

ELWIRA MACIERZYŃSKA–FRANASZCZYK*

UMOWY O ŚWIADCZENIE USŁUG W PRAWIE SZWAJCARSKIM**

1. KODYFIKACJA SZWAJCARSKIEGO PRAWA ZOBOWIĄZAŃ

Szwajcarskie prawo zobowiązań z 30 marca 1911 r. (Obligationenrecht, dalej: OR)¹ stanowi piątą część szwajcarskiego kodeksu cywilnego (Zivilgesetzbuch, dalej: ZGB)² i obowiązuje od 1 stycznia 1912 r. Jego pierwowzorem była ustawa z 1881 r., będąca pierwszą szwajcarską kodyfikacją z zakresu prawa cywilnego, ukształtowaną pod wpływem szwajcarskich i germańskich wzorców opartych na dziewiętnastowiecznej strukturze pandektowej oraz ustawodawstwa kantonowego francuskojęzycznej części konfederacji, inspirowanego francuskim Code Civil³. Wielowątkowość wpływów kodyfikacyjnych i połączenie w regulacji elementów

* Autorka jest prawnikiem, doktorem nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego Akademii Leona Koźmińskiego.

** Artykuł powstał w ramach projektu finansowanego przez NCN pt. „Made in Europe” — europejskie standardy prawne jakości usług świadczonych w konkurencyjnych warunkach globalnego rynku. Modelowe rozwiązania prawa zobowiązań zorientowanego na usługi (projekt nr UMO-2012/04/A/HS5/00709).

¹ BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220).

² Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

³ Inspiracja kodeksem Napoleona wskazywana jest jako źródło romańskiej struktury szwajcarskiego prawa zobowiązań — zob. I. Schwenzer: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeine Teil*, Bern 2012, s. 2; E. Bucher: *Law of Contracts* (w:) F. Dessemontet, T. Ansay: *Introduction to Swiss Law*, The Hague 2004, s. 107–108. Proces kodyfikacji oraz wpływ ustawodawstwa kantonowego, a także BGB na szwajcarskie prawo zobowiązań z 1881 i 1911 r. analizuje E. Bucher: *Der Weg zu einem einheitlichen Zivilgesetzbuch der Schweiz*, *Rabels Zeitschrift* (dalej: *RabelsZ*) 2008, z. 72, s. 671 i n.; E. Bucher: *Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2003, s. 353–374. Zob. także M. Schild: *Konturen des Werkrechts im Sächsischen BGB, dem Entwurf für ein einheitliches Schuldrecht und dem schweizerischen Obligationenrecht von 1883* (w:) F.J.A. Santos, Ch. Baldus, H. Dedek: *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, München 2011, s. 215–217.

zaczepniętych z germańskiego i romańskiego kręgu prawnego przyczyniły się do postrzegania prawa zobowiązań z 1881 r. jako aktu eklektycznego i kompromisowego⁴. Bezsprzecznie był to jednak już od końca XIX w. akt modelowy.

Przyczynkiem do rewizji ustawy z 1881 r. stało się rozpoczęcie prac nad kodyfikacją prawa prywatnego, którym przyświecała idea stworzenia jednolitego i spójnego kodeksu — *code unique*⁵. Odrębne do tej pory prawo zobowiązań zostało nieznacznie znowelizowane i włączone do kodeksu cywilnego⁶. Kierujący pracami kodyfikacyjnymi prawa prywatnego Eugen Huber podkreślał wówczas, iż kodyfikacja ma być przede wszystkim syntezą rozwiązań kantonalnych, odzwierciedlających charakter i ducha narodu, a użyteczność obcych wzorców (BGB, kodeksu Napoleona) ograniczona powinna być do funkcjonalnej inspiracji i nie może prowadzić do zmiany kierunku rodzimego prawa i ekspansji obcych instytucji⁷. Zmiany wprowadzone do nowego OR pozwalają jednak dostrzec inspirację szwajcarskiego legislatora rozwiązaniami przyjętymi przez niemieckiego ustawodawcę w BGB z 1899 r. (opartym także na rozwiązaniach OR z 1881 r.), jak również silniejsze niż w niemieckiej kodyfikacji refleksy kodeksu Napoleona⁸. Powinowactwo szwajcarskiej kodyfikacji z niemieckim BGB sprawia, iż przy wykładni przepisów OR pomocne do pewnego stopnia okazują się poglądy niemieckiej doktryny i judykatury⁹.

2. TYPOLOGIA UMÓW O ŚWIADCZENIE USŁUG W SZWAJCARSKIM PRAWIE ZOBOWIĄZAŃ

Prawo umów uregulowane zostało w dziale pierwszym OR, obejmującym ogólne przepisy prawa umów (art. 1–183 OR), oraz w dziale drugim (art. 184–551 OR), który poświęcony jest regulacji odrębnych typów umów nazwanych i pewnych szczególnych instytucji prawa umów, jak prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia albo prokura. Przepisy ogólne działu pierwszego OR znajdują, w zakresie niewyłączonym odpowiednimi przepisami szczególnymi, zastosowanie do wszystkich umów

⁴ E.A. Kramer: *Der Still der schweizerischen Privatrechtskodifikation — ein Modell für Europa?*, *RabelsZ* 2008, z. 72, s. 783.

⁵ Sylwetkę przewodniczącego pracom kodyfikacyjnym E. Hubera oraz jego wkład w kształt kodyfikacji przedstawia szerzej A. Kaczmarczyk, K. Nieciecka, R. Wojciechowski: *Eugen Huber (1849–1923)*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2014, z. 1, s. 21 i n.

⁶ E. Bucher: *Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?*, *Zeitschrift für den Schweizerischen Recht* 1983, z. 102 II, s. 263 i 274–275; E.A. Kramer: *Der Still...*, *op. cit.*, s. 781.

⁷ A. Kaczmarczyk, K. Nieciecka, R. Wojciechