał ani nie mógł oceniając sprawę rozsądnie przewidzieć wystąpienia tej korzyści, lub
- 3) niedopełnienie obowiązków było umyślne dając usługobiorcy podstawy dla uznania, że nie będzie on mógł liczyć na dopełnienie dalszych obowiązków przez usługodawcę.”.

Następny przepis, którego wprowadzenie do k.c. można zaproponować w ramach prezentacji tego wariantu zmiany regulacji dotyczących świadczenia usług, powinien regulować obowiązki usługobiorcy w zakresie powiadomienia o przewidywanej niezgodności. Jego treść zostałaby sformułowana na podstawie art. IV. C. – 2:110 DCFR i art. 1:113 PEL SC. Odnosząc się do różnic występujących pomiędzy tymi dwoma przepisami należałoby wspomnieć, że podobnie jak w poprzednio przytaczanych postanowieniach w DCFR zrezygnowano z formułowania opisu rezultatu oczekiwanego przez usługobiorcę w odniesieniu do wzorca hipotetycznej osoby znajdującej się w tej samej sytuacji, ponadto nie wykorzystano koncepcji „reason to know” stosowanej PEL SC, a także wśród okoliczności uzasadniających przyznanie odszkodowania albo przedłużenie terminu na wykonanie usługi w nie wskazano nieosiągnięcia rezultatu określonego albo przewidzianego przez klienta.

Proponowany przepis mógłby otrzymać następujące brzmienie:

„art. 733¹³ § 1. Usługobiorca zobowiązany jest do zawiadamiania usługodawcy o znanych mu okolicznościach albo okolicznościach, o których z łatwością mógłby się dowiedzieć, mogących sprawić, że wykonanie usługi mającej stanowić przedmiot umowy może nie doprowadzić albo nie doprowadzi do osiągnięcia rezultatów określonych w treści umowy lub przewidywanych przez usługobiorcę,

§ 2. Okoliczności, o których usługodawca z łatwością mógł się dowiedzieć w rozumieniu § 1 oznaczają okoliczności, w których ryzyka byłyby oczywiste dla porównywalnego usługodawcy w tej samej sytuacji, co usługodawca na podstawie: stanu faktycznego i okoliczności znanych mu bez prowadzonego w tym celu rozeznania.

§ 3. Jeżeli usługobiorca nie dopełni obowiązku zawiadamiania, o którym mowa w § 1 powodując, że wykonanie usługi mającej stanowić przedmiot umowy nie doprowadzi do osiągnięcia rezultatów określonych w jej treści lub przewidywanych przez usługobiorcę oraz, że będzie bardziej kosztowne lub długotrwałe niż mogłoby to wynikać z umowy wówczas usługodawca jest uprawniony do:

- 1) dochodzenia odszkodowania za szkodę, którą poniósł wskutek niewykonania usługi,
- 2) przedłużenia terminu wyznaczonego do wykonania usługi.”.

Podstawą dla opracowania kolejnego przepisu w ramach opisywanej propozycji wprowadzenia nowych regulacji umów o świadczenie usług. Byłby art. 1:114 PEŁ SC, który nie znajduje swego odpowiednika wśród postanowień DCFR. Mając na względzie przedmiotową okoliczność należałoby rozważyć kwestię potrzeby dodania artykułu dotyczącego kwestii ewentualnego ograniczenia odpowiedzialności usługodawcy z tytułu wyrządzenia różnego rodzaju szkód w związku z wykonywaniem umowy. Autorzy PEŁ SC słusznie zauważyli, że w przypadku prawa polskiego wyłączenie lub ograniczenie odpowiedzialności za szkody na osobie jest wprost przewidziane na potrzeby obrotu konsumenckiego w art. 385³ pkt 1 k.c. Ponadto wskazali, że w prawie polskim regulacje dotyczące świadczenia usług nie odnoszą się do przedmiotowych zagadnień, niemniej jednak ich zdaniem w takiej sytuacji miałyby zastosowanie ogólny przepis art. 415 k.c.¹²²⁷. Poza tym, w treści PEŁ SC zwrócono uwagę na fakt, że zgodnie z art. 473 § 2 k.c. nieważne jest zastrzeżenie, iż dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić

¹²²⁷ PEŁ SC, s. 295

wierzycielowi umyślnie¹²²⁸. Dodatkowo przytoczono tezę orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 6 października 1953 r. (sygn. II C 1141/53)¹²²⁹, z której wynika, że strony mogą ograniczyć odpowiedzialność dłużnika wyrządzoną z winy nieumyślnej, także w postaci lekkomyślności. Kolejnym przepisem, w którym przewidziano możliwość wyłączenia lub istotnego ograniczenia odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania mającą zastosowanie względem konsumentów, na którą zwrócili uwagę autorzy PEL SC, jest art. 385² pkt 2 k.c.

Wobec powyższego należałoby ustalić, czy w kontekście obowiązywania tych wszystkich regulacji w polskim prawie cywilnym istnieje potrzeba doprecyzowania kwestii ograniczania odpowiedzialności za szkody wyrządzone w związku ze świadczeniem usług. W tym zakresie mając na względzie, że w art. 1:114 PEL SC wprowadzono rozwiązania surowsze niż te, które wynikają z ogólnych przepisów prawa zobowiązań wydaje się, że należałoby udzielić odpowiedzi twierdzącej. Ponadto, uzasadniając wykorzystanie tego postanowienia należałoby powołać względy zapewnienia spójności propozycji, której podstawą w znacznej mierze jest PEL SC oraz fakt oparcia systemu wynikającego z tego opracowania na określonych założeniach aksjologicznych skoncentrowanych na ochronie usługobiorcy, jako słabszej ekonomicznie strony stosunku zobowiązaniowego również w sytuacji zawarcia danej umowy w obrocie powszechnym czy nawet profesjonalnym.

Mając na względzie przedstawione wyjaśnienia należałoby zaproponować następujące brzmienie kolejnego przepisu.

„art. 733¹⁴ § 1. Usługodawca nie może ograniczyć ani wyłączyć odpowiedzialności za śmierć albo szkodę na osobie spowodowanych przez wykonanie usługi.

§ 2. Usługodawca może ograniczyć albo wyłączyć odpowiedzialność za szkodę, inną niż śmierć czy szkoda na osobie, spowodowaną przez wykonanie usługi, jeżeli w momencie zawarcia umowy, postanowienia w tym zakresie mogą zostać uznane za słuszne i rozsądne w kontekście okoliczności sprawy.”.

Ostatnim przepisem, którego wprowadzenie należałoby zaproponować w ramach opisywanego wariantu zmiany kodeksowej regulacji umów o świadczenie usług byłoby postanowienie dotyczące kwestii wygaśnięcia zobowiązania, którego źródło stanowi kontrakt mający za przedmiot usługi, w sposób nie prowadzący do osiągnięcia pierwotnie zakładanych

¹²²⁸ PEL SC, s. 299

¹²²⁹ Orzeczenia Sądu Najwyższego 1955, nr 1, poz. 5

przez strony skutków tj. poprzez wypowiedzenie albo odstąpienie. Podstawą takiego uregulowania powinny być art. IV. C. – 2:111 DCFR i art. 1:115 PECL. Przed zaprezentowaniem treści propozycji w tym zakresie należałoby zwrócić uwagę na dość istotne różnice występujące pomiędzy dwoma powyżej wspomnianymi przepisami.

Po pierwsze, uprawnienie do zakończenia stosunku zobowiązaniowego w DCFR zostało określone jako *termination*, zaś w PEL SC jako *cancellation*,

Po drugie w DCFR wskazano, że zakończenie stosunku zobowiązaniowego następuje za wypowiedzeniem (*by giving notice*). Nie ulega wątpliwości, że *cancellation* w rozumieniu PEL SC również następowało by w rezultacie złożenia stosownego oświadczenia woli, niemniej jednak autorzy tego opracowania nie przewidzieli w tym zakresie precyzyjnych uregulowań prawdopodobnie wychodząc z założenia, że jest to kwestia oczywista.

Po trzecie, w ramach uregulowania sposobu skompensowania strat usługodawcy poniesionych w związku z zakończeniem stosunku zobowiązaniowego, zdecydowano się na odmienne rozłożenie akcentów. W art. 1:115 (2) PEL SC podkreślono konieczność uzyskania przez usługodawcę świadczeń odszkodowawczych stanu, który nastąpiłby w przypadku wykonania umowy (*put the service provider as nearly as possible into the position in which the service provider would have been if the contract had been duly performed*). Środkiem do osiągnięcia tego celu jest zgodnie ze wspomnianym powyżej przepisem skalkulowanie odszkodowania w sposób uwzględniający stratę poniesioną (*loss suffered*) przez usługodawcę oraz utracony zysk (*gain of which the service provider has been deprived*). Natomiast w IV. C. – 2:111(2) DCFR przedmiotowe zagadnienie uregulowano poprzez odwołanie do III. – 1:109(3). Zgodnie z tym postanowieniem, o ile strony umowy nie postanowią inaczej, *termination*: wywiera jedynie skutki na przyszłość i nie ma wpływu na żadne prawa do świadczeń odszkodowawczych czy innych płatności, dla których termin wymagalności nastąpił przed dniem *termination*; nie ma wpływu na postanowienia dotyczące polubownego rozwiązywania sporów lub inne znajdujące zastosowanie po *termination*. Ponadto do kwestii zwrotów mają zastosowanie odpowiednie przepisy dotyczące tych zagadnień.

Po czwarte w systemie PELC *termination* oznacza odmienną względem *cancellation* instytucję, która znajduje zastosowanie, gdy usługodawca niewłaściwie wykonał umowę, natomiast drugie ze wspomnianych powyżej określeń odnosi się do sytuacji zakończenia umowy z przyczyn niezależnych od usługodawcy i leżących po stronie usługobiorcy oraz niekoniecznie związanych z niewłaściwym dopełnianiem obowiązków wynikających z umowy.

Z uwag na fakt znacznego powiązania IV. C. – 2:111 DCFR z przepisami regulującymi zagadnienia części ogólnej prawa zobowiązań wydaje się, że lepszym rozwiązaniem będzie przygotowanie odpowiedniej propozycji na podstawie postanowień PEL SC z uwzględnieniem istniejących uregulowań prawa polskiego w tym zakresie.

Przed przystąpieniem do sformułowania propozycji przepisu dotyczącego kwestii oświadczenia woli usługodawcy prowadzącego do wygaśnięcia zobowiązania bez zaspokojenia usługobiorcy należałoby zwrócić uwagę na fakt istnienia w prawie polskim odrębnych instytucji wypowiedzenia i odstąpienia, który to powinien mieć wpływ na ostateczne brzmienie formułowanych postanowień. Jak już wspomniano wyrażenie „wypowiedzenie” odnosi się do uprawnienia kształtującego umożliwiającego jednostronną zmianę lub zakończenie umów o świadczenie ciągle, np. umowy agencyjnej, umowy najmu, umowy o świadczenie usług, poprzez oświadczenie woli podmiotu uprawnionego. Natomiast „odstąpienie” znajduje zastosowanie w przypadku kontraktów o zobowiązanie, którego treść wyraża się w doprowadzeniu do określonego rezultatu, a nie w działaniu mającym doprowadzić do tego rezultatu¹²³⁰. Przykładem takich umów są umowa o dzieło, umowa o roboty budowlane, umowa przewozu. Jak zauważają przedstawiciele doktryny zastosowanie w odniesieniu do kontraktów tego typu instytucji „wypowiedzenia” jest „nieprzydatne” z uwagi na pozostawienie nienaruszonego stosunku prawnego w przeszłości, co z kolei skutkowałoby koniecznością dokonywania rozliczeń pomiędzy stronami.¹²³¹ Mając na względzie fakt, że umowy o świadczenie usług mogą być w indywidualnych przypadkach zarówno źródłem zobowiązania rezultatu jak i zobowiązania starannego działania regulacje proponowane jako alternatywa art. 750 k.c. powinny uwzględniać, że będą one podlegały odpowiednio odstąpieniu albo wypowiedzeniu. Jednocześnie z uwagi na względy ekonomiki tekstu prawnego¹²³² warto by było w celu uniknięcia wielokrotnego powtarzania dwóch powyżej wspomnianych wyrażeń tj. odstąpienia i wypowiedzenia, wprowadzić jedno określenie obejmujące swym znaczenia obydwie zwroty. W tym zakresie stosowną propozycją wydaje się zwrot „zakończenie umowy”, które można by było wprowadzić w pierwszym paragrafie proponowanego artykułu.

W związku z powyższym ostatni przepis sformułowany w ramach przedmiotowej propozycji powinien otrzymać następujące brzmienie.

¹²³⁰ Tak. J. Rajski w odniesieniu do umowy o dzieło. Zob. J. Rajski, Właściwość (natura) umowy o dzieło a wygaśnięcie wynikającego z niej stosunku zobowiązaniowego, *Przegląd Prawa Handlowego* 1997, Nr 6, s. 33

¹²³¹ *Ibidem*

¹²³² O ekonomice tekstu prawnego wspominają M. Błachut, W. Gromski, J. Kaczor, *op. cit.*, s. 39

„art. 733¹⁵ § 1. Usługobiorca może wypowiedzieć albo odstąpić od umowy (zakończyć umowę) w każdym czasie.

§ 2. Jeżeli umowa została zakończona na podstawie niniejszego artykułu usługodawca jest uprawniony do odszkodowania w postaci umożliwiającej osiągnięcie stanu, jaki zaistniałby na skutek właściwego wykonania umowy. Takie odszkodowanie obejmuje straty, które usługodawca poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby umowy nie zakończono.

§ 3. Stan, jaki zaistniałby na skutek właściwego wykonania umowy określa się w szczególności według następujących zasad:

- 1) jeżeli określono wysokość wynagrodzenia usługodawcy należy mu się to wynagrodzenie w wysokości pomniejszonej o to co usługodawca działając rozsądnie powinien oszczędzić i o to co działając rozsądnie mógł zarobić korzystając z uwolnionych zasobów,
- 2) jeżeli wysokość wynagrodzenia określa się na podstawie stawki, usługodawcy należy się wynagrodzenie w wysokości określonej na podstawie tej stawki w odniesieniu do wykonanego zakresu usługi, oraz
- 3) jeżeli wypłatę wynagrodzenia uzależniono od wyniku powierzonej sprawy, usługodawcy należy się zwrot rozsądnie poniesionych kosztów, w odniesieniu do zakresu wykonanej usługi, oraz korzyści których został pozbawiony w rezultacie zakończenia umowy.”.

VIII. 3 Ewentualne inkorporowanie do prawa polskiego CFR – wzmianka

Przedstawioną w niniejszym podrozdziale propozycję można uzupełnić wzmianką dotyczącą dalej idącego wariantu zmiany niż zastąpienie art. 750 k.c. konstrukcją umowy o usługi. Rozwiązaniem takim byłoby wprowadzenie do prawa polskiego zunifikowanych regulacji sformułowanych w CFR, co stanowiłoby w istocie recepcję prawa obcego. Takie zjawisko miało miejsce wielokrotnie w przeszłości, również na ziemiach polskich, na których władze Księstwa Warszawskiego recypowały francuski kodeks Napoleona (nazwa, którą *code civil* otrzymał w 1807 r.) obowiązujący na obszarze dawnego Królestwa Polskiego do 1946 r.¹²³³. Inny przykład może stanowić wprowadzenie do prawa

¹²³³ Wśród innych znanych przykładów recepcji prawa obcego wymienia się przyjęcie przez Turcję i Japonię odpowiednio niemieckiego i szwajcarskiego ustawodawstwa cywilnego z zakresu prawa zobowiązań. Zob. T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, Wstęp do prawoznawstwa, Warszawa 2009, s. 151. W tym kontekście w

polskiego, Prawem wekslowym, Konwencji w sprawie jednolitej ustawy o wekslach trasowanych i własnych¹²³⁴, na podstawie której państwa-strony zobowiązały się przyjąć na swoich obszarach ustawę jednolitą, stanowiącą załącznik do tej konwencji. W literaturze zauważa się, że recepcja prawa obcego może mieć dwojaki charakter: przymusowy albo dobrowolny¹²³⁵. Przymusowe przejęcie określonych rozwiązań prawnych może być spowodowane przez podbicie określonego państwa albo włączenie go do strefy wpływów mocarstwa¹²³⁶.

W dziedzinie prawa cywilnego przykładem takiego zdarzenia może być narzucenie wspomnianego powyżej Kodeksu Napoleona, którego wprowadzenie w Księstwie Warszawskim nastąpiło na mocy art. 69 konstytucji tego państwa pomimo oporu duchowieństwa, średniej szlachty oraz ugrupowania rządowego reprezentującego interesy wielkoszlacheckie¹²³⁷.

Natomiast do recepcji dobrowolnej dochodzi z wielu przyczyn. Zazwyczaj wchodzi w grę różnorodne względy, inne niż skądinąd oczywisty argument o jakości obcej regulacji (wówczas przyczyną przyjęcia jest nadanie krajowemu systemowi prawnemu dodatkowego prestiżu)¹²³⁸. Jeden z podstawowych powodów stanowią przesłanki ekonomiczne. Ustawodawcy państwa zapożyczającego mogą wyjść z założenia, że skoro dany akt prawny z powodzeniem funkcjonuje za granicą, to zbędne jest tracenie czasu i pieniędzy na wypracowywanie własnych oryginalnych rozwiązań dotyczących danej sfery życia społeczno-gospodarczego, taki rodzaj recepcji określany bywa wówczas mianem *cost-saving transplant*¹²³⁹. Niekiedy dane państwo podejmuje dobrowolną decyzję o wprowadzeniu określonych rozwiązań prawnych pod wpływem zewnętrznych nacisków

literaturze wspomina się, że recepcja szwajcarskiego *Zivilgesetzbuch* do prawa tureckiego miała charakter całkowity (*total reception*), co oznacza, że turecki kodeks cywilny z 1926 r. stanowił niemal dosłowne tłumaczenie kodeksu szwajcarskiego z 1907 r. Zob. K. Zweigert, H. Kötz, *op. cit.*, s. 178. Natomiast recepcja prawa niemieckiego w Japonii nie miała tak kompleksowego charakteru, a jej zaistnienie było efektem wykorzystania wzorców niemieckich (wówczas w fazie projektów) w pracach legislacyjnych po uprzednim odrzuceniu przez władzę ustawodawczą projektów opartych na rozwiązaniach francuskich. Zob. K. Zweigert, H. Kötz, *op. cit.*, s. 298. Francuski *code civil* posłużył za to jako wzorec w wielu państwach Ameryki Południowej. Mimo, że współcześnie brakuje tak wyraźnych przykładów, jak przedstawione powyżej, to najważniejsze prace kodyfikacyjne również są zazwyczaj inspirowane badaniami prawnoporównawczymi. J. M. Smith, *National Legal Systems* [w:], *The Oxford Handbook of Comparative Law*, pod red. M. Reimanna i R. Zimmermanna, Oxford 2007, s. 515-516.

¹²³⁴ Dz. U. z 1937 r. Nr 26, poz. 175

¹²³⁵ J. M. Smith, *National Legal Systems* [w:], *The Oxford Handbook of Comparative Law*, pod red. M. Reimanna i R. Zimmermanna, Oxford 2007, s. 518

¹²³⁶ *Ibidem*

¹²³⁷ K. Sójka-Zielińska, *op. cit.*, s. 240-241

¹²³⁸ J. M. Smith, *op. cit.*, s. 531

¹²³⁹ *Ibidem*

popartych możliwością odmowy udzielenia finansowania realizowanych przez nie projektów. Takie praktyki stosuje np. Międzynarodowy Fundusz Walutowy, lecz również Unia Europejska wobec państw beneficjentów pomocy przedakcesyjnej, a nawet, uchybiających obowiązkowi prawidłowej implementacji prawa europejskiego, państw członkowskich korzystających z instrumentów finansowych dostępnych w ramach europejskiej polityki spójności¹²⁴⁰. Podobną presję mogą wywierać również inwestorzy zagraniczni, którzy w miejscu lokowania swoich przedsiębiorstw, chcieliby mieć do czynienia z rozwiązaniami prawnymi podobnymi do tych, którymi dysponują w ramach rodzimych systemów prawnych. Właśnie w odniesieniu do tego argumentu tłumaczy się przyjęcie przez wiele państw europejskich regulacji umów wypracowanych w praktyce amerykańskiego obrotu prawnego, takich jak *franchising*, *leasing* czy *factoring* albo uchwalenie w Chinach nowego kodeksu umów w 1999 r.¹²⁴¹.

Wreszcie na zakończenie tego fragmentu rozważań można wspomnieć, że w literaturze niekiedy przedstawia się pogląd, zgodnie z którym o recepcji konkretnych rozwiązań prawnych decyduje przypadek. W tym kontekście wspomina się, że do recepcji szwajcarskiego prawa cywilnego w Turcji nie doszłoby, gdyby ówczesny minister sprawiedliwości tego państwa nie miał za sobą doświadczenia w postaci studiów prawniczych w szwajcarskim kantonie Neuchâtel albo, że amerykańskie prawo umów wyglądałoby zupełnie inaczej, gdyby Stany Zjednoczone nie zostały wybrane za miejsce emigracji przez takich prawników jak Friedrich Kessler, Albert Ehrenzweig czy Stefan Riesenfeld¹²⁴².

Podsumowując, przed przedstawieniem właściwych argumentów przemawiających za słusnością rozwiązania polegającego na zreformowaniu polskich regulacji z zakresu umów o świadczenie usług poprzez przejęcie rozwiązań pochodzących z CFR, należy zauważyć, że rozwiązanie to wiązałoby się z uzyskaniem tych korzyści, które zazwyczaj pociąga za sobą recepcja zaawansowanych rozwiązań prawnych. Przyjmując te regulacje do krajowego systemu prawnego niewątpliwie uzyskano by wzrost prestiżu i zaufania do

¹²⁴⁰ Jednym z takich państw jest Polska, która w toku wdrażania funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności, stała przed groźbą wstrzymania tych środków przez Komisję Europejską np. w związku z nieprawidłową transpozycją przepisów dyrektywy Rady 85/337/EWG z dnia 27 czerwca 1985 r. w sprawie oceny skutków wywieranych przez niektóre przedsięwzięcia publiczne i prywatne na środowisko naturalne (Dz. U. L 175 z 5 lipca 1985, s. 40 z późn. zm.). Zagrożenia w tym zakresie zostały ostatecznie wyeliminowane poprzez przyjęcie ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. nr 199, poz. 1227) wraz z odpowiednim aktem wykonawczym.

¹²⁴¹ J. M. Smith, *op. cit.*, s. 531

¹²⁴² K. Zweigert, H. Kötz, *op. cit.*, s. 178, J. M. Smith, *op. cit.*, s. 532-533

prawa polskiego oraz istotnie zmniejszono by jedno z potencjalnych ograniczeń dla zagranicznych inwestorów. Jednocześnie uniknięto by kosztów związanych z prowadzeniem własnych badań obliczonych na wypracowanie oryginalnych i nowoczesnych przepisów w tym zakresie.

Jak już powyżej wspomniano, dla opisanego procesu recepcji prawa obcego w literaturze komparatystycznej, szczególnie anglojęzycznej, przyjęło się używać metafory „przeszczepu prawnego” (*legal transplant*). Jej wprowadzenie do literatury prawnoporównawczej powszechnie przypisuje się A. Watsonowi, który w swych pracach z lat siedemdziesiątych XX wieku, dowodził, że komparatystyka powinna koncentrować się na relacjach, przede wszystkim historycznych, pomiędzy systemami prawnymi, co wynika stąd, że wzajemne związki pomiędzy prawem a społeczeństwem są bardzo ograniczone¹²⁴³. Uzasadniając swe tezy A. Watson podkreślał, że przyczyną rozwoju prawa jest zazwyczaj zapożyczenie nowych rozwiązań od innego społeczeństwa, które wcale nie musi wykazywać tych samych cech, co społeczeństwo dokonujące zapożyczenia¹²⁴⁴. Twierdził on wręcz, że migracja idei pomiędzy systemami prawnymi stanowi najbardziej wydajne źródło rozwoju legislacji¹²⁴⁵. Przytoczone powyżej przykłady recepcji prawa niemieckiego i szwajcarskiego w Turcji i Japonii wskazują, że przekonania tego komparatysty nie są całkowicie pozbawione racji. Mimo, że poglądy A. Watsona były szeroko krytykowane, to spopularyzowana przez niego metafora jest często używana nawet przez jego oponentów, również w ramach dyskusji o potrzebie unifikacji prawa zobowiązań państw członkowskich Unii Europejskiej¹²⁴⁶.

Również współcześnie recepcja prawa stanowi zjawisko występujące w praktyce legislacyjnej poszczególnych państw. W tym kontekście można wymienić reformę niemieckiego prawa zobowiązań z 2002 r. polegającą m.in. na wprowadzeniu do przepisów *BGB* rozwiązań zaczerpniętych z Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów¹²⁴⁷. Warto wspomnieć, że wśród zalet tej

¹²⁴³ A. Watson, *Legal Transplants and Law Reform*, 92 *Law Quarterly Review* 1976, s. 80, A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh 1974 za J. W. Carins, *Comparative Law in Britain* [w:], *The Oxford Handbook of Comparative Law*, pod red. M. Reimanna i R. Zimmermanna, Oxford 2007, s. 171

¹²⁴⁴ *Ibidem*

¹²⁴⁵ A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Athens 1993, s. 95

¹²⁴⁶ Zob. np. P. Legrand, *The Impossibility of „Legal Transplants”*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1997, Nr 4, s. 111

¹²⁴⁷ Środkiem realizacji tej reformy była ustawa z dnia 26 listopada 2001 r. w sprawie modernizacji prawa zobowiązań (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), która weszła w życie 1 stycznia 2002 r. Bezpośrednią przyczyną jej przyjęcia była konieczność implementacji dyrektywy 1999/44/WE Parlamentu

nowelizacji w literaturze wskazuje się na znaczny wkład, jaki wniosła ona, do procesów uniformizacji i unifikacji prawa prywatnego w skali Europy¹²⁴⁸. Niemniej jednak jej ogólna ocena jest raczej negatywna, gdyż, jak się zauważa, przyniosła „chyba więcej szkody niż pożytku” i jako taka została uznana za zbytęcną w takim zakresie w jakim nie była związana z implementacją przepisów prawa wspólnotowego¹²⁴⁹. Ten rodzaj recepcji, jaki dokonał się w ramach opisanej powyżej zmiany legislacyjnej, sprowadzający się do uzupełnienie prawa krajowego o regulacje jednolite w literaturze określa się mianem „harmonizacji spontanicznej”¹²⁵⁰.

Przed przystąpieniem do właściwej analizy wad i zalet wdrożenia tej opcji warto wspomnieć o intencjach, którymi kierowali się przedstawiciele europejskich środowisk akademickich zaangażowani w prace nad ujednoczeniem europejskiego prawa umów. W doktrynie odnotowuje się, że jednym z celów głównych przedsięwzięć związanych z unifikacją regulacji z zakresu zobowiązań już na wczesnym etapie (tj. już w momencie opracowania „Zasad europejskiego prawa kontraktów” przygotowanych przez Komisję do spraw europejskiego prawa kontraktów działającej pod przewodnictwem O. Lando) było nadanie im rangi „punktu orientacyjnego” i „źródła inspiracji dla każdego (przyszłego lub obecnego państwa członkowskiego Unii Europejskiej” planującego reformę swojego prawa cywilnego¹²⁵¹. Grupę adresatów, dostrzeżoną przez twórców zasad stanowili legislatorzy z centralnej i wschodniej Europy prowadzący prace nad dostosowaniem krajowych kodeksów do wymagań kształtujących się gospodarek rynkowych¹²⁵².

Recypowanie do prawa polskiego przepisów CFR wiązało by się z szeregiem zalet wśród, których w pierwszej kolejności można wymienić modernizację polskiego prawa zobowiązań. Byłaby ona dostrzegalna w dwóch przejawach. Po pierwsze, z obrotu

Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz. Urz. L 9 z 15 stycznia 2003 r., s. 3.), dyrektywy 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (Dz. Urz. L 178 z 17 lipca 2000r. s. 1) oraz dyrektywy 2000/35/WE sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych (Dz. Urz. L 200 z 8 sierpnia 2000 r., s. 35).

¹²⁴⁸ M. Martinek, J. Poczobut, *Modernizacja prawa zobowiązań w niemieckim kodeksie cywilnym – przesłanki, przegląd rozwiązań, krytyka [w:] W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Rajskiemu, pod red. A. Brzozowskiego, W. Kocota, K. Michałowskiej, Warszawa 2007, s. 494-495*

¹²⁴⁹ *Ibidem*, s. 495

¹²⁵⁰ M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht. Over verstoring en herstel van de coherentie van het nationale contracten- en consumentenrecht onder invloed van het Europese recht*, Den Haag: Boom 2007, s. 15 cyt. za R. Mańko, *op. cit.*, s. 76, przyp. 56

¹²⁵¹ P. Meijknecht, *Tworzenie zasad europejskiego prawa kontraktów, Państwo i Prawo* 2004, z. 2, s. 40

¹²⁵² *The Commission of European Contract Law, Principles of European Contract Law. Parts I and II*, pod. red. O. Lando i H. Beale, The Hague 2000, s. XXII

prawnego zostałyby wyeliminowana znaczna część przepisów obecnego kodeksu cywilnego, który mimo, iż stanowi akt prawny opracowany na wysokim poziomie legislacyjnym, to coraz częściej zaczyna być postrzegany jako regulacja przestarzała¹²⁵³. Po drugie, wprowadzenie rozwiązań wzorowanych na CFR do krajowej legislacji wiązałoby się z umiędzynarodowieniem polskiej cywilistyki. Wspomniany proces miałby charakter wieloaspektowy: przede wszystkim poprawiłby atrakcyjność polskiego systemu prawnego dla zagranicznych przedsiębiorców, którzy mając na uwadze fakt, że opiera się ono na rozwiązaniach stanowiących komplikację najlepszych europejskich wzorców, byłiby bardziej skłonni do podporządkowywania zawieranych umów, i wynikających z nich sporów, odpowiednio prawu polskiemu oraz polskim sądom powszechnym i arbitrażowym¹²⁵⁴ w ramach tzw. *forum shopping*¹²⁵⁵. Oczywiście warunkiem wykorzystania tej zalety byłoby poprawienie wydolności i jakości działania polskich sądów cywilnych. Ponadto, wdrożenie tego rozwiązania stanowiłoby bodziec do tłumaczenia na język polski obcej literatury dotyczącej CFR, która zyskałaby praktyczną wartość dla krajowej doktryny i orzecznictwa, a jej szerszy odbiór w krajowym dyskursie prawniczym mógłby przyczynić się do szybszego i bardziej dogłębnego wyjaśniania wątpliwych zagadnień¹²⁵⁶.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za wybraniem tego rozwiązania byłaby również możliwość politycznego zdyskontowania faktu wprowadzenia tak daleko idącej zmiany. Jeżeli Polska stałaby się pierwszym europejskim krajem, który przejął ujednolicone regulacje w zakresie prawa zobowiązań mogłaby uzyskać status jednego z liderów integracji europejskiej a tym samym wzmocnić swoją pozycję w Unii. Oprócz politycznych korzyści odniesionych w tym kontekście warto również wskazać na inne aspekty szybkiego wprowadzenia jednolitego prawa. W takiej sytuacji polscy prawnicy najszybciej uzyskaliby doświadczenia związane z praktycznym stosowaniem nowych

¹²⁵³ Taka ocena została sformułowana w stanowisku Rady Legislacyjnej, której przedstawiciele uznali, że obecny stan tej ustawy czyni ją kodyfikacją częściową oraz w dużej mierze przestarzałą. Wśród przyczyn tego stanu rzeczy wskazano szereg czynników w tym datę i specyfikę czasów, w których uchwalono kodeks i związane z tym oparcie go na założeniach systemu socjalistycznego. W opinii przedstawicieli Rady Legislacyjnej wady te nie zostały usunięte w ramach ostatnich nowelizacji, a ponadto były one dokonywane w celu zaspokojenia doraźnych potrzeb i bez przeanalizowania ich wpływu na całość kodeksu. Zob. M. Kępiński, M. Seweryński, A. Zieliński, Rola kodyfikacji na przykładzie prawa prywatnego w procesie legislacyjnym, *Przegląd Legislacyjny* 2006, nr 1, s. 5-6. Oczywiście w doktrynie formułuje się również poglądy odmienne.

¹²⁵⁴ R. Mańko, *op. cit.*, s. 54

¹²⁵⁵ *Forum shopping* oznacza praktykę polegającą na wybieraniu systemu prawnego albo sądu, który oferuje najbardziej korzystne z punktu widzenia danego podmiotu, regulacje w zakresie rozwiązywania sporów. Zob. np. B. A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 2009, s. 726

¹²⁵⁶ R. Mańko, *op. cit.*, s. 47

regulacji, które następnie mogliby wykorzystać w ramach działalności zawodowej czy dydaktycznej uzyskując w tym zakresie przewagę konkurencyjną względem przedstawicieli tej profesji pochodzących z innych państw członkowskich.

Na zakończenie prezentacji zalet i korzyści opisywanego rozwiązania należy nadmienić, że w przypadku polskiego prawa zobowiązań nie sposób powoływać się na jego odrębność jako dobro, które zasługuje na ochronę. W tym kontekście przedstawiciele doktryny trafnie zauważają, że jedyną cechą, która współcześnie odróżnia prawa polskie od europejskiego prawa kontynentalnego są pozostałości po prawie socjalistycznym¹²⁵⁷. Nie wydaje się, żeby stanowiły one argument przemawiający za jego utrzymaniem również w zakresie regulacji prawa zobowiązań.

Natomiast, za główny argument przemawiający za odstąpieniem od wdrożenia opisywanego rozwiązania należy uznać opór polskich prawników przed radykalnymi zmianami prawa, w szczególności przepisów kodeksowych. Uwarunkowania te dostrzegli autorzy Zielonej Księgi, którzy niewątpliwie słusznie stwierdzili, że niewskazane jest pochopne zmienianie sprawdzonych i powszechnie akceptowanych instytucji oraz wykorzystanej do ich opisanie terminologii prawnej¹²⁵⁸. Niemniej jednak na rzecz wprowadzenia rozwiązań opisanych w CFR można wykorzystać argument autorów Zielonej Księgi sformułowany w kontekście uzasadnienia potrzeby rekodyfikacji polskiego prawa cywilnego. W tym zakresie wskazali oni, że nowa kodyfikacja ułatwi prawnikom zajmującym się stosowaniem prawa realizację ich zadań, „ponieważ wskaże jak rozwiązywać problemy powstałe na tle zmienionej hierarchii wartości i nowych stosunków społeczno-gospodarczych”. Nie ulega wątpliwości, że te same funkcje spełniają uregulowania opisane w CFR, a dodatkowo za tym wyborem przemawia sposób ich opracowania, tj. oparcie ich na najlepszych rozwiązaniach wypracowanych w porządkach prawnych państw europejskich.

W tej kwestii autorzy Zielonej Księgi odnieśli się do jeszcze jednego istotnego dylematu związanego z ewentualnym wprowadzeniem w Polsce jednolitych rozwiązań w zakresie prawa zobowiązań, a mianowicie odpowiedzieli na pytanie czy celowym jest prowadzenie prac nad nowym polskim kodeksem cywilnym mając na uwadze trwające prace nad europejskim kodeksem cywilnym. W tym kontekście, zauważono, że sama

¹²⁵⁷ *Ibidem*, s. 50

¹²⁵⁸ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości, Zielona Księga..., s.

koncepcja ujednoczenia prawa umów ma swoich zwolenników, choć również spotyka się ze sceptycznymi reakcjami. Unikając oceny samych działań unifikacyjnych, uznano, że prowadzenie krajowych prac rekodyfikacyjnych w dziedzinie prawa cywilnego jest konieczne, co uzasadnia m.in. stanowisko państw członkowskich, które w momencie wydania Zielonej Księgi opowiadały się za miękkiimi regulacjami w tym zakresie oraz uznając, że zastąpienie krajowego prawa umów przez regulacje sformułowane na poziomie europejskim stanowią kwestię niepewną i niedającą się zrealizować w najbliższej przyszłości. Ten argument w kontekście stanowisk Komisji Europejskiej prezentowanych na początku 2011 r. wydawał się w tamtym okresie tracić na aktualności, niemniej jednak wobec trudnych do przewidzenia zmian w zakresie dalszego funkcjonowania Unii Europejskiej, których zapowiedzią jest m.in. prawdopodobne wystąpienie Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Północnej Irlandii wskutek referendum przeprowadzonego 23 czerwca 2016 r. nie ulega wątpliwości, że prace nad nowym polskim kodeksem cywilnym powinny być prowadzone niezależnie od analogicznych inicjatyw na poziomie unijnym. .

Zakończenie

Podstawowym celem niniejszej rozprawy było zidentyfikowanie nowego empirycznie wykształconego typu umowy i zaproponowanie jego ustawowej regulacji jako rozwiązania wychodzącego naprzeciw problemom wynikającym z niedostosowania obecnych przepisów kodeksu cywilnego poświęconych świadczeniu usług w ramach stosunków kontraktowych do potrzeb współczesnego obrotu wynikających z rozwoju technologii i przemian społeczno-ekonomicznych skutkujących wzrostem znaczenia usług dla funkcjonowania gospodarki.

Sformułowanie wniosków *de lege ferenda* w zakresie sposobu ujęcia nowego kontraktu, dla którego przyjęto określenie „umowa o usługi” poprzedzono przeanalizowaniem wybranych rozwiązań w ujęciu historycznym i prawnoporównawczym. To pozwoliło, z jednej strony, na wskazanie okoliczności, w których kształtowały się obecnie obowiązujące rozwiązania, oraz przyczyn ukształtowania się ich aktualnej postaci, a z drugiej, na zidentyfikowanie innych możliwych rozwiązań w tym zakresie mogących stanowić impuls oraz inspirację do przeformułowania rodzimych przepisów.

Rezultatem tej analizy było uznanie za podstawowy punkt odniesienia dla formułowania propozycji w zakresie rekodyfikacji polskiego prawa cywilnego opracowań podsumowujących działania w ramach procesu unifikacji europejskiego prawa zobowiązań (tj. DCFR i PEL SC) jako stanowiących swoistą syntezę rozwiązań prawnych wybranych państw członkowskich Unii Europejskiej uzupełnionych o konstrukcje wypracowane w prawie unijnym.

Ogólnie sformułowana umowa o usługi może stanowić wyjście naprzeciw potrzebom obrotu elektronicznego, co do którego stwierdzono niedostosowanie obecnych regulacji. W rezultacie przeanalizowania możliwych wariantów zmian stwierdzono, że najwłaściwszym rozwiązaniem będzie zaproponowanie kontraktu zapewniającego rozwiązania elastyczne, odporne na dynamiczne zmiany warunków gospodarczych, rozwój technologii oraz powszechnie akceptowalne, a także inspirujące dla dużych grup uczestników relacji rynkowych. W szczególności w odniesieniu do tego zagadnienia uznano, że niewłaściwe byłoby identyfikowanie bardziej wyspecjalizowanych typów, ponieważ z uwagi na dynamiczne zmiany technologiczne mogłyby one ulec szybkiej dezaktualizacji. Natomiast model współpracy stron ujęty w umowie o usługi wydaje się być uniwersalny, względnie trwały i ekonomicznie efektywny.

Oprócz wspomnianych uwarunkowań gospodarczych i technologicznych zmianę obecnej regulacji umów o świadczenie usług uzasadniono również obserwowanymi *de lege lata* problemami w stosowaniu art. 750 k.c. Są one doświadczane zarówno przez uczestników obrotu jak i sądy oraz inne organy władzy publicznej (np. emerytalno-rentowe). Przyczyną tego stanu rzeczy jest konieczność odpowiedniego stosowania przepisów o zleceniu, a także wynikające z tego trudności w zakresie skonstruowania samodzielnego typu umowy o świadczenie usług w oparciu o obowiązujące przepisy. W tym zakresie szczególnie problematyczne jest zastosowanie aktualnych regulacji, do kontraktów w ramach których dochodzi do spełnienia świadczeń starannego działania jak i świadczeń rezultatu. Wynika to stąd, że niejednokrotnie w kontekście konieczności dokonania względem nich subsumpcji norm prawnych nie wiadomo czy stosować odpowiednio przepisy o zleceniu czy regulacje poświęcone umowom o rezultat usługi w sytuacji, w której ogół ich cech uniemożliwia zastosowanie odpowiednich regulacji w ramach wnioskowania *per analogiam*.

Mając na względzie powyższe w niniejszej pracy zaproponowano nowe ujęcie umowy mającej za przedmiot usługi *de lege lata* objętej zakresem art. 750 k.c. Z uwagi na ogół uwarunkowań towarzyszących wykonywaniu takich kontraktów w praktyce obrotu uznano, że inspiracją dla sformułowania odpowiednich rozwiązań mogą być – jak już powyżej wspomniano – odpowiednio zaadaptowane do warunków polskich właściwe postanowienia DCFR i PEL SC. Niemniej jednak w przeciwieństwie do założeń zaproponowanych w tych opracowaniach, jak również w wypowiedziach niektórych przedstawicieli doktryny (F. Zoll, M. Pecyna) i projekcie przepisów o usługach zespołu problemowego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego do spraw regulacji świadczenia usług zidentyfikowano konieczność stypizowania samodzielnej „umowy o usługi”. Negujący tę koncepcję autorzy przepisów o usługach uzasadniają swoją propozycję koniecznością „odtypizowania prawa zobowiązań”, „uogólnienia jak największej liczby norm dostosowanych do świadczenia usług” oraz przebudowania systemu prawa zobowiązań tak, żeby w jego centrum „znalazły się w większym stopniu układy interesów stron charakterystyczne dla umowy o świadczenie usług”, co będzie jednocześnie stanowiło odejście od obecnego modelu dostosowanego do umowy sprzedaży. Oczywiście, przyjęcie takiego rozwiązania nie jest pozbawione podstaw, jednakże w niniejszej pracy stwierdzono w odniesieniu do niego niespójności o zasadniczym charakterze. Przede wszystkim w świetle poczynionych ustaleń zbyt radykalny wydaje się postulat pominięcia bezpośredniej regulacji umowy będącej najbardziej wyraźnym przejawem nowego modelu. Zauważono, że skoro w obecnym systemie, którego regulacje stanowią

odzwierciedlenie rozwiązań właściwych umowie sprzedaży, nie zaniechano stypizowania tego kontraktu, to w nowym systemie również nie powinno zabraknąć najbardziej charakterystycznego typu stanowiącego wyraźny przejaw rozwiązań konstrukcyjnych całego systemu. W przeciwnym razie może nie dojść do wyeliminowania wspomnianych problemów identyfikowanych po stronie uczestników obrotu, sądów i innych organów stosujących prawo, które *de lege lata* w tym obszarze w istocie przybiera postać jedynie przepisów ogólnych (dzięki art. 750 k.c. taki status w istocie uzyskują przepisy o zleceniu). Ponadto, należy zauważyć, że w doktrynie wyrażane są opinie, których autorzy opowiadają się za stypizowaniem umowy o usługi (np. R. Szostak czy E. Rott-Pietrzyk).

Istotnym argumentem uzasadniającym wnioski *de lege ferenda* sformułowane w pracy jest zidentyfikowanie w praktyce polskiego obrotu prawnego okoliczności świadczących o wyodrębnieniu nowego empirycznego typu kontraktu w postaci umowy o usługi. W tym zakresie dowiedziono spełnienia przez nią każdej z dwóch przesłanek takiego wyodrębnienia tj. masowego charakteru (powtarzalności) oraz wyraźnych ram prawnych. W odniesieniu do pierwszej dokonano tego poprzez odwołanie się do dorobku nauk ekonomicznych (których przedstawiciele zauważają wzrastającą rolę usług w funkcjonowaniu światowej gospodarki), danych statystycznych, ustaleń wynikających z obserwacji praktyki (orzecznictwa), wypowiedzi doktryny oraz argumentów historycznych. Natomiast wykazanie drugiej nastąpiło poprzez zidentyfikowanie w stosunkach prawnych stanowiących przejaw nowej umowy cech mogących stanowić minimalną (konieczną) treść oraz *essentialia negotii* nowego typu ustawowego, co świadczy o jej gotowości do ujęcia w przepisach prawa powszechnie obowiązującego.

Jako rozwiązania, w treści zaproponowanego modelu mające wyjść naprzeciw zidentyfikowanym problemom, przedstawiono regulacje wprowadzające: obowiązki informacyjne i ostrzegawcze stron (zarówno na etapie przedkontraktowym jak i po zawarciu umowy) realizowane m.in. poprzez wskazanie typowych ryzyk mogących – w razie zaistnienia – skutkować niewykonaniem umowy; możliwość ustalenia treści zobowiązania usługodawcy na etapie wykonywania umowy poprzez polecenia usługobiorcy, które zostały uzupełnione o dopuszczalność jednostronnej zmiany umowy przez usługodawcę; a także nowe przesłanki umożliwiające stwierdzenie wykonania zobowiązania oraz odpowiednie środki ochrony prawnej na wypadek naruszenia zobowiązania przez dłużnika, którym nadano postać mechanizmów zastępczych znajdujących zastosowanie w sytuacji niedopełnienia obowiązków informacyjnych lub ostrzegawczych czy konfliktu interesów. Poza tym, cała

konstrukcja została ujęta w sposób elastyczny tak, żeby mogła stanowić zarówno źródło zobowiązań rezultatu jak i starannego działania.

Ponadto, należy zauważyć, że pomimo ujęcia propozycji w projekt nowych przepisów kodeksu cywilnego dopuszczalne jest jej inne wykorzystanie. Z uwagi na zasadniczo dyspozytywny charakter dużej liczby przepisów prawa cywilnego możliwe byłoby jej wykorzystanie jako materiału do formułowania w praktyce obrotu umów mających za przedmiot usługi zarówno w obecnym jak i projektowanym stanie prawnym. W kontekście postulatów *de lege ferenda* mogłaby ona w szczególności stanowić punkt wyjścia do opracowania wzoru albo wzorów „umów powszechnie zawieranych” w zakresie świadczenia usług definiowanych przez F. Zolla i M. Pecynę jako obowiązujące jedynie wtedy, gdy strony dokonają wyboru danego wzorca, jednakże pozbawionych charakteru imperatywnego, i dopuszczających ich dowolne modyfikowanie przez strony w zależności od ich potrzeb i okoliczności transakcji, przy czym jedynie zastosowanie wzoru w wersji kodeksowej stwarzałoby domniemanie zgodności z prawem umowy zawartej na jego podstawie.

Wobec powyższego szczególnie istotne wydaje się przygotowanie takiego wzorca w ramach procesu legislacyjnego zmierzającego do rekodyfikacji polskiego prawa cywilnego. Pomimo, że znane są przypadki funkcjonowania systemów prawnych opartych na znacznie bardziej ogólnych przepisach prawa umów niż polskie (np. prawo angielskie czy amerykańskie), to wskutek wychodzenia naprzeciw potrzebom uczestników obrotu i tak powstają w nich wzory umów szeroko wykorzystywane przez strony (np. z inicjatywy organizacji branżowych). Dlatego też, niezależnie od tego, iż jednym z głównych postulatów głoszonych w dyskusji o nowym kodeksie cywilnym jest możliwie najpełniejsza realizacja procesu odtypizowania prawa cywilnego, z uwagi na coraz większą heterogeniczność podlegających mu stosunków prawnych, to potrzebne jest pozostawienie w systemie prawa wyraźnie zarysowanych modeli kontraktów (przynajmniej tych najważniejszych, czyli m.in. mających za przedmiot usługi). Mniej świadomi uczestnicy obrotu mogli by je przyjąć w całej rozciągłości, bez szkody dla własnych interesów, a bardziej zaawansowani wykorzystać jako punkt wyjścia dla pożądanego ujęcia planowanych do nawiązania stosunków obligacyjnych. Natomiast wypracowanie takich rozwiązań równoległe z dyskusją o przepisach ogólnych konieczne jest z dwóch względów. Po pierwsze, umożliwi to natychmiastowe przełożenie rozwiązań ogólnych na szczegółowe, co ułatwi zapewnienie ich spójności, a także uprości ocenę jednych i drugich przez uczestników szerokich konsultacji społecznych, które powinny towarzyszyć rekodyfikacji. Po drugie zaś, przygotowanie opisywanych rozwiązań w procesie

legislacyjnym, dzięki jego uwarunkowaniom takim jak np. transparentność i otwartość (przy założeniu jego prawidłowego wykonania), w którym zostaną wykorzystane rezultaty profesjonalnej dyskusji przeprowadzonej w środowisku prawniczym zarówno w gronie przedstawicieli nauki jak i praktyków, pozwala mieć nadzieję, że wypracowane w ten sposób rozwiązania będą charakteryzowały się wysoką jakością, będą gwarantowały właściwe wyważenie interesów stron zaprojektowanych w ten sposób stosunków zobowiązaniowych oraz będą cieszyły się możliwe wysokim poziomem akceptacji społecznej. Nie sposób nie zauważyć, że takich cech mogą nie mieć wzorce wypracowane w innych okolicznościach np. przez organizacje branżowe.

Podsumowując, niniejszą pracą autor zabiera głos w dyskusji o przyszłym kształcie polskiego prawa cywilnego ujętego w ramy nowego kodeksu, mając nadzieję, że dzięki temu ją wzbogaca dostarczając materiału do przemyśleń autorom propozycji wyjściowych do dalszych prac legislacyjnych w tym zakresie.

Załącznik I – Zestawienie regulacji DCFR i PEL SC w zakresie świadczenia usług (kwestie ogólne)

Regulowane zagadnienie	Draft Common Frame of Reference	Principles of European Law Service Contracts	Opis najważniejszych różnic
Wskazanie zakresu przedmiotowego	<p>IV. C. – 1:101: Scope</p> <p>(1) This Part of Book IV applies:</p> <p>(a) to contracts under which one party, the service provider, undertakes to supply a service to the other party, the client, in exchange for a price; and</p> <p>(b) with appropriate adaptations, to contracts under which the service provider undertakes to supply a service to the client otherwise than in exchange for a price.</p> <p>(2) It applies in particular to contracts for construction, processing, storage, design, information or advice, and treatment.</p>	<p>Article 1:101: Scope of Application</p> <p>(1) This Chapter applies to contracts whereby one party, the service provider, is to supply a service to the other party, the client, in exchange for remuneration.</p> <p>[...]</p> <p>(6) This Chapter, with the exception of Article 1:102, applies with appropriate modifications to contracts whereby the service provider is to supply a service to the client otherwise than for remuneration.</p>	<ul style="list-style-type: none"> – wyeliminowanie legalse „hereby” w DCFR – zastosowanie różnych słów dla wyrażenia obowiązku świadczenia usługi „undertakes” (DCRF) i „is” (PEL SC) – zastosowanie różnych określeń dla opisanego świadczenia pieniężnego „price” (DCRF) i „remuneration” (PEL SC)
Ograniczenie zakresu przedmiotowego	<p>IV. C. – 1:102: Exclusions</p> <p>This Part does not apply to contracts in so far as they are for transport, insurance, the provision of a security or the supply of a financial product or a financial service.</p>	<p>Article 1:101: Scope of Application</p> <p>(4) Without prejudice to paragraph (3), this Chapter does not apply to contracts for transport, insurance, guarantee, or for the supply of a financial product or a financial service.</p> <p>(5) This Chapter does not apply to employment contracts.</p>	<ul style="list-style-type: none"> – brak wyłączenia z zakresu przedmiotowego umów o pracę w DCFR – brak wyłączenia z zakresu przedmiotowego umów o zabezpieczenie (<i>provision of security</i>) w PEL SC

Reguły derogacyjne	<p>IV. C. – 1:103: Priority rules</p> <p>In the case of any conflict:</p> <p>(a) the rules in Part IV. D. (Mandate) and Part IV. E. (Commercial agency, franchise and distributorship) prevail over the rules in this Part; and</p> <p>(b) the rules in Chapters 3 to 8 of this Part prevail over the rules in Chapter 2 of this Part.</p>	<p>Article 1:101: Scope of Application</p> <p>(2) This Chapter applies to contracts for construction, processing, storage, design, information, and treatment, unless provided otherwise in Chapters 2 to 7.</p> <p>(3) When, under a contract, a party is bound to supply a service and to do something else, both this Chapter and, so far as relevant, Chapters 2 to 7 apply to the parts of the contract that involve services, with appropriate modifications.</p>	<ul style="list-style-type: none"> – W PEL SC reguły derogacyjne nie zostały wyodrębnione w oddzielnym artykule stanowiąc część przepisu regulującego zakres przedmiotowy – W DCFR wśród przepisów szczególnych dla rozdziału drugiego wskazano przepisy regulujące dodatkowe względem PEL SC typu zobowiązań umownych (<i>mandate, commercial agency, franchise and distributorship</i>) – W DFCR nie przewidziano regulacji znajdujących zastosowanie do umów mieszanych obejmujących świadczenie usług i inne czynności
Wynagrodzenie	<p>IV. C. – 2:101: Price</p> <p>Where the service provider is a business, a price is payable unless the circumstances indicate otherwise.</p>	<p>Article 1:102: Price</p> <p>(1) Unless agreed otherwise, a service provider who has entered into the contract in the course of a profession or business is entitled to a price.</p> <p>(2) Where the contract does not fix the price or the method of determining it, the price is the market price generally charged at the time of the conclusion of the contract.</p>	<ul style="list-style-type: none"> – W DCFR nie przewidziano regulacji znajdujących zastosowanie w razie nie zastrzeżenia w treści umowy wynagrodzenia albo metody jego obliczenia
Przedkontraktowy obowiązek	<p>IV. C. – 2:102: Pre-contractual duties to</p>	<p>Article 1:103: Pre-contractual Duties to</p>	<ul style="list-style-type: none"> – odmienny sposób opisanja okoliczności, w których powstaje

ostrzeżenia po stronie usługodawcy	<p>warn</p> <p>(1) The service provider is under a pre-contractual duty to warn the client if the service provider becomes aware of a risk that the service requested:</p> <p>(a) may not achieve the result stated or envisaged by the client;</p> <p>(b) may damage other interests of the client; or</p> <p>(c) may become more expensive or take more time than reasonably expected by the client.</p>	<p>Warn</p> <p>(1) The service provider is under a pre-contractual duty to warn the client if the service provider becomes aware or if the service provider has reason to know that the service requested:</p> <p>(a) may not achieve the result stated or envisaged by the client, or</p> <p>(b) may damage other interests of the client, or</p> <p>(c) may become more expensive or take more time than reasonably expected by the client.</p>	<p>obowiązek powiadomienia usługobiorcy – w DCFR poprzez wskazanie stanu świadomości ryzyka (<i>becomes aware of a risk</i>) – w PEL SC poprzez dodatkowe odwołanie się do koncepcji „reason to know” odpowiadającej okolicznościom opisywanym w prawie polskim jako możliwość łatwego dowiedzenia się</p>
Okoliczności wyłączające przedkontraktowy obowiązek ostrzeżenia po stronie usługodawcy	<p>(2) The duty to warn in paragraph (1) does not apply if the client:</p> <p>(a) already knows of the risks referred to in paragraph (1); or</p> <p>(b) could reasonably be expected to know of them.</p>	<p>(2) The duty to warn in paragraph (1) does not apply if the client:</p> <p>(a) already knows of the risks referred to in subparagraph (1)(a), (b), or (c); or</p> <p>(b) has reason to know of the risks.</p>	<p>– odmienny sposób opisanie drugiej okoliczności, wyłączającej obowiązek powiadomienia usługobiorcy w sytuacji – w DCFR poprzez wskazanie sytuacji uzasadnionego oczekiwania wobec usługodawcy w zakresie dowiedzenia się o ryzykach (could reasonably be expected to know of them) – w PEL SC poprzez odwołanie się do koncepcji „reason to know”</p>
Konsekwencje niewykonania przedkontraktowego obowiązku	<p>(3) If a risk referred to in paragraph (1) materialises and the service provider was in breach of the duty to warn of it, a subsequent change of the service by the service provider</p>	<p>(3) If an event referred to in paragraph (1) occurs and the client was not duly warned:</p> <p>(a) the client need not accept a change of the service under Article 1:111 unless the</p>	<p>– w obu przepisach wyrażono podobne treści przy zastosowaniu odmiennych sformułowań, dodatkowo w DCFR szerzej</p>

ostrzegania po stronie usługodawcy	under IV. C. – 2:109 (Unilateral variation of the service contract) which is based on the materialisation of the risk is of no effect unless the service provider proves that the client, if duly warned, would have entered into a contract anyway. This is without prejudice to any other remedies, including remedies for mistake, which the client may have.	service provider proves that the client, if the client would have been duly warned, would have entered into a contract taking into account the event; and (b) the client may recover damages in accordance with Article 4:117(2) and (3) PECL (Damages).	opisano zakres dostępnych środków ochrony prawnej nie ograniczając ich liczby i dodatkowo wskazując na środki ochrony prawnej przysługujące usługobiorcy działającemu pod wpływem błędu
Przedkontraktowy obowiązek ostrzegania po stronie usługobiorcy	(4) The client is under a pre-contractual duty to warn the service provider if the client becomes aware of unusual facts which are likely to cause the service to become more expensive or time-consuming than expected by the service provider or to cause any danger to the service provider or others when performing the service.	(4) The client is under a pre-contractual duty to warn the service provider if the client becomes aware, or if the client has reason to know of unusual facts that are likely to cause the service to become more expensive or take more time than expected by the service provider.	<ul style="list-style-type: none"> – odmienny sposób opisanie okoliczności, w których powstaje obowiązek powiadomienia usługodawcy – w DCFR poprzez wskazanie stanu świadomości ryzyka (<i>becomes aware of unusual facts</i>) – w PEL SC poprzez dodatkowe odwołanie się do koncepcji „reason to know” odpowiadającej okolicznościom opisywanym w prawie polskim jako możliwość łatwego dowiedzenia się, – rozszerzenie obowiązku ostrzeżenia po stronie usługobiorcy o wskazanie okoliczności mogących stanowić zagrożenie dla usługodawcy czy innych osób w trakcie świadczenia usługi
Konsekwencje niewykonania przedkontraktowego obowiązku	(5) If the facts referred to under paragraph (4) occur and the service provider was not duly warned, the service provider is entitled	(5) If the facts referred to under paragraph (4) occur and the service provider was not duly warned, the service provider is	<ul style="list-style-type: none"> – w treści lit. a wg DCFR wskazano na możliwość skompensowania strat powstałych w rezultacie niewykonania obowiązku

ostrzegania po stronie usługobiorcy	<p>to:</p> <p>(a) damages for the loss the service provider sustained as a consequence of the failure to warn; and</p> <p>(b) an adjustment of the time allowed for performance of the service.</p>	<p>entitled to:</p> <p>(a) damages for the loss the service provider sustained as a consequence of the nonperformance; and</p> <p>(b) an adjustment of the time of performance that is required for the service.</p>	<p>ostrzegania, natomiast w analogicznym postanowieniu PEL SC odszkodowanie odniesiono do strat powstałych w rezultacie nie wykonania usługi</p> <p>– w treści lit. b wg DCFR dopuszczono przedłużenie terminu o czas przeznaczony na wykonanie usługi, natomiast w analogicznym postanowieniu PEL SC o czas wymagany na wykonanie usługi</p>
Domniemania dotyczące świadomości faktów i okoliczności	<p>(6) For the purpose of paragraph (1), the service provider is presumed to be aware of the risks mentioned if they should be obvious from all the facts and circumstances known to the service provider, considering the information which the service provider must collect about the result stated or envisaged by the client and the circumstances in which the service is to be carried out.</p> <p>(7) For the purpose of paragraph (2)(b) the client cannot reasonably be expected to know of a risk merely because the client was competent, or was advised by others who were competent, in the relevant field, unless such other person acted as the agent of the client, in which case II. – 1:105 (Imputed knowledge etc.) applies.</p> <p>(8) For the purpose of paragraph (4), the</p>	<p>(6) For the purpose of paragraph (1), the service provider has ‘reason to know’ if the risks would be obvious to a comparable service provider in the same situation as this service provider from all the facts and circumstances known to the service provider, considering the information that the service provider must collect about the result stated or envisaged by the client and the circumstances in which the service is to be carried out.</p> <p>(7) For the purpose of subparagraphs (2)(b) and (4), the client has ‘reason to know’ if the risks would be obvious to a comparable client in the same situation as this client from all the facts and circumstances known to the client without investigation. The client is not treated as knowing of a risk, or having reason to know of it, merely because the client was competent, or was advised by others who</p>	<p>– odmienny sposób ujęcia treści tych postanowień wynika z zastosowania w PEL SC koncepcji „reason to know”, która w DCFR została zastąpiona innymi bliskoznacznymi sformułowaniami (np. <i>reasonably be expected to know</i>)</p>

	client is presumed to be aware of the facts mentioned if they should be obvious from all the facts and circumstances known to the client without investigation.	were competent, in the relevant field, unless such other person acted as the agent of the client, in which case Article 1:305 PECL (Imputed Knowledge and Intention) applies.	
Obowiązek współpracy	<p>IV. C. – 2:103: Obligation to co-operate</p> <p>(1) The obligation of co-operation requires in particular:</p> <p>(a) the client to answer reasonable requests by the service provider for information in so far as this may reasonably be considered necessary to enable the service provider to perform the obligations under the contract;</p> <p>(b) the client to give directions regarding the performance of the service in so far as this may reasonably be considered necessary to enable the service provider to perform the obligations under the contract;</p> <p>(c) the client, in so far as the client is to obtain permits or licences, to obtain these at such time as may reasonably be considered necessary to enable the service provider to perform the obligations under the contract;</p> <p>(d) the service provider to give the client a reasonable opportunity to determine whether the service provider is performing the obligations under the contract; and</p> <p>(e) the parties to co-ordinate their respective efforts in so far as this may reasonably be considered necessary to perform their respective obligations under the contract.</p>	<p>Article 1:104: Duty to Co-operate</p> <p>(1) The duty under Article 1:202 PECL (Duty to Co-operate) requires in particular:</p> <p>(a) the client to answer reasonable requests by the service provider for information in so far as this is reasonably necessary to enable the service provider to perform the contract;</p> <p>(b) the client to give directions regarding the performance of the service in so far as this is reasonably necessary to enable the service provider to perform the contract;</p> <p>(c) the client, in so far as the client is to obtain permits or licenses, to obtain these at such time as is reasonably necessary to enable the service provider to perform the contract;</p> <p>(d) the service provider to give the client a reasonable opportunity to determine whether the service provider is performing the obligations under the contract; and</p> <p>(e) the parties to co-ordinate their respective efforts in so far as this is reasonably necessary to perform the contract.</p>	<ul style="list-style-type: none"> – obowiązek współpracy w DCFR został opisany jako <i>obligation</i>, co wynika z konwencji terminologicznej tego dokumentu, w ramach której <i>duty</i> oznacza obowiązek niekoniecznie wynikający ze stosunków prawnych, natomiast <i>obligation</i> to zobowiązanie, w PEL SC jest on opisany jako <i>duty</i>, – w pozostałych postanowieniach analizowanych artykułów występują niewielkie różnice redakcyjne (np. wykonanie zobowiązań wynikających z umowy w DCFR a wykonanie umowy w PEL SC),

Konsekwencje niewykonania obowiązku współpracy	(2) If the client fails to perform the obligations under paragraph (1)(a) or (b), the service provider may either withhold performance or base performance on the expectations, preferences and priorities the client could reasonably be expected to have, given the information and directions which have been gathered, provided that the client is warned in accordance with IV. C. – 2:108 (Contractual obligation of the service provider to warn).	(2) If the client fails to perform the duties under subparagraph (1)(a) or (b), the service provider may either withhold performance under Article 9:201 PECL (Right to Withhold Performance), or base performance upon the expectations, preferences and priorities a person in the same situation as the client may reasonably be considered to have, given the information and directions that have been gathered, provided that the client is warned in accordance with Article 1:110.	– W DCFR zrezygnowano z formułowania opisu oczekiwań, preferencji i priorytetów, jakie mógłby mieć usługobiorca w kontekście niewykonania obowiązku współpracy w odniesieniu do wzorca hipotetycznej osoby znajdującej się w tej samej sytuacji
	(3) If the client fails to perform the obligations under paragraph (1) causing the service to become more expensive or to take more time than agreed on in the contract, the service provider is entitled to: (a) damages for the loss the service provider sustained as a consequence of the non-performance; and (b) an adjustment of the time allowed for supplying the service.	(3) If the client fails to perform the duties under paragraph (1) causing the service to become more expensive or to take more time than agreed upon in the contract, the service provider is entitled to: (a) damages for the loss the service provider sustained as a consequence of the non-performance; and (b) an adjustment of the time of performance that is required for the service.	– obowiązek współpracy w DCFR został opisany jako <i>obligation</i> , co wynika z konwencji terminologicznej tego dokumentu, w ramach której <i>duty</i> oznacza obowiązek niekoniecznie wynikający ze stosunków prawnych, natomiast <i>obligation</i> to zobowiązanie, w PEL SC jest on opisany jako <i>duty</i> , – w treści lit. b wg DCFR dopuszczono przedłużenie terminu o czas przeznaczony na wykonanie usługi, natomiast w analogicznym postanowieniu PEL SC o czas wymagany na wykonanie usługi
Okoliczności, w		Article 1:105: Circumstances in which the	– przedmiotowy artykuł PEL SC nie

których ma być świadczona usługa		<p>Service Is to Be Performed</p> <p>The service provider must, in so far as this is reasonably necessary for the performance of the service, collect information about the circumstances in which the service has to be performed and ensure that performance of the service takes into account these circumstances.</p>	ma wyraźnego odpowiednika w postanowieniach DCFR
<p>Obowiązki usługodawcy dotyczące sposobu wykonania umowy (podwykonawcy, narzędzia i materiały)</p>	<p>IV. C. – 2:104: Subcontractors, tools and materials</p> <p>(1) The service provider may subcontract the performance of the service in whole or in part without the client’s consent, unless personal performance is required by the contract.</p> <p>(2) Any subcontractor so engaged by the service provider must be of adequate competence.</p> <p>(3) The service provider must ensure that any tools and materials used for the performance of the service are in conformity with the contract and the applicable statutory rules, and fit to achieve the particular purpose for which they are to be used.</p> <p>(4) In so far as subcontractors are nominated by the client or tools and materials are provided by the client, the responsibility of the service provider is governed by IV. C. – 2:107 (Directions of the client) and IV. C. – 2:108 (Contractual obligation of the service provider to warn).</p>	<p>Article 1:106: Duties of the Service Provider regarding Input</p> <p>(1) The service provider may subcontract the performance of the service in whole or in part without the client’s consent, unless personal performance is of the essence of the contract.</p> <p>(2) Any subcontractor so engaged by the service provider must be of adequate competence.</p> <p>(3) In so far as the service provider uses tools and materials for the performance of the service, they must be in conformity with the contract and the applicable statutory rules, and fit to achieve the particular purpose for which they are to be used.</p> <p>(4) In so far as the service provider must transfer ownership to the client of an immovable structure, a movable or incorporeal thing, or a right, such transfer must be free from any right or claim of a third party.</p>	<ul style="list-style-type: none"> – możliwość zaangażowania podwykonawców przez usługodawcę uzależniono w DCFR od postanowień umowy (nie może w niej być zastrzeżona konieczność osobistego wykonawstwa), natomiast wg PEL SC wymaganie osobistego wykonawstwa musi stanowić istotę umowy (tj. wykonanie tej umowy zależy od osobistych przymiotów usługodawcy), – w art. 1:106(4) PEL SC przewidziano obowiązki względem usługodawcy odnośnie braku wad prawnych (praw i roszczeń osób trzecich) praw i rzeczy, które są przenoszone na usługobiorcę w związku ze świadczeniem usługi, które w przypadku DCFR ujęto w IV. C. – 2:106 – w PEL SC przewidziano po stronie usługodawcy obowiązek właściwego zaplanowania procesu

		<p>(5) The service provider must adequately plan the performance of the service.</p> <p>(6) In so far as subcontractors are nominated by the client or tools and materials are provided by the client, the responsibility of the service provider is governed by Article 1:109 and Article 1:110.</p>	wykonania usługi,
Standard staranności	<p>IV. C. – 2:105: Obligation of skill and care</p> <p>(1) The service provider must perform the service:</p> <p>(a) with the care and skill which a reasonable service provider would exercise under the circumstances; and</p> <p>(b) in conformity with any statutory or other binding legal rules which are applicable to the service.</p> <p>(2) If the service provider professes a higher standard of care and skill the provider must exercise that care and skill.</p> <p>(3) If the service provider is, or purports to be, a member of a group of professional service providers for which standards have been set by a relevant authority or by that group itself, the service provider must exercise the care and skill expressed in those standards.</p> <p>(4) In determining the care and skill the client is entitled to expect, regard is to be</p>	<p>Article 1:107: General Standard of Care for Services</p> <p>(1) The service provider must perform the service:</p> <p>(a) with the care and skill that a reasonable service provider would exercise under the circumstances; and</p> <p>(b) in conformity with any statutory or other binding legal rules that are applicable to the service.</p> <p>(2) If the service provider professes a higher standard of care and skill the provider must exercise that care and skill.</p> <p>(3) If the service provider is, or purports to be, a member of a group of professional service providers for which standards exist that have been set by a relevant authority or by that group itself, the service provider must exercise the care and skill expressed in these standards.</p> <p>(4) In determining the care and skill the client is entitled to expect, regard is to be</p>	<ul style="list-style-type: none"> – występują niewielkie różnice redakcyjne (np. <i>which</i> w DCFR zamiast <i>that</i> w PEL SC – ust. 1 lit. a czy <i>those standards</i> w DCFR zamiast <i>these standards</i> w PEL SC – ust. 3), – przesłanki nieodpłatnego świadczenia usługi oraz jej wykonywania w ramach działalności gospodarczej oraz wysokości wynagrodzenia jako mających wpływ na standard staranności inaczej rozmieszczono w ramach lit. c i d ust. 4, – w treści ust. 5 PEL SC wyróżniono różne postacie szkody (<i>personal injury or damage to immovable structures and movable or incorporeal things</i>), natomiast w DCFR w tym kontekście odniesiono się jedynie do kategorii <i>damage</i>

	<p>had, among other things, to:</p> <p>(a) the nature, the magnitude, the frequency and the foreseeability of the risks involved in the performance of the service for the client;</p> <p>(b) if damage has occurred, the costs of any precautions which would have prevented that damage or similar damage from occurring;</p> <p>(c) whether the service provider is a business;</p> <p>(d) whether a price is payable and, if one is payable, its amount; and</p> <p>(e) the time reasonably available for the performance of the service.</p> <p>(5) The obligations under this Article require in particular the service provider to take reasonable precautions in order to prevent the occurrence of damage as a consequence of the performance of the service.</p>	<p>had, among other things, to:</p> <p>(a) the nature, the magnitude, the frequency and the foreseeability of the risks involved in the performance of the service for the client;</p> <p>(b) if damage has occurred, the costs of precautions that would have prevented this or similar damage from occurring;</p> <p>(c) whether the service is rendered by a non-professional or gratuitously;</p> <p>(d) the amount of the remuneration for the service; and</p> <p>(e) the time reasonably available for the performance of the service.</p> <p>(5) The duties under this Article require in particular the service provider to take reasonable precautions in order to prevent the occurrence of personal injury or damage to immovable structures and movable or incorporeal things as a consequence of the performance of the service.</p>	
<p>Obowiązek osiągnięcia rezultatu</p>	<p>IV. C. – 2:106: Obligation to achieve result</p> <p>(1) The supplier of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract, provided that in the case of a result envisaged but not stated:</p> <p>(a) the result envisaged was one which the client could reasonably be expected to have</p>	<p>Article 1:108: Result Stated or Envisaged by the Client</p> <p>The provider of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract, provided that:</p> <p>(a) any result envisaged but not stated was one that a reasonable client in the same</p>	<p>– W DCFR zrezygnowano z formułowania opisu rezultatu oczekiwanego przez usługobiorcę w odniesieniu do wzorca hipotetycznej osoby znajdującej się w tej samej sytuacji,</p> <p>– W DCFR w ust. 2 zawarto te same treści, które w PEL SC</p>

	<p>envisaged; and</p> <p>(b) the client had no reason to believe that there was a substantial risk that the result would not be achieved by the service.</p> <p>(2) In so far as ownership of anything is transferred to the client under the service contract, it must be transferred free from any right or reasonably based claim of a third party. IV. A. – 2:305 (Third party rights or claims in general) and IV. A. – 2:306 (Third party rights or claims based on industrial property or other intellectual property) apply with any appropriate adaptations.</p>	<p>circumstances as the client might have envisaged; and</p> <p>(b) a reasonable client in the same circumstances would have no reason to believe that there was a substantial risk that the result would not be achieved by the service.</p>	<p>umieszczono w art. 1:106(4)</p>
<p>Wskazówki usługobiorcy</p>	<p>IV. C. – 2:107: Directions of the client</p> <p>(1) The service provider must follow all timely directions of the client regarding the performance of the service, provided that the directions:</p> <p>(a) are part of the contract itself or are specified in any document to which the contract refers; or</p> <p>(b) result from the realisation of choices left to the client by the contract; or</p> <p>(c) result from the realisation of choices initially left open by the parties.</p> <p>(2) If non-performance of one or more of the obligations of the service provider under IV. C. – 2:105 (Obligation of skill and care) or IV. C. – 2:106 (Obligation to achieve result)</p>	<p>Article 1:109: Directions of the Client</p> <p>(1) The service provider must follow all timely directions of the client regarding the performance of the service, provided that the directions:</p> <p>(a) are part of the contract itself or are specified in any document that the contract refers to; or</p> <p>(b) result from the realisation of choices left to the client by the contract in pursuance of Article 6:105 PECL (Unilateral Determination by a Party); or</p> <p>(c) result from the realisation of choices initially left open by the parties.</p> <p>(2) If non-performance of one or more of the duties of the service provider under Articles 1:107 or 1:108 is the consequence of following a direction falling under</p>	<p>– Nieznaczące różnice redakcyjne w treści lit. b ust. 1 wynikające z braku odwołania w DCFR do postanowienia będącego odpowiednikiem Article 6:105 PECL,</p>

	<p>is the consequence of following a direction which the service provider is obliged to follow under paragraph (1), the service provider is not liable under those Articles, provided that the client was duly warned under IV. C. – 2:108 (Contractual obligation of the service provider to warn).</p> <p>(3) If the service provider perceives a direction falling under paragraph (1) to be a variation of the contract under IV. C. – 2:109 (Unilateral variation of the service contract) the service provider must warn the client accordingly. Unless the client then revokes the direction without undue delay, the service provider must follow the direction and the direction has effect as a variation of the contract.</p>	<p>paragraph (1), the service provider is not liable under those Articles, provided that the client was duly warned under Article 1:110.</p> <p>(3) If the service provider perceives a direction falling under paragraph (1) to be a variation of the contract under Article 1:111, the service provider must warn the client accordingly. Unless the client then revokes the direction without undue delay, the service provider must follow the direction and the direction is deemed to be a variation of the contract.</p>	
<p>Obowiązek ostrzegania na etapie wykonywania umowy</p>	<p>IV. C. – 2:108: Contractual obligation of the service provider to warn</p> <p>(1) The service provider must warn the client if the service provider becomes aware of a risk that the service requested:</p> <p>(a) may not achieve the result stated or envisaged by the client at the time of conclusion of the contract;</p> <p>(b) may damage other interests of the client; or</p> <p>(c) may become more expensive or take more time than agreed on in the contract either as a result of following information or</p>	<p>Article 1:110: Contractual Duty of the Service Provider to Warn</p> <p>(1) The service provider is under a duty to warn the client if the service provider becomes aware or if the service provider has reason to know that the service requested:</p> <p>(a) may not achieve the result stated or envisaged by the client at the time of conclusion of the contract, or</p> <p>(b) may damage other interests of the client, or</p> <p>(c) may become more expensive or take more time than agreed upon in the contract, either as a result of following</p>	<ul style="list-style-type: none"> – odmienny sposób ujęcia treści tych postanowień wynika z zastosowania w PEL SC koncepcji „reason to know”, która w DCFR została zastąpiona innymi bliskoznacznymi sformułowaniami (np. <i>reasonably be expected to know</i>), – w ust. 4 przyjęto odmienne sposoby opisanie braku konieczności zaakceptowania wezwania usługodawcy do jednostronnej zmiany umowy (DCFR – <i>a notice of variation by the service provider [...] is without effect</i>, PEL SC – <i>the client</i>

	<p>directions given by the client or collected in preparation for performance, or as a result of the occurrence of any other risk.</p> <p>(2) The service provider must take reasonable measures to ensure that the client understands the content of the warning.</p> <p>(3) The obligation to warn in paragraph (1) does not apply if the client:</p> <p>(a) already knows of the risks referred to in paragraph (1); or</p> <p>(b) could reasonably be expected to know of them.</p> <p>(4) If a risk referred to in paragraph (1) materialises and the service provider did not perform the obligation to warn the client of it, a notice of variation by the service provider under IV. C. – 2:109 (Unilateral variation of the service contract) based on the materialisation of that risk is without effect.</p> <p>(5) For the purpose of paragraph (1), the service provider is presumed to be aware of the risks mentioned if they should be obvious from all the facts and circumstances known to the service provider without investigation.</p> <p>(6) For the purpose of paragraph (3)(b), the client cannot reasonably be expected to know of a risk merely because the client was competent, or was advised by others who</p>	<p>information or directions given by the client or collected in accordance with Article 1:105, or as a result of the occurrence of any other risk.</p> <p>(2) The service provider must take reasonable measures to ensure that the client understands the content of the warning.</p> <p>(3) The duty to warn in paragraph (1) does not apply if the client:</p> <p>(a) already knows of the risks referred to in paragraph (1)(a), (b), or (c); or</p> <p>(b) has reason to know of the risks.</p> <p>(4) If an event referred to in paragraph (1) occurs and the client was not duly warned, the client need not accept a change of the service under Article 1:111.</p> <p>(5) For the purpose of paragraph (1), the service provider has ‘reason to know’ if the risks would be obvious to a comparable service provider in the same situation as this service provider from all the facts and circumstances known to the service provider without investigation.</p> <p>(6) For the purpose of paragraph (3)(b), the client has ‘reason to know’ if the risks would be obvious to a comparable client in the same situation as this client from all the facts and circumstances known to the</p>	<p><i>need not accept a change of the service),</i></p>
--	---	---	---

	were competent, in the relevant field, unless such other person acted as the agent of the client, in which case II. – 1:105 (Imputed knowledge etc.) applies.	client. The client is not treated as knowing of a risk, or having reason to know of it, merely because the client was competent, or was advised by others who were competent, in the relevant field, unless such other person acted as the agent of the client, in which case Article 1:305 PECL (Imputed Knowledge and Intention) applies.	
Wypowiedzenie zmieniające dotyczące niektórych postanowień umowy	<p>IV. C. – 2:109: Unilateral variation of the service contract</p> <p>(1) Without prejudice to the client’s right to terminate under IV. C. – 2:111 (Client’s right to terminate), either party may, by notice to the other party, change the service to be provided, if such a change is reasonable taking into account:</p> <p>(a) the result to be achieved;</p> <p>(b) the interests of the client;</p> <p>(c) the interests of the service provider; and</p> <p>(d) the circumstances at the time of the change.</p> <p>(2) A change is regarded as reasonable only if it is:</p> <p>(a) necessary in order to enable the service provider to act in accordance with IV. C. – 2:105 (Obligation of skill and care) or, as the case may be, IV. C. – 2:106 (Obligation to</p>	<p>Article 1:111: Variation of the Service Contract</p> <p>(1) Without prejudice to the client’s right to cancel the contract under Article 1:115, a party must accept a change of the service that is to be provided under the contract or when read with any direction under Article 1:109, if such a change is reasonable, taking into account:</p> <p>(a) the result of the service that is to be achieved;</p> <p>(b) the interests of the client;</p> <p>(c) the interests of the service provider; and</p> <p>(d) the circumstances at the time of the change of the service.</p> <p>(2) A change of the service is deemed to be reasonable if that change:</p> <p>(a) is necessary in order to enable the service provider to act in accordance with</p>	<ul style="list-style-type: none"> – odmiennie opisano uprawnienie stron do wypowiedzenia niektórych postanowień umowy (DCFR – <i>party may, by notice to the other party, change the service to be provided</i>, PECL SC – <i>party must accept a change of the service that is to be provided under the contract</i>), – w ramach wyjaśnienia pojęcia zmiany usługi wynikającej ze zmiany okoliczności (<i>change of service required by a change of circumstances</i>) w DCFR nie odwołano się do odpowiednika Art. 6:111 PECL

	<p>achieve result);</p> <p>(b) the consequence of a direction given in accordance with paragraph (1) of IV. C. – 2:107 (Directions of the client) and not revoked without undue delay after receipt of a warning in accordance with paragraph (3) of that Article;</p> <p>(c) a reasonable response to a warning from the service provider under IV. C. – 2:108 (Contractual obligation of the service provider to warn); or</p> <p>(d) required by a change of circumstances which would justify a variation of the service provider’s obligations under III. – 1:110 (Variation or termination by court on a change of circumstances).</p> <p>(3) Any additional price due as a result of the change has to be reasonable and is to be determined using the same methods of calculation as were used to establish the original price for the service.</p> <p>(4) In so far as the service is reduced, the loss of profit, the expenses saved and any possibility that the service provider may be able to use the released capacity for other purposes are to be taken into account in the calculation of the price due as a result of the</p>	<p>Article 1:108; or</p> <p>(b) is the consequence of a direction that is given in accordance with Article 1:109(1) and the client has not revoked the direction without undue delay after having been warned in accordance with Article 1:109(3); or</p> <p>(c) is a reasonable response to a warning from the service provider under Article 1:110.</p> <p>(3) For the purpose of paragraphs (1) and (2) a change of service required by a change of circumstances within the meaning of Article 6:111 PECL (Change of Circumstances) is regarded as a reasonable change of service.</p> <p>(4) The price that is due as a result of the change of the service has to be reasonable and is to be determined using the same methods of calculation as were used to establish the original price for the service.</p> <p>(5) In so far as the service is reduced, the loss of profit, the expenses saved and any possibility that the service provider may be able to use the released capacity for other purposes are to be taken into account in the calculation of the price that is due as</p>	
--	--	--	--

	<p>change.</p> <p>(5) A change of the service may lead to an adjustment of the time of performance proportionate to the extra work required in relation to the work originally required for the performance of the service and the time span determined for performance of the service.</p>	<p>a result of the change of the service.</p> <p>(6) A change of the service may lead to an adjustment of the time of performance that is proportionate to the extra work required in relation to the work originally required for the performance of the service and the time span determined for performance of the service.</p>	
<p>Środki ochrony przysługujące usługobiorcy w razie naruszenia obowiązków przez usługodawcę</p>		<p>Article 1:112: Remedies for Breach of Duties of the Service Provider</p> <p>(1) Damages recoverable by the client include the costs the client has incurred in order to establish the breach of any duty of the service provider, and or to prevent the result stated or envisaged by the client from not being achieved, provided that the client acted reasonably in incurring these costs.</p> <p>(2) If the service provider has breached a duty under the contract, and if it is not yet clear whether the result stated or envisaged by the client will be achieved, the client may withhold performance of any reciprocal obligations under Article 9:201 PECL (Right to Withhold Performance).</p> <p>(3) The client is entitled to terminate the contract in accordance with Article 9:304 PECL (Anticipatory Non-Performance) only if it is clear that the breach of a duty of the service provider under the contract will result in a non-performance of an</p>	

		obligation fundamental to the contract in accordance with Article 8:103 PECL (Fundamental Non-Performance).	
Obowiązek klienta w zakresie powiadomienia o przewidywanej niezgodności	<p>IV. C. – 2:110: Client’s obligation to notify anticipated non-conformity</p> <p>(1) The client must notify the service provider if the client becomes aware during the period for performance of the service that the service provider will fail to perform the obligation under IV. C. – 2:106 (Obligation to achieve result).</p> <p>(2) The client is presumed to be so aware if from all the facts and circumstances known to the client without investigation the client has reason to be so aware.</p> <p>(3) If a non-performance of the obligation under paragraph (1) causes the service to become more expensive or to take more time than agreed on in the contract, the service provider is entitled to:</p> <p>(a) damages for the loss the service provider sustains as a consequence of that failure; and</p> <p>(b) an adjustment of the time allowed for performance of the service.</p>	<p>Article 1:113: Failure to Notify for Non-Conformity</p> <p>(1) The client is under a duty to notify the service provider if the client becomes aware, or if a comparable client in the same situation as this client from all the facts and circumstances known to the client without investigation has reason to know that the service provider will either fail to achieve the result stated or envisaged by the client or has failed to achieve that result.</p> <p>(2) If the client fails to notify under paragraph (1) that the service provider will fail to achieve the result stated or envisaged by the client, causing the service to become more expensive or to take more time than agreed upon in the contract, the service provider is entitled to:</p> <p>(a) damages for the loss the service provider sustained as a consequence of the nonperformance;</p> <p>and</p> <p>(b) an adjustment of the time of performance that is required for the service.</p>	<ul style="list-style-type: none"> – w DCFR zrezygnowano z formułowania opisu rezultatu oczekiwanego przez usługobiorcę w odniesieniu do wzorca hipotetycznej osoby znajdującej się w tej samej sytuacji, – odmienny sposób ujęcia treści tych postanowień wynika z zastosowania w PEL SC koncepcji „<i>reason to know</i>”, która w DCFR została zastąpiona innymi bliskoznacznymi sformułowaniami, – wśród okoliczności uzasadniających przyznanie odszkodowania albo przedłużenie terminu na wykonanie usługi w DCFR nie wskazano nie osiągnięcia rezultatu określonego albo przewidzianego przez klienta
Ograniczenie		Article 1:114: Limitation of Liability	

odpowiedzialności		<p>(1) The service provider may neither limit nor exclude liability for death or personal injury caused by the performance of the service.</p> <p>(2) The service provider may limit or exclude liability for damage, other than death or personal injury, caused by the performance of the service if, at the moment of conclusion of the contract, a term to that extent can be considered fair and reasonable in the circumstances of the case, unless provided otherwise in Chapters 2 to 7.</p>	
Prawo do odstąpienia lub wypowiedzenia umowy	<p>IV. C. – 2:111: Client’s right to terminate</p> <p>(1) The client may terminate the contractual relationship at any time by giving notice to the service provider.</p> <p>(2) The effects of termination are governed by III. – 1:109 (Variation or termination by notice) paragraph (3).</p> <p>(3) When the client was justified in terminating the relationship no damages are payable for so doing.</p> <p>(4) When the client was not justified in terminating the relationship, the termination is nevertheless effective but, the service provider has a right to damages in accordance with the rules in Book III.</p> <p>(5) For the purposes of this Article, the client is justified in terminating the relationship if the client:</p>	<p>Article 1:115: Cancellation of the Service Contract</p> <p>(1) The client may cancel the contract at any time.</p> <p>(2) If the contract is cancelled under this Article the service provider is entitled to damages to put the service provider as nearly as possible into the position in which the service provider would have been if the contract had been duly performed. Such damages cover the loss which the service provider has suffered and the gain of which the service provider has been deprived.</p> <p>(3) In determining the position into which the service provider is to be put under paragraph (2), regard is to be had, among other things, to the following rules:</p> <p>(a) if payment of a price was agreed, the</p>	<ul style="list-style-type: none"> – uprawnienie do zakończenia stosunku zobowiązaniowego w DCFR zostało określone jako <i>termination</i>, zaś w PEL SC jako <i>cancellation</i>, – w DCFR wskazano, że zakończenie stosunku zobowiązaniowego następuje za wypowiedzeniem (<i>by giving notice</i>), – w ramach uregulowania sposobu skompensowania strat usługodawcy poniesionych w związku z zakończeniem stosunku zobowiązaniowego, zdecydowano się na odmienne rozłożenie akcentów, w PEL SC podkreślono konieczność uzyskania za pomocą świadczeń odszkodowawczych stanu, który nastąpił by w

	<p>(a) was entitled to terminate the relationship under the express terms of the contract and observed any requirements laid down in the contract for doing so;</p> <p>(b) was entitled to terminate the relationship under Book III, Chapter 3, Section 5 (Termination); or</p> <p>(c) was entitled to terminate the relationship under III. – 1:109 (Variation or termination by notice) paragraph (2) and gave a reasonable period of notice as required by that provision.</p>	<p>service provider is entitled to that price minus the expenses that should reasonably have been saved and the benefit that could reasonably have been earned using the capacity that has become available;</p> <p>(b) if payment of a fee based on a particular rate was agreed, the service provider is entitled to payment of the fee on the basis of that rate, to the extent that the service has already been performed; and</p> <p>(c) if payment of a fee based on a ‘no cure no pay’ basis was agreed, the service provider is entitled to payment of both the reasonable costs incurred, to the extent that the service has already been performed, and to the gain of which the service provider has been deprived as a result of the cancellation.</p>	<p>przypadku wykonania umowy, natomiast w DCFR poprzez odwołanie do postanowień z części ogólnej prawa zobowiązań zwrócono uwagę na możliwość zakończenia stosunku zobowiązaniowego za wypowiedzeniem, co do zasady ze skutkiem <i>ex tunc</i>, a także wskazano że w określonych sytuacjach zakończenie umowy w tym trybie nie będzie wymagało wypłaty odszkodowania dla usługodawcy, w systemie PELC <i>termination</i> oznacza odmienną względem <i>cancellation</i> instytucję, która znajduje zastosowanie, gdy usługodawca niewłaściwie wykonał umowę.</p>
--	--	---	--

Załącznik II – Propozycja przepisów alternatywnych wobec art. 750 k.c.

Tytuł XX¹

Umowa o usługi

art. 7331 § 1 Przez umowę o usługi usługodawca zobowiązuje się do wykonania określonych czynności dla usługobiorcy za wynagrodzeniem.

§ 2 Do umów mających za przedmiot usługi, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o usługi.

§ 3 Do nieodpłatnych umów mających za przedmiot usługi, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o usługi z uwzględnieniem ich nieodpłatnego charakteru.

§ 4 Do umów, na podstawie których każda ze stron zobowiązuje się do wykonania określonej czynności w zamian za wykonanie innej czynności stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o usługi.

§ 5 Do umów, na podstawie których oprócz usług spełniane są również inne świadczenia, stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o usługi w odniesieniu do usług, a w odniesieniu do pozostałych świadczeń stosuje się odpowiednio właściwe dla nich przepisy.

art. 7332 § 1 Jeżeli umowa nie stanowi inaczej usługodawcy, który wykonuje ją w zakresie swojej działalności zawodowej albo gospodarczej, należy się wynagrodzenie.

art. 733² § 2 Jeżeli strony nie określiły wysokości wynagrodzenia ani nie wskazały metody jego ustalenia, a także, jeżeli nie ma obowiązującej taryfy, a nie umówiono się o wysokość wynagrodzenia, należy się wynagrodzenie odpowiadające wynagrodzeniu rynkowemu w chwili zawarcia umowy.

art. 733³ § 1. Przed zawarciem umowy na przyszłym usługodawcy spoczywa obowiązek ostrzeżenia przyszłego usługobiorcy o znanych mu okolicznościach albo okolicznościach,

o których z łatwością mógłby się dowiedzieć, mogących sprawić, że wykonanie usługi mającej stanowić przedmiot umowy:

- 4) może nie doprowadzić do osiągnięcia rezultatów określonych w treści umowy lub przewidywanych przez usługobiorcę,
- 5) może spowodować naruszenie innych interesów usługobiorcy, lub
- 6) może być bardziej kosztowne lub długotrwałe niż mogłoby to wynikać z rozsądnych oczekiwań przyszłego usługobiorcy.

§ 2. Obowiązek, o którym mowa w § 1 nie stosuje się, jeżeli przyszły usługobiorca:

- 3) jest świadomy ryzyk,
- 4) z łatwością mógłby się dowiedzieć o istnieniu ryzyk;

określonych w § 1.

§ 3. Jeżeli zdarzenia, o których mowa w § 1, nastąpią a przyszły usługobiorca nie zostanie należycie ostrzeżony wówczas może:

- 3) nie zaakceptować zmian w świadczeniu usługi, chyba że przyszły usługodawca dowiedzie, iż przyszły usługobiorca, jeśli zostałby należycie ostrzeżony, zawarłby umowę biorąc pod uwagę zdarzenie,
- 4) dochodzić odszkodowania.

§ 4. Przed zawarciem umowy na przyszłym usługobiorcy spoczywa obowiązek ostrzeżenia przyszłego usługodawcy o nietypowych okolicznościach faktycznych, o których wiedział lub z łatwością mógł się dowiedzieć, mogących prawdopodobnie sprawić, że wykonanie usługi mającej stanowić przedmiot umowy będzie bardziej kosztowne lub długotrwałe niż mogłoby to wynikać z oczekiwań przyszłego usługodawcy.

§ 5. Jeżeli zdarzenie, o którym mowa w § 4, nastąpi a przyszły usługodawca nie zostanie należycie ostrzeżony wówczas jest uprawniony do:

- 3) dochodzenia odszkodowania za szkodę którą poniósł wskutek niewykonania usługi,
- 4) przedłużenia terminu wyznaczonego do wykonania usługi.

§ 6. Okoliczności, o których przyszły usługodawca z łatwością mógł się dowiedzieć w rozumieniu § 1 oznaczają okoliczności, w których ryzyka byłyby oczywiste dla porównywalnego usługodawcy w tej samej sytuacji, co przyszły usługodawca na podstawie znanych mu: stanu faktycznego i okoliczności dotyczących informacji, które musiałby zebrać w odniesieniu do rezultatu określonego albo przewidywanego przez usługobiorcę i okoliczności, w których usługa miałaby być wykonana.

§ 7. Okoliczności i ryzyka, o których przyszły usługobiorca z łatwością mógł się dowiedzieć w rozumieniu § 2 pkt. 2 i § 4 oznaczają okoliczności, w których ryzyka byłyby oczywiste dla porównywalnego usługobiorcy w tej samej sytuacji co przyszły usługobiorca na podstawie znanych mu bez prowadzonego w tym celu rozeznania: stanu faktycznego i okoliczności. Usługobiorca nie jest uznawany za znającego ryzyko, lub za usługobiorcę który mógł się o nim z łatwością dowiedzieć, jeżeli wynika to wyłącznie z jego kompetencji, albo dysponowania kompetentnymi doradcami w danej dziedzinie, chyba że te osoby działały jako jego przedstawiciele, w której to sytuacji jest uznawany za osobę o kompetencjach tożsamyh z kompetencjami swych doradców.

art. 733⁴ § 1. Strony umowy o usługi zobowiązane są do współpracy polegającej w szczególności na:

- 6) odpowiadaniu przez usługobiorcę na rozsądne prośby usługodawcy o informacje w takim zakresie w jakim jest to rozsądnie konieczne dla umożliwienia usługodawcy wykonania umowy,
- 7) udzielaniu przez usługobiorcę wskazówek dotyczących wykonania usługi w takim zakresie w jakim jest to rozsądnie konieczne dla umożliwienia usługodawcy wykonania umowy,
- 8) uzyskiwaniu, w takim zakresie w jakim stanowi to obowiązek usługobiorcy, wszelkich pozwoleń albo licencji, w takim momencie w jakim jest to rozsądnie konieczne dla umożliwienia usługodawcy wykonania umowy,
- 9) dawaniu przez usługodawcę usługobiorcy rozsądnej możliwości ustalenia czy usługodawca wykonuje zobowiązania wynikające z umowy, i
- 10) koordynowaniu swoich odpowiednich starań w takim zakresie w jakim jest to rozsądnie konieczne dla wykonania umowy.

§ 2. Jeżeli usługobiorca nie wykonuje obowiązków, o których mowa w § 1 pkt 1 i 2, usługodawca może albo powstrzymać się ze spełnieniem świadczenia albo wykonać świadczenie zgodnie z oczekiwaniami, preferencjami i priorytetami, które rozsądnie mogła by mieć osoba w takiej samej sytuacji jak usługobiorca, pod warunkiem ostrzeżenia usługobiorcy zgodnie z art. 733¹⁰.

§ 3. Jeżeli usługobiorca nie spełni obowiązków, o których mowa w § 1, powodując że wykonanie usługi stanie się bardziej kosztowne lub długotrwałe niż mogłoby to wynikać z umowy, usługodawca jest uprawniony do:

- 3) dochodzenia odszkodowania za szkodę którą poniósł wskutek niewykonania usługi,
- 1) przedłużenia terminu wyznaczonego do wykonania usługi.

art. 733⁵ Usługodawca zobowiązany jest, w takim zakresie w jakim jest to rozsądnie konieczne dla wykonania usługi, zbierać informacje o okolicznościach, w których usługa ma być świadczona i zapewnić, żeby sposób wykonania tej usługi uwzględniał te okoliczności.

art. 733⁶ § 1. Usługodawca może powierzyć wykonanie usługi osobie trzeciej (zastępcy) w całości albo w części bez zgody usługobiorcy, chyba że wykonanie usługi zależy od osobistych przymiotów usługodawcy.

§ 2. Wykonanie usługi może być powierzone tylko takiemu zastępcy, którego kompetencje odpowiadają kompetencjom usługodawcy.

§ 3. W takim zakresie w jakim usługodawca wykorzystuje dla wykonania usługi swoje narzędzia i materiały zobowiązany jest do zapewnienia ich zgodności z umową i właściwymi przepisami ustawy oraz celem dla osiągnięcia którego mają być użyte.

§ 4. W takim zakresie w jakim usługodawca zobowiązany jest do przeniesienia na usługobiorcę własności rzeczy, praw na dobrach niematerialnych czy innych praw powinien tego dokonać nie naruszając uprawnień osób trzecich.”

§ 5. Usługodawca zobowiązany jest właściwie zaplanować wykonanie usługi.

§ 6. W takim zakresie w jakim usługodawca powierzył wykonanie usługi zastępcom lub korzysta z narzędzi i materiałów dostarczonych przez usługobiorcę ponosi odpowiedzialność zgodnie z art. 733⁹ i art. 733¹⁰.

art. 733⁷ § 1. Usługodawca zobowiązany jest do wykonywania usługi:

- 3) z zachowaniem staranności właściwej dla rozsądnego usługodawcy w porównywalnych okolicznościach,
- 4) zgodnie z właściwymi przepisami.

§ 2. Jeżeli usługodawca deklaruje zachowanie wyższego standardu staranności zobowiązany jest do zachowania tego standardu.

§ 3. Jeżeli usługodawca jest członkiem, albo podaje się za członka, zrzeszenia profesjonalnych usługodawców, dla którego czy to z inicjatywy własnej czy właściwych organów władzy publicznej przyjęto standardy staranności, usługodawca zobowiązany jest do zachowania tego standardu.

§ 4. Przy ustalaniu standardów staranności, którego może wymagać usługobiorca uwzględnia się w szczególności:

- 6) naturę, istotność, częstotliwość i przewidywalność ryzyk mogących wystąpić w trakcie świadczenia usługi na rzecz usługobiorcy,
- 7) na wypadek zaistnienia szkody, koszty środków zapobiegawczych, które uniemożliwiłyby zaistnienie takiej lub podobnej szkody,
- 8) okoliczność świadczenia usługi przez nieprofesjonalistę albo nieodpłatnie,
- 9) wysokość wynagrodzenia z tytułu świadczonej usługi, i
- 10) czas rozsądnie dostępny na wykonanie usługi.

§ 5. Wykonanie przez usługodawcę obowiązków wynikających z niniejszego artykułu wymaga w szczególności podjęcia rozsądnych środków zapobiegawczych w celu uniemożliwienia wystąpienia jakichkolwiek szkód w rezultacie wykonania usługi.

art. 733⁸ Usługodawca zobowiązany jest do osiągnięcia konkretnego rezultatu określonego lub spodziewanego przez usługobiorcę w chwili zawarcia umowy o ile:

- 3) rezultat spodziewany, ale nie określony w treści umowy, mógłby być zasadnie spodziewany przez usługobiorcę, oraz
- 1) usługobiorca nie mógłby przypuszczać, że istnieje istotne ryzyko nieosiągnięcia rezultatu mimo wykonania usługi.

art. 733⁹ § 1. Usługodawca zobowiązany jest stosować się do wszelkich przekazanych w odpowiednim czasie wskazówek dotyczących wykonania usługi o ile te wskazówki:

- 4) stanowią część umowy albo są określone w innym dokumencie, do którego umowa się odnosi; lub
- 5) wynikają z dokonania wyborów należących, zgodnie z umową, do usługobiorcy; lub
- 6) wynikają z dokonania wyborów co do kwestii początkowo nie ustalonych przez strony.

§ 2. Jeżeli nie wykonanie jednego lub więcej obowiązków usługodawcy, o których mowa w art. 733⁷ i art. 733⁸ wynika z zastosowania się do wskazówek, o których mowa w § 1, usługodawca nie odpowiada na podstawie tych przepisów, jeżeli uprzedził usługobiorcę zgodnie z art. 733¹⁰.

§ 3. Jeżeli usługodawca przewiduje, że wskazówka, o której mowa w § 1 stanowi zmianę umowy w trybie art. 733¹¹ zobowiązany jest uprzedzić o tym usługobiorcę. Jeżeli usługobiorca nie odwoła następnie wskazówki, usługodawca zobowiązany jest zastosować się do tej wskazówki, którą uznaje się za zmianę umowy w zakresie sposobu świadczenia usługi.

art. 733¹⁰ § 1. Usługodawca zobowiązany jest do ostrzeżenia usługobiorcy o znanych mu okolicznościach albo okolicznościach, o których z łatwością mógłby się dowiedzieć, mogących sprawić, że wykonanie usługi mającej stanowić przedmiot umowy:

- 4) może nie doprowadzić do osiągnięcia rezultatów określonych w treści umowy lub przewidywanych przez usługobiorcę,
- 5) może spowodować naruszenie innych interesów usługobiorcy, lub

- 6) może być bardziej kosztowne lub długotrwałe niż mogłoby to wynikać z rozsądnych oczekiwań przyszłego usługobiorcy.

§ 2. Usługodawca zobowiązany jest do podejmowania rozsądnych działań dla zapewnienia, że usługodawca zrozumiał treść ostrzeżenia.

§ 3. Obowiązek, o którym mowa w § 1 nie stosuje się, jeżeli usługobiorca:

- 3) wie o ryzykach, lub
- 4) z łatwością mógłby się dowiedzieć o istnieniu ryzyk;

określonych w § 1.

§ 4. Jeżeli zdarzenia, o których mowa w § 1, nastąpią a usługobiorca nie zostanie należycie ostrzeżony wówczas może nie zaakceptować zmian w świadczeniu usługi, zaproponowanych przez usługodawcę w trybie art. 733¹¹.

§ 5. Okoliczności, o których usługodawca z łatwością mógł się dowiedzieć w rozumieniu § 1 oznaczają okoliczności, w których ryzyka byłyby oczywiste dla porównywalnego usługodawcy w tej samej sytuacji, co usługodawca na podstawie: stanu faktycznego i okoliczności znanych mu bez prowadzonego w tym celu rozeznania.

§ 6. Okoliczności, o których usługobiorca z łatwością mógł się dowiedzieć w rozumieniu § 3 pkt 1 oznaczają okoliczności, w których ryzyka byłyby oczywiste dla porównywalnego usługobiorcy w tej samej sytuacji co usługobiorca na podstawie znanych mu bez prowadzonego w tym celu rozeznania: stanu faktycznego i okoliczności. Usługobiorca nie jest uznawany za znającego ryzyko, lub za usługobiorcę, który mógł się o nim z łatwością dowiedzieć, jeżeli wynika to wyłącznie z jego kompetencji, albo dysponowania kompetentnymi doradcami w danej dziedzinie, chyba że te osoby działały jako jego przedstawiciele, w której to sytuacji jest uznawany za osobę o kompetencjach tożsamyh z kompetencjami swych doradców.

art. 733¹¹ § 1 Z zastrzeżeniem uprawnień usługobiorcy przewidzianych w art. 733¹⁵ strona może przez zawiadomienie drugiej strony zmienić sposób świadczenia usługi, jeżeli taka zmiana jest rozsądna oraz biorąc pod uwagę:

- 5) rezultat, który należy osiągnąć,
- 6) interesy usługobiorcy,

- 7) interesy usługodawcy,
- 8) okoliczności w czasie dokonywania zmiany.

§ 2. Zmiana jest uważana za rozsądną tylko jeżeli:

- 4) jest niezbędna do umożliwienia działania usługodawcy zgodnie z art. 733⁷ albo art. 733⁸, lub
- 5) wynika z przekazania wskazówki zgodnie z art. 733⁹ § 1, która nie została odwołana bez nieuzasadnionego opóźnienia po tym jak został ostrzeżony zgodnie z art. 733⁹ § 3, lub
- 6) stanowi rozsądną odpowiedź na ostrzeżenie usługodawcy, o którym mowa w art. 733¹⁰.

§ 3. Wysokość wynagrodzenia należnego w związku ze zmianą sposobu świadczenia usługi określa się rozsądnie oraz według metody pierwotnie zastosowanej dla jego określenia.

§ 4. W przypadku ograniczenia zakresu świadczonej usługi wysokość wynagrodzenia należnego w związku ze zmianą sposobu świadczenia usługi określa się z uwzględnieniem tego co usługodawca stracił i oszczędził z powodu ograniczenia zakresu świadczonej usługi oraz możliwości wykorzystania uwolnionych w tej sytuacji zasobów na inne cele.

§ 5. Zmiana sposobu świadczenia usługi może wymagać proporcjonalnego dostosowania terminu do wykonania umowy z uwzględnieniem czasu potrzebnego na wykonanie prac dodatkowych, względem pierwotnie przewidywanych, potrzebnych do świadczenia usługi w jej zmienionym zakresie.

art. 733¹² § 1 Obowiązek naprawienia szkody obejmuje koszty poniesione przez usługobiorcę w celu ustalenia czy usługodawca nie dopełnił jakichkolwiek obowiązków wynikających z umowy lub w celu zapobieżenia sytuacji nieosiągnięcia rezultatów określonych w treści umowy lub przewidywanych przez usługobiorcę, o ile usługobiorca działał rozsądnie ponosząc te koszty.

§ 2. Jeżeli usługodawca nie dopełnił obowiązku wynikającego z umowy oraz jeżeli nie jest oczywiste czy zostanie osiągnięty rezultat określony w treści umowy lub

przewidywany przez usługobiorcę, usługobiorca może powstrzymać się ze spełnieniem świadczeń wzajemnych zgodnie z art. 488 § 2 i art. 490.

§ 3. Usługobiorca może odstąpić od umowy albo ją wypowiedzieć zgodnie z art. 491 i art. 492, jeżeli oczywiste jest, że niedopełnienie przez usługodawcę obowiązków wynikających z umowy będzie niedopełnieniem obowiązków zasadniczych dla wykonania umowy.

§ 4. Niedopełnienie obowiązków zasadniczych dla wykonania umowy zachodzi gdy:

- 4) dokładne dopełnienie obowiązku stanowi istotę umowy, lub
- 5) niedopełnienie obowiązków pozbawia usługobiorcę korzyści oczekiwanych w rezultacie zawarcia umowy, chyba że usługodawca nie przewidywał ani nie mógł oceniając sprawę rozsądnie przewidzieć wystąpienia tej korzyści, lub

niedopełnienie obowiązków było umyślne dając usługobiorcy podstawy dla uznania, że nie będzie on mógł liczyć na dopełnienie dalszych obowiązków przez usługodawcę.

art. 733¹³ § 1. Usługobiorca zobowiązany jest do zawiadamiania usługodawcy o znanych mu okolicznościach albo okolicznościach, o których z łatwością mógłby się dowiedzieć, mogących sprawić, że wykonanie usługi mającej stanowić przedmiot umowy może nie doprowadzić albo nie doprowadzi do osiągnięcia rezultatów określonych w treści umowy lub przewidywanych przez usługobiorcę,

§ 2. Okoliczności, o których usługodawca z łatwością mógł się dowiedzieć w rozumieniu § 1 oznaczają okoliczności, w których ryzyka byłyby oczywiste dla porównywalnego usługodawcy w tej samej sytuacji, co usługodawca na podstawie: stanu faktycznego i okoliczności znanych mu bez prowadzonego w tym celu rozeznania.

§ 3. Jeżeli usługobiorca nie dopełni obowiązku zawiadamiania, o którym mowa w § 1 powodując, że wykonanie usługi mającej stanowić przedmiot umowy nie doprowadzi do osiągnięcia rezultatów określonych w jej treści lub przewidywanych przez usługobiorcę oraz, że będzie bardziej kosztowne lub długotrwałe niż mogłoby to wynikać z umowy wówczas usługodawca jest uprawniony do:

- 3) dochodzenia odszkodowania za szkodę, którą poniósł wskutek niewykonania usługi,

1) przedłużenia terminu wyznaczonego do wykonania usługi.

art. 733¹⁴ § 1. Usługodawca nie może ograniczyć ani wyłączyć odpowiedzialności za śmierć albo szkodę na osobie spowodowanych przez wykonanie usługi.

§ 2. Usługodawca może ograniczyć albo wyłączyć odpowiedzialność za szkodę, inną niż śmierć czy szkoda na osobie, spowodowaną przez wykonanie usługi, jeżeli w momencie zawarcia umowy, postanowienia w tym zakresie mogą zostać uznane za słuszne i rozsądne w kontekście okoliczności sprawy.

art. 733¹⁵ § 1. Usługobiorca może wypowiedzieć albo odstąpić od umowy (zakończyć umowę) w każdym czasie.

§ 2. Jeżeli umowa została zakończona na podstawie niniejszego artykułu usługodawca jest uprawniony do odszkodowania w postaci umożliwiającej osiągnięcie stanu, jaki zaistniałby na skutek właściwego wykonania umowy. Takie odszkodowanie obejmuje straty, które usługodawca poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby umowy nie zakończono.

§ 3. Stan, jaki zaistniałby na skutek właściwego wykonania umowy określa się w szczególności według następujących zasad:

- 4) jeżeli określono wysokość wynagrodzenia usługodawcy należy mu się to wynagrodzenie w wysokości pomniejszonej o to co usługodawca działając rozsądnie powinien oszczędzić i o to co działając rozsądnie mógł zarobić korzystając z uwolnionych zasobów,
- 5) jeżeli wysokość wynagrodzenia określa się na podstawie stawki, usługodawcy należy się wynagrodzenie w wysokości określonej na podstawie tej stawki w odniesieniu do wykonanego zakresu usługi, oraz
- 1) jeżeli wypłatę wynagrodzenia uzależniono od wyniku powierzonej sprawy, usługodawcy należy się zwrot rozsądnie poniesionych kosztów, w odniesieniu do zakresu wykonanej usługi, oraz korzyści których został pozbawiony w rezultacie zakończenia umowy.

Bibliografia:

1. 50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji, pod red. P. Steca i M. Załuckiego, Warszawa 2015,
2. Adnett N., European Labour Market: Analysis and Policy, London-New York 1996,
3. Andrews N., Armour J., Bell J., Bridge M., Briggs A., Clarke M., Cornish W., Cretney S., Davies J., Edelman J., Freedland M., Hooley R., Kerridge R., McKendrick E., Mitchell C., Palmer N., Reynolds F., Smith L., Swadling W., Treitel G., English Private Law, pod red. A. Burrowsa, Oxford 2007,
4. Antoniuk J. R., Bar G., Grzesiok-Horosz A., Horosz P., Jaroszek A., Kozińska J., Kubiak-Cyruł A., Mucha D., Polański P., Skory M., Sołtys B., Więzowska-Czepiel B., Załucki M., Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz, pod red. B. Kaczmarek-Templin, P. Steca, D. Szostka, Warszawa 2014,
5. Atiyah P. S., Adams J. N., MacQueen H. L., The Sale of Goods, Harlow 2005,
6. August R., International Business Law. Text, Cases, and Readings, New Jersey 2004,
7. Augustyniak Ł., Gąsczyk R., Tłumaczenie nazw wybranych instytucji prawa cywilnego (w odniesieniu do terminologii common law), Państwo i Prawo 2010, z. 9,
8. Babińska-Górecka R., Brzezicki T., Dzienisiuk D., Jurek Ł., Kempa M., Kurzych A., Lackoroński B., Laskowska-Hulisz A., Majka P., Musiałkiewicz R., Prusinowski P., Raczkowski M., Roszewska K., Smusz-Kulesza M., Szablowska-Juckiewicz M., Szmit J., Świątek-Rudoman J., Świerblewska D., Walczak D., Wałachowska M., Wantoch-Rekowski J., Wąsik D., Wesołowska K., Witoszko W., Ziemiak M. P., Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych, pod red. M. Szablowskiej-Juckiewicz, M. Wałachowskiej, J. Wantoch-Rekowskiego, Warszawa 2015,
9. Bagińska E., Procesy tytoniowe w Stanach Zjednoczonych Ameryki, Państwo i Prawo 2000, z. 6,
10. Bagińska E., Odszkodowanie karne (*punitive damages*) w prawie amerykańskim, Państwo i Prawo 2001, z. 9,
11. Bagińska E., Bączyk M., Byczko Sz., Gołaczyński J., Kappes A., Katner W. J., Nesterowicz M., Mróz T., Olejniczak A., Opalski A., Promińska U., Robaczyński W., Romanowski M., Serwach M., Stec M., Walaszek-Pyziół

- A., System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, t. 9, pod red. W. J. Katnera, Warszawa 2011,
12. Banaszczyk Z., Frąckowiak J., Górnicki L., Katner W. J., Łętowska E., Pajor T., Pazdan M., Pietrzykowski T., Pyziak-Szafnicka M., Radwański Z., Rozwadowski W., Safjan M., Zieliński M., System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne - część ogólna, t. 1, pod red. M. Safjana, Warszawa 2007,
 13. Banaszczyk Z., Brzozowski A., Mojak J., Ogiegło L., Pazdan M., Pietrzykowski J., Popiołek W., Safjan M., Skowrońska-Bocian E., Szachułowicz J., Zaradkiewicz K., Zawada K., Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449¹¹, t.1, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2008,
 14. Banaszczyk Z., Brzozowski A., Mojak J., Ogiegło L., Pazdan M., Pietrzykowski J., Pietrzykowski K., Popiołek W., Safjan M., Skowrońska-Bocian E., Szachułowicz J., Zawada K., Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450-1088, t. 2, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2009
 15. Banaszczyk Z., Brzozowski A., Jagielska M., Kaliński M., Machnikowski P., Mostowik P., Pyziak-Szafnicka M., Śmieja A., Zawada K., Zoll F., System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna, t. 6, pod red. A. Olejniczaka, Warszawa 2009,
 16. Bar von Ch., Prace nad projektem Europejskiego Kodeksu Cywilnego, Państwo i Prawo 2000, Nr 10,
 17. Bar von Ch., Clive E., Schulte-Nölke H., Beale H., Herre J., Huet J., Storme M., Swann S., Varul P., Veneziano A., Zoll F. (red.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition, Munich 2009,
 18. Bar von Ch., Clive E. (red.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, vol. 3 Munich 2009,
 19. Bar von Ch., Lando O., Swann S., Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission of European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code, European Review of Private Law 2002, vol. 10, issue 2
 20. Barta J., Umowa o dzieło w obrębie pracy twórczej, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego 1988, Nr 3,
 21. Barta J., Fajgielski P., Markiewicz R., Ochrona danych osobowych. Komentarz, Kraków 2004
 22. Barta J., Markiewicz R., Internet a prawo, Kraków 1998,
 23. Basedow J., A Common Contract Law for the Common Market, Common Market Law Review 1996, vol. 33, Nr 6,

24. Bączyk M., Jasiakiewicz M., Katner W.J., Klein A., Kruczalak K., Oplustil K., Pisuliński J., Rott-Pietrzyk E., Spyra M., Stec M., Strzępka J., Tracz G., Uruszczak W., Włodyka S., Zapadka P., System prawa handlowego. Prawo umów handlowych, t. 5, pod red. S. Włodyki, Warszawa 2011,
25. Bąk E., Nietypowe formy zatrudnienia na rynku pracy, Warszawa 2009,
26. Bednarek Z., Brzozowski A., Drapała P., Dybowski T., Krajewski M., Łętowska E., Machnikowski P., Olejniczak A., Pyrzyńska A., Pyziak-Szafnicka M., System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna, t. 5, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2006,
27. Bell D., The Comming of Post-Industrial Society. A Venture in Social Forecasting, New York 1973,
28. Bełdowski J., Ku Europejskiemu Kodeksowi Cywilnemu?, Edukacja Prawnicza 2005, Nr 6,
29. Bieniek G., Ciepła H., Dmowski S., Gudowski J., Kołakowski K., Sychowicz M., Wiśniewski T., Żuławska Cz., Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania., pod red. G. Bieńka, Warszawa 1999, t. 2,
30. Bieniek G., Ciepła H., Dmowski S., Gudowski J., Kołakowski K., Sychowicz M., Wiśniewski T., Żuławska Cz., Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, Warszawa 2009, t. 1,
31. Biezuńska-Małowist I., Małowist M., Niewolnictwo, Warszawa 1987,
32. Błachut M., Gromski W., Kaczor J., Technika prawodawcza, Warszawa 2008,
33. Brewster Ch., Clemensson M., Finnegan G., Gladstone A., Hardie J., Heptonstall J., Kubr M., Kubr R., Malmgren M., North K., Prokopenko J., Rochlin S., Schmitz B., Stone E. A., Tanburn J., Management consulting. A guide to the profession, pod. red. M. Kubr. Geneva 2002,
34. Brzozowski A., Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie za wady dzieła, Warszawa 1986,
35. Brzozowski A., Frąckowiak J., Katner W. J., Napierała J., Nestorowicz M., Ogiegło L., Olejniczak A., Stec M., Stecki L., Stelmachowski A., Strzępka J., System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, t.7, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2001,
36. Brzozowski A., Frąckowiak J., Katner W. J., Napierała J., Nesterowicz M., Ogiegło L., Olejniczak A., Pisuliński J., Rott-Pietrzyk E., Stec M., Stecki L., Stelmachowski A, Strzępka J., System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, t. 7, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2004,

37. Brzozowski A., Jastrzębski J., Kaliński M., Skowrońska-Bocian E., *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2013,
38. Brzozowski A., Jastrzębski J., Kaliński M., Kocot W. J., Skowrońska-Bocian E., *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa 2014,
39. Budzinowski R., Janiak A., Koch A., Lichorowicz A., Olechowski M., Orlicki M., Panowicz-Lipska J., Poczobut J., Pyziak-Szafnicka M., Pyziół W., Radwański Z., Zawada K., *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, t. 8*, pod. red. J. Panowicz-Lipskiej, Warszawa 2004,
40. Burian B., Cisek A., Drela M., Dubis W., Gniewek E., Gołaczyński J., Gołębiowski K., Górská K., Jezioro J., Kremis J., Machnikowski P., Nadler J., Strzebinczyk J., Szydło W., Zagrobelny K., *Kodeks cywilny, Komentarz*, pod red. E. Gniewka i P. Machnikowskiego, Warszawa 2014,
41. Całus A., *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985,
42. Chauvin T., Stawecki T., Winczorek P., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2009,
43. Chen S., *The real value of 'e-business models'*, *Business Horizons* 2003, vol. 46, issue 6,
44. Chlebosz D., Czepulis-Rutkowska Z., Firlit-Fesnak G., Giermanowska E., Iglesias Á. L. S., Rymśa M., Sewastianowicz M., *Elastyczny rynek pracy i bezpieczeństwo socjalne. Flexicurity po polsku?*, pod red. M. Rymśy, Warszawa 2005,
45. Chudzik M., Frań A., Grzywacz A., Korus K., Spyra M., *Prawo handlu elektronicznego*, Bygoszcz-Kraków 2005,
46. Ciesielski J., *Traktatowe podstawy dyrektyw konsumenckich a orzecznictwo TS*, *Europejski Przegląd Sądowy* 2013, Nr 8,
47. Cisek A., *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*, Wrocław 1989,
48. Collins H., *The European Civil Code. The Way Forward*, Cambridge 2008,
49. Commission on European Contract Law, *Principles of European contract law. Parts I and II*, pod red. O. Lando, H. Beale, Kluwer Law International 1999,
50. Czachórski W., Brzozowski A., Safjan M., Skowrońska-Bocian E., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007
51. Czajkowska-Dąbrowska M., Wiszniewska I., *Merchandising – czyli komercjalizacja popularnych symboli*, *Przegląd Prawa Handlowego* 1998, Nr 10,

52. Czterdzieści Lat Kodeksu Cywilnego. Materiały z Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów w Rzeszowie (8-10 października 2004 r.), pod red. M. Sawczuka, Kraków-Warszawa 2006,
53. Czubała A., Jonas A., Smoleń T., Wiktor J.W., Marketing usług, Warszawa 2012,
54. Ćmikiewicz G., Umowy o prace badawcze – zagadnienia systematyczno-konstrukcyjne, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej 1985,
55. Daszkowska M., Usługi. Produkcja, rynek, marketing, Warszawa 1998,
56. Dmowski S., Rudnicki S., Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna, Warszawa 2009,
57. Doczekalska A., Interpretacja wielojęzycznego prawa Unii Europejskiej, Europejski Przegląd Sądowy 2006, Nr 5,
58. Domański G., Koncepcja zobowiązań rezultatu i starannego działania a odpowiedzialność kontraktowa w prawie francuskim, Studia Cywilistyczne 1972, t. XX.,
59. Domański G., Z problematyki podstawowych założeń odpowiedzialności cywilnej dłużnika (art. 471 k.c.), Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny 1973, nr 2,
60. Drapała P., Prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia jako podstawa dochodzenia roszczeń pozakontraktowych, Monitor Prawniczy 2008, Nr 17,
61. Drozd A., Zakres zakazu przetwarzania danych osobowych, Państwo i Prawo 2003, z. 2
62. Drozd E., Kordasiewicz B., Pazdan M., Radwański Z., Zieliński A., System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, t. 2, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2008,
63. Drozdowski R., Matczak R., Samozatrudnienie – analiza wyników badań, raport na zlecenie PARP, Warszawa 2004,
64. Dubis W., Jacyszyn J., Leśniak M., Podleś M., Skory M., Sołtys B., Umowy elektroniczne w obrocie gospodarczym, pod red. J. Gołaczyńskiego, Warszawa 2005,
65. Dybowski T., [w:] System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część ogólna, pod red. Z. Radwańskiego, t. III, cz. 1, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1981,
66. Eidenmüller H., Faust F., Grigoleit H. Ch., Jansen N., Wagner G., Zimmermann R., The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems, Oxford Journal of Legal Studies 2008, Nr 28,

67. Epstein D. G., Nickles S. H., White J. J., Bankruptcy, St. Paul 1993,
68. Fabian J., Pełnomocnictwo, Warszawa 1963,
69. Filipowski J., Adwokat w procesie cywilnym, Warszawa 1973,
70. Finkin M. W., Menschenbild: The Concept of the Employee as a Person in Western Law, Comparative Labor Law & Policy Journal 2004, vol. 23,
71. Flejterski S., Panasiuk A., Perenc J., Rosa G. (red.), Współczesna ekonomika usług, Warszawa 2005,
72. Florek L., Kodyfikacyjne problemy prawa pracy, Państwo i Prawo 2007, z. 11,
73. Forsthoff U., Leible S., Randelzhofer A., Voß R., Swobody wspólnotowe w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską. Swoboda przepływu towarów, usług i przedsiębiorczości. Komentarz, pod red. E. Grabitz i M. Hilf, Warszawa 2009,
74. Freedland M., Application of Labour and Employment Law beyond the Contract of Employment, International Labour Review 2007, vol. 146, i. ½
75. Friedman M. L., Contract Law in America. A Social and Economic Case Study, New Orleans 2011
76. Garner Bryan A. (red.), Black's Law Dictionary, 2004,
77. Gawlik B., Umowa know-how, Zagadnienia konstrukcyjne, Warszawa-Kraków 1974,
78. Gawlik B., Umowy mieszane – konstrukcja i ocena prawna, Palestra 1974, nr 5,
79. Gill Reuschlein H., Gregory W. A., The Law of Agency and Partnership, 1990,
80. Gołaczyński J., Kowalik-Bańczyk K., Majchrowska A., Świerczyński M., Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz, Warszawa 2009,
81. Goodman M., The Roman World, 44 BC-AD180, London 1997,
82. Górski J., Zarys prawa zobowiązań, Poznań 1948,
83. Griffiths M., Griffiths I., Law for Purchasing and Supply, Harlow 2002,
84. Grodziski S., Prace nad kodyfikacją i unifikacją polskiego prawa prywatnego (1919-1947), Kwartalnik Prawa Prywatnego 1992, z. 1-4,
85. Gromadzka-Grzegorzewska M., Narodziny polskich nauk administracyjnych, Warszawa 1985,

86. Grycuk A., Russel P., Członkostwo w Unii Europejskiej a rozwój gospodarczy Polski, *Studia BAS* 2017, Nr 3(51),
87. Grykiel J., Gutowski M., Janiak A., Koch A., Napierała J., Nowicka A., Olejniczak A., Orlicki M., Pokrzywniak J., Sikorski R., Sokołowski T., Sójka T., Zedler F., *Umowy w obrocie gospodarczym*, pod red. A. Kocha i J. Napierały, Kraków 2006,
88. Grzegorzczak F., Jednolity Rynek Europejski jako determinanta rozwoju prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2000, Nr 4,
89. Grzegorzczak F., Uwagi o reformie wspólnotowego prawa konsumenckiego, *Europejski Przegląd Sądowy* 2009, Nr 10,
90. Grzeszak T., Reklama a ochrona dóbr osobistych, *Przegląd Prawa Handlowego* 2000, Nr 2,
91. Grzybczyk K., Problematyka lokowania produktu – zagadnienia ogólne, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej* 2006, z. 103,
92. Grzybowski S., *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957,
93. Grzybowski S., *Zagadnienia kodyfikacji polskiego prawa cywilnego (organizacja i wyniki pracy 1919-1922)*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1992, z. 1-4,
94. Gutowski M., *Umowa o zastępstwo procesowe*, Warszawa 2009,
95. Gutowski M., *Zasada kauzalności czynności prawnych w prawie polskim*, *Państwo i Prawo* 2006, z. 4,
96. Haanappel P. C., Mackaay Haanappel E., *Netherlands Civil Code - Patrimonial Law in General (English-French)*. *Netherlands Civil Code: Book 3*, 1990,
97. *Handel elektroniczny. Prawne problemy*, pod red. J. Barty i R. Markiewicza, Zakamycze 2005,
98. Hatzopoulos V., *Regulating Services in European Union*, Oxford 2012,
99. Herman A., *Przedsiębiorstwo w kapitalizmie giełdowym*, *Kwartalnik Nauk o Przedsiębiorstwie* 2007, Nr 2,
100. Hesselink M., *The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law*, *Tulane Law Review* 2009, Vol. 83, Nr 4
101. Horosz P., *Swoboda przedsiębiorczości a swoboda świadczenia usług w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, *Glosa - prawo gospodarcze w orzeczeniach i komentarzach* 2008, nr 1 s. 24 i 26,

102. Jagielska M., Umowy zawierane poza lokalem przedsiębiorstwa i na odległość, *Monitor Prawniczy* 2000, nr 9,
103. Jagielska M., Łętowska E., Wiewiórowska-Domagalska A., Mikłaszewicz P., Lis K., Implementacja prawa konsumenckiego w Polsce, *Europejski Przegląd Sądowy* 2006, Nr 12,
104. Jankowski J., *Kontrakty elektroniczne w obrocie prawnym*, Warszawa 2008,
105. Jarosz D., *Kształtowanie się oraz rozwój mediów i Public Relations w Internecie*, Gdańsk 2004,
106. Jastrzębski J., O umownych modyfikacjach podstawy odpowiedzialności dłużnika, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2007
107. Jurkowska A., O „prywatyzacji” prawa wspólnotowego i jej skutkach, *Europejski Przegląd Sądowy* 2006, Nr 9,
108. Kabaj M., *Strategie i programy przeciwdziałania bezrobociu w Unii Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2004,
109. Kamiński J., Rozwadowski W., Wołodkiewicz W., *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, pod red. W. Wołodkiewicza, Warszawa 1986,
110. Karwala I., Regulacja świadczenia usług w prawie amerykańskim – w poszukiwaniu modelowych reguł świadczenia usług dla polskiego ustawodawcy, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2014, Nr 3
111. Kawalko A., Witczak H., *Zarys prawa. Prawo cywilne*, Warszawa 2008,
112. Kerr B., *Resolution Of Commercial Disputes: Arbitration v Litigation*, *Hong Kong Law Journal*, vol. 1979,
113. Kępiński M., Seweryński M., Zieliński A., Rola kodyfikacji na przykładzie prawa prywatnego w procesie legislacyjnym, *Przegląd Legislacyjny* 2006, nr 1,
114. Klein A., *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 1980,
115. Kłosiński K., Masłowski A., *Globalizacja sektora usług w Polsce*, Warszawa 2005,
116. Kocot W., *Elektroniczna forma oświadczeń woli*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2001, Nr 3,
117. *Kodeks cywilny obowiązujący na ziemiach zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej*, w opracowaniu Z. Lisowskiego, Poznań 1933,
118. Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 2001,

119. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości: Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2006,
120. Konarski H., Perspektywy kodyfikacji europejskiego prawa zobowiązań, Przegląd Prawa Handlowego 2004, Nr 3,
121. Koszowski M., Angielska doktryna precedensu. Porównanie z polską praktyką orzeczniczą, Warszawa 2009,
122. Kotler P., Prosumers: A New Type of Consumer?, Futurist 1986, Nr 20,
123. Krajewski M., Zobowiązania rezultatu i starannego działania (próba alternatywnego ujęcia), Państwo i Prawo 2000, z. 8,
124. Krasuski A., Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2005,
125. Krekora D., Umowa consultingu, Wojskowy Przegląd Prawniczy 2007, Nr 4,
126. Krekora-Zajac D., Glosa do wyroku SN z dnia 9 maja 2007 r., II CSK 77/07, Państwo i Prawo 2009, Nr 2,
127. Kruczalak K., Umowy w obrocie handlowym. Komentarz, Wzory, Objasnienia, Warszawa 1998,
128. Krzynówek J., Odpowiedzialność przedsiębiorcy (exercitor) w prawie rzymskim, Warszawa 2000,
129. Księżopolski B., Porozumienia i umowy o prace badawcze i wdrozeniowe, Wrocław 1983,
130. Kudrycka K., Kierunki harmonizacji prawa kontraktowego państw członkowskich UE, Państwo i Prawo 2006, z. 12,
131. Kula M., Dyrektywa usługowa - z dużej chmury mały deszcz?, Prawo Europejskie w praktyce 2007, nr 2,
132. Kunasz M., Teoria kapitału ludzkiego na tle dorobku myśli ekonomicznej, [w:] Unifikacja gospodarek europejskich: szanse i zagrożenia, pod red. A. Manikowskiego i A. Psyka, Warszawa 2004,
133. Kunkiel-Kryńska A., Prawo konsumenckie UE – odpowiedzialność za produkty wadliwe – wprowadzenie i wyrok TS z 4.06.2009 r. w sprawie C-285/08, Moteurs Leroy Somer przeciwko Dalkia France i Ace Europe, Europejski Przegląd Sądowy 2012, Nr 8,
134. Kunkiel-Kryńska A., Prawo konsumenckie UE – prawo konsumenta do odstąpienia od umowy – wprowadzenie i wyrok TS z 10.03.2005 r. w sprawie C-336/03 *EasyCar (UK) Ltd v. Office of Fair Trading*, Europejski Przegląd Sądowy 2012, Nr 6,

135. Kurowska A., Implementacja dyrektywy o sprzedaży konsumenckiej do porządków prawnych wybranych państw członkowskich, *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego* 2007, vol. VI,
136. Kwaśnicki R.L., Pietrzak P., Transakcje M&A, *Monitor Prawniczy* 2002, Nr 5,
137. Kwaśnicki W., Ekonomia klasyczna - spojrzenie z innej perspektywy, *Ekonomista* 1998, Nr 5-6
138. Kwiatkowski E., Teoria trzech sektorów gospodarki. Prezentacja i próba oceny, Warszawa 1980,
139. Kuisz J., Podobieństwa i różnice konstrukcyjne umowy cywilnoprawnej oraz umowy społecznej w teorii sprawiedliwości Johna Rawlsa, *Studia Iuridica* 2003, Nr XLI, s.165
140. Lando O., The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference, *European Review of Contract Law* 2007, Nr 3,
141. Legrand P., The Impossibility of „Legal Transplants”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1997, Nr 4,
142. Leible S., Drogi do europejskiego prawa prywatnego, *Europejski Przegląd Sądowy* 2007,
143. Leszczyński Z., Dokumentacja projektowa a opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, *Monitor Zamówień Publicznych* 2009, nr 1,
144. Lewandowski R., Znaczenie i funkcja badania „due diligence” w ramach sprzedaży przedsiębiorstwa, *Monitor Prawniczy* 2004, nr 6,
145. Lis K., Samozatrudnienie i inne formy minimalizacji kosztów pracy, Gdańsk 2004,
146. Longchamps de Bériér R.,: *Zobowiązania*, Poznań 1948,
147. Longchamps de Bériér R., *Zobowiązania* (wydanie anastatyczne), Poznań 1999,
148. Lorenz W. (red.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VIII:, Specific Contracts, Chapter 9, Professional Services, Tübingen, Dordrecht, Boston, Lancaster 1999,
149. Ludwiczak W., *Umowa zlecenia*, Poznań 1955,
150. Łacny J., *Okresowe kary pieniężne, ryczałty i korekty finansowe nakładane na państwa członkowskie za naruszenia prawa UE*, Warszawa 2010,
151. Łętowska E., *Prawo europejskie inspiracją dla dogmatyki prawa cywilnego*, *Studia Prawnicze* 2001, Nr 3–4,

152. Mańko R., Unifikacja europejskiego prawa prywatnego z perspektywy społeczeństwa – przyczynek do dyskusji, *Nowa Europa. Przegląd Natoliński* 2008, nr 2,
153. Machowska A., Wojtyczek K., *Prawo francuskie*, pod red. K. Wojtyczka, Zakamycze 2004, t. 1,
154. Machowska A., Koncepcja zobowiązań rezultatu i starannego działania i jej doniosłość dla określenia odpowiedzialności kontraktowej, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2002, nr 3,
155. Machnikowski P., *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005,
156. Martinek M., Poczobut J., *Modernizacja prawa zobowiązań w niemieckim kodeksie cywilnym – przesłanki, przegląd rozwiązań, krytyka [w:] W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Rajskiemu*, pod red. A. Brzozowskiego, W. Kocota, K. Michałowskiej, Warszawa 2007,
157. Mazurek M., Wpływ maksymalnych dyrektyw konsumenckich na funkcjonowanie skodyfikowanych systemów prawa cywilnego, *Transformacja Prawa Prywatnego* 2008, Nr 2,
158. McKendrick E., *Contract Law. Text, Cases and Materials*, Oxford 2008,
159. Meijknecht P., Tworzenie zasad europejskiego prawa kontraktów, *Państwo i Prawo* 2004, z. 2,
160. Mersky R. M., Dunn D. J., Jacobstein J. M., *Fundamentals of legal research*, New York 2002,
161. Mika I. B., Sponsorowanie w radiu i telewizji, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej* 2006, z. 92,
162. Ministerstwo Gospodarki, *Wytyczne do oceny skutków Regulacji (OSR)*, 2006,
163. Monteagudo J., Diexr A., *Economic Performance and Competition in Service in the Euro Area: Policy Lessons in Times of Crisis*, *European Economy Occasional Papers* 2009, No. 53
164. Moszyński M., Ritter H., Niezależni współpracownicy firmy jako wyzwanie dla zarządzania zasobami ludzkimi, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 2003, Nr 12,
165. Niewęglowski A., Zobowiązania rezultatu i starannego działania w umowach o prace badawcze, *Studia Iuridica Lublinensia* 2010, Nr 14,
166. Nijboer A. J., Maaskant-Kleibrink M., *Linking Ritual with Economy: Papers on Mediterranean Archaeology*, Groningen 1998,

167. Nimmer R. T., Intangibles Contracts: Thoughts of Hubs, Spokes, and Reinvigorating Article 2, *William and Mary Law Review* 2004, vol. 35, issue 4,
168. Nimmer R. T., Services Contracts: The Forgotten Sector of Commercial Law, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1993, vol. 26, issue 3,
169. Nowakowski Z. K., Zobowiązanie rezultatu i starannego działania, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1959, nr 2,
170. Ochrona danych osobowych, pod. red. M. Wyrzykowskiego, Warszawa 1999,
171. Ogiełło L., Pojęcie usług i umów o świadczenie usług w ujęciu kodeksu cywilnego, *Studia Iuridica Silesiana*, Katowice 1979, t. V,
172. Ogiełło L., Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych, Katowice 1989,
173. Ohanowicz A., Zobowiązania. Część ogólna, Poznań 1958,
174. Ohanowicz A., Górski J., Zarys prawa zobowiązań, Warszawa 1970,
175. Olczyk M., Dopuszczalność kontroli wynagrodzenia success fee jako niedozwolonego postanowienia w umowie o odpłatne świadczenie usług prawnych przez adwokata lub radcę prawnego, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2016, Nr 2,
176. Olszewski H., Podejście historyczne w prawoznawstwie, [w:] *Metody badania prawa*, Polska Akademia Nauk, Instytut Nauk Prawnych, Materiały Sympozjum Warszawa 28-29 IV 1971 r., pod red. A. Łopatki, Wrocław 1973,
177. Onufrio M. V., Harmonisation of European Contract Law and Legal Translation: A Role for Comparative Lawyers, *InDret Review on the Analysis of Law* 2007, Nr 2,
178. Osajda K., Umowy nienazwane w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego, *Głosa* 2006, Nr 4,
179. Osajda K., Perspektywy europejskiego prawa umów: Zielona Księga Komisji Europejskiej o Europejskim Prawie Kontraktów, *Przegląd Prawa Handlowego* 2010, Nr 11,
180. Ostrowski H. K., Transpozycja dyrektywy 99/44/WE do ustawodawstw wewnętrznych państw członkowskich Unii Europejskiej, *Przegląd Prawa Handlowego* 2008, Nr 11,
181. Osuchowski W., Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu, pod red. W. Litewskiego i J. Sondla, Warszawa 1986,

182. Pajor T., Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania, Warszawa 1982,
183. Panowicz-Lipska J., Majątkowa ochrona dóbr osobistych, Warszawa 1975,
184. Pązik A., Obrona interesu społecznego jako przesłanka wyłączająca bezprawność naruszenia dobra osobistego, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej 2010, z. 109,
185. Pecyna M., Zarys rosyjskiej koncepcji regulacji świadczenia usług, Transformacje Prawa Prywatnego 2014, nr 3
186. Pecyna M., Zoll F., Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu, Transformacje Prawa Prywatnego 2011, Nr 1,
187. Pecyna M., Zoll F., Założenia projektu zobowiązań świadczenia usług w nowym kodeksie cywilnym, Transformacje Prawa Prywatnego 2014, Nr 4,
188. Pieńkos J., Podstawy juryslingwistyki. Język w prawie – Prawo w języku, Warszawa 1999,
189. Pieńkos J., Podstawy przekładoznawstwa. Od teorii do praktyki, Zakamycze 2003,
190. Pikulska-Robaszkiewicz A., Ustawowa regulacja obyczajów w prawie rzymskim. Wykład habilitacyjny, Studia Iuridica 1999, Nr XXXVII,
191. Pisuliński J., W sprawie systematyki części szczegółowej prawa zobowiązań (głos w dyskusji), Transformacje Prawa Prywatnego 2011, Nr 1,
192. Podrecki P., Okoń Z., Świerczyński M., Targosz T., Smycz M., Kasprzycki D., Prawo Internetu, pod red. P. Podreckiego, Warszawa 2004,
193. Popczyk J., Energetyka rozproszona. Od dominacji energetyki w gospodarce do zrównoważonego rozwoju, od paliw kopalnych do energii odnawialnej i efektywności energetycznej, Warszawa 2011,
194. Principles of European Law on Service Contracts, pod red. M. Barendrecht, Ch. Jansen, A. Pinna, R. Cascão, S. van Gulijk, Oxford 2007,
195. Prosumer Revisited: Zur Aktualität einer Debatte (Konsumsoziologie und Massenkultur), pod red. B. Blättel-Mink, K.-U. Hellmann, Wiesbaden 2010,
196. Radecki W., Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Komentarz, Warszawa 2008,
197. Radwański Z., Olejniczak A., Prawo cywilne - część ogólna, Warszawa 2011,

198. Radwański Z., Olejniczak A., Zobowiązania – część ogólna, Warszawa 2008,
199. Radwański Z., Panowicz-Lipska J., Zobowiązania – część szczegółowa, Warszawa 2008,
200. Radwański Z., Teoria umów, Warszawa 1977,
201. Radwański Z., Wstępny projekt systematyzacji tak zwanej części szczegółowej prawa zobowiązań, Transformacje Prawa Prywatnego 2011, Nr 1,
202. Rajski J., Jednolite prawo międzynarodowej sprzedaży towarów, Przegląd Prawa Handlowego 1996, nr 3,
203. Rajski J., Właściwość (natura) umowy o dzieło a wygaśnięcie wynikającego z niej stosunku zobowiązaniowego, Przegląd Prawa Handlowego 1997, Nr 6,
204. Rajski J., Kierunki rozwoju europejskiego prawa kontraktów, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2002, nr 1,
205. Rajski J., Z problematyki funkcjonowania zasady *pacta sunt servanda* i klauzuli *rebus sic stantibus* we współczesnym klimacie gospodarczym. Przegląd Prawa Handlowego 2010, Nr 3,
206. Randolph F., Masefield R.: Communication on European Contract Law. A position paper on behalf of the Law Reform Committee of the General Bar Council of England & Wales, London 2001,
207. Rączka G., Zagadnienie dóbr osobistych w świetle ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Radca Prawny 2004, nr 4,
208. Rączka G., Prawne zagadnienia hostingu, Przegląd Prawa Handlowego 2009, Nr 4,
209. Reich N., A European Contract Law: Ghost or Host for Integration?, Wisconsin International Law Journal 2006, vol. 24, nr 2,
210. Rifkin J., The Third Industrial Revolution: How Lateral Power Is Transforming Energy, the Economy, and the World, New York 2011,
211. Rogoziński K., Usługi rynkowe, Poznań 2000,
212. Romano R., Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle, Journal of Law, Economics & Organization 1985, vol. 1,
213. Romanowski M., Zobowiązania rezultatu i starannego działania, Przegląd Prawa Handlowego 1997, Nr 2,
214. Rott-Pietrzyk E., Klauzula generalna rozsądku w prawie prywatnym, Warszawa 2007,

215. Rott-Pietrzyk E., Agent handlowy – regulacje polskie i europejskie, Warszawa 2006,
216. Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi, pod red. M. Pazdana, E. Rott-Pietrzyk, M. Jagielskiej, M. Szpunara, Warszawa 2017,
217. Rozwadowski W., Nauczanie prawa w państwie rzymskim, Czasopismo Prawno-historyczne 2003, z. 1,
218. Rozwadowski W., Prawo rzymskie. Zarys wykładu z wyborem źródeł, Poznań 1992
219. Rudawska I., Błoński K., Wiścicki M., Soboń M., Bąkowska S., Koziół K., Usługi w gospodarce rynkowej, pod red. I. Rudawskiej, Warszawa 2009,
220. Sadler P., Zarządzanie w społeczeństwie postindustrialnym, Kraków 1997,
221. Safjan M., Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji). Państwo i Prawo 1990, z. 11,
222. Safjan M., Refleksje wokół konstytucyjnych uwarunkowań rozwoju ochrony dóbr osobistych, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2002, nr 2,
223. Safjan M., Kilka refleksji o transformacji i kondycji polskiego prawa, Głosa 2003, Nr 4,
224. Sealy L. S., Hooley R. J., Commercial Law. Text, Cases, and Materials, Oxford 2009,
225. Sekuła Z., Planowanie zatrudnienia, Kraków 2001,
226. Shelhimer D., Sales–service hybrid transactions and the strict liability dilemma, Southwestern Law Journal 1989, Vol. 43
227. Siuda W., Istota i zakres umowy o dzieło, Poznań 1964,
228. Skąpski J. Kodeks cywilny z 1964 r. Blaski i cienie kodyfikacji oraz jej perspektywy, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1992, z. 1-4,
229. Smith A., Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów, t. 1, Warszawa 1954,
230. Sobkowski J., Pełnomocnictwo procesowe. Jego istota, powstanie i wygaśnięcie, Poznań 1967,
231. Sokołowski K. P., Rozważania nad czynnościami przysparzającymi, odpłatnymi i nieodpłatnymi, Przegląd Sądowy 2009, Nr 7-8,
232. Sokołowski K. P., Czynności prawne mieszane, Przegląd Sądowy 2010, nr 7–8,

233. Sołtysiński S., Recenzja pracy zbiorowej pt. Dobra osobiste i ich ochrona w polskim prawie cywilnym – zagadnienia wybrane, Państwo i Prawo 1987, z. 2,
234. Sośniak M., Umowy o świadczenie usług z artykułu 750 kodeksu cywilnego, Państwo i Prawo 1981, nr 5,
235. Sośniak M., Prawo cywilne i rodzinne w zarysie. Zobowiązania, t. II, Katowice 1986,
236. Sośniak M., Francuski system umów obligacyjnych, Katowice 1989,
237. Sójka-Zielińska K., Historia Prawa, Warszawa 2000,
238. Stecki L., Sponsoring, Toruń 1995,
239. Stępień A. B., Wstęp do filozofii, Lublin 2001,
240. Stosio A., Umowy zawierane przez Internet, Warszawa 2002,
241. Studia z prawa zobowiązań, Warszawa–Poznań 1979,
242. Studia z prawa cywilnego. Księga Pamiątkowa dla uczczenia 50-lecia pracy naukowej Prof. dr. hab. Adama Szpunara, pod red. A. Rembielińskiego, Warszawa-Łódź 1983,
243. Strzelbicki M., Podstawowe problemy funkcjonowania swobody przepływu usług i próba ich rozwiązania w dyrektywie o usługach na rynku wewnętrznym, Studia Prawnicze 2008, z. 4,
244. Szczaniecki M., Powszechna historia państwa i prawa, Warszawa 1979,
245. Szewc T., Publicznoprawna ochrona informacji, Warszawa 2007,
246. Szewczyk A., Popularność form komunikacji internetowej w Polsce, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Studia Informatica 2011, Nr 27,
247. Sznajder A., Sponsoring, Warszawa 1993,
248. Szostak R., Problem systematyki umów obligacyjnych w nowym kodeksie cywilnym, Transformacje Prawa Prywatnego 2011, Nr 1,
249. Szpor G., Publicznoprawna ochrona danych osobowych, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1999, nr 12
250. Szpunar A., O ochronie sfery życia prywatnego, Nowe Prawo 1982, Nr 3-4,
251. Szpunar A., Udzielenie pełnomocnictwa, Przegląd Sądowy 1993, Nr 9,
252. The Commission of European Contract Law, Principles of European Contract Law. Parts I and II, pod. red. O. Lando i H. Beale, The Hague 2000,

253. The Oxford Handbook of Comparative Law, pod red. M. Reimanna i R. Zimmermanna, Oxford 2007,
254. Toffler A., The Third Wave, New York 1989,
255. Tokarczyk R. A., Kształtowanie się myśli komparatystyki prawniczej, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia 1987, vol. XXXIV, 22, sectio G, XXXIV, 22, sectio G,
256. Tokarczyk R., Prawo amerykańskie, Warszawa 2011,
257. Topolewski K., Przedmiot zobowiązania z umowy zlecenia, Warszawa 2015
258. Towards a European Civil Code, pod red. A. S. Hartkamp, Ch. von Bar, The Hague, London, Boston 1998,
259. Traple E., Prawne ramy sponsoring w środkach masowego komunikowania, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej 1993, z. 3,
260. Trzciniński K., Charakter prawny Incoterms, Gdańskie Studia Prawnicze 1999,
261. Van Vleck T., Electronic Mail and Text Messaging in CTSS, 1965 - 1973, IEEE Annals of the History of Computing 2012, Vol. 34, Nr 1, s. 4-6,
262. Wasilkowski J., Kodyfikacja prawa cywilnego w Polsce, Nowe Prawo 1950, nr 12,
263. Wasilkowski J., Metoda opracowania i założenia kodeksu cywilnego, Państwo i Prawo 1964, z. 5-6,
264. Watson A., Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, Athens 1993,
265. West E., Construction Contracting: Building Better Law with the Uniform Commercial Code, Case Western Reserve Law Review 2002, Vol. 52, Issue 2,
266. Whittaker S., The “Draft Common Frame of Reference”. An Assessment commissioned by the Ministry of Justice, United Kingdom, 2008,
267. Widło J., Rozporządzenie przedsiębiorstwem, Kraków 2002,
268. Włodyka S., *Due dilligence review* w prawie polskim, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1999, Nr 9;
269. Włodyka S., Strategiczne umowy przedsiębiorców, Warszawa 2000,
270. Włodyka S., Prawo umów w obrocie gospodarczym, Warszawa 2001,

271. Wojciechowska A., Czy autorskie dobra osobiste są dobrami osobistymi prawa cywilnego?, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1994, z. 3,
272. Wolter A., Projekt kodeksu cywilnego, *Demokratyczny Przegląd Prawniczy* 1948, Nr 3,
273. Wolter A., Czynności prawne nieodpłatne *inter vivos* w projekcie k.c. [w:] *Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej K. Przybyłowskiego*, Kraków-Warszawa 1964,
274. Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001,
275. Wołodkiewicz W., Zabłocka M., *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2000,
276. Wołodkiewicz W. (red.), *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, Warszawa 1986,
277. Woodely M. (red.), *Osborn's Concise Law Dictionary*, London 2005,
278. Wójcik S., Umowa zlecenia - uwagi *de lege ferenda* [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Stanisława Sołtysińskiego*, Poznań 2004,
279. Wronkowska G., *Koncepcja kapitału ludzkiego – ujęcie historyczne w: Teoretyczne aspekty gospodarowania*, pod red. D. Kopycińskiej, Szczecin 2005,
280. Wronkowska S., Na czym polega dobra legislacja, *Przegląd Legislacyjny* 2002, Nr 1,
281. *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, pod red. A. Olejniczaka, J. Haberko, A. Pyrzyńskiej, D. Sokołowskiej, Warszawa 2015,
282. Wyrwiński M., Regulacja prawna świadczenia usług w prawie angielskim. Inspiracja dla ustawodawcy polskiego?, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2016, Nr 4,
283. Wyszowska-Kuna J., *Handel usługami w procesie integracji europejskiej*, Łódź 2005,
284. Zaborniak P., Głosa do wyroku WSA z dnia 23 października 2007 r., II SA/Rz 59/07, *Samorząd Terytorialny* 2008, nr 3,
285. Ziemianin B., Dadańska K. A., *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2008,
286. Zimmermann R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996,

287. Zimmermann R., Jansen N., 'A European Civil Code in All But Name': Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference, *Cambridge Law Journal*, Vol. 69,
288. Zoll A., Stelmach J., Halberda J. (red.) *Dziedzictwo prawne XX wieku. Księga pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, Kraków 2001,
289. Zoll F., *Zobowiązania w zarysie według polskiego kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1948,
290. Zoll F., Problem z pojęciem umowy sprzedaży w nowej ustawie o prawach konsumenta – zagadnienie umów mieszanych z obowiązkiem świadczenia usługi, *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* 2014, Nr 4,
291. Zweigert K., Kötz H., *An Introduction To Comparative Law*, Oxford 1998,
292. Żabiński Z., Pojęcie zlecenia w projektach kodeksu cywilnego, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 1963, nr XVI,
293. Żabiński Z., Uwagi o języku kodeksu cywilnego, *Studia Prawnicze* 1983, z. 1,
294. Żok K., Glosa do wyroku SN z dnia 4 czerwca 2014 r., II UK 548/13, *Orzecznictwo Sądów Powszechnych* 2015, z. 5, poz. 50.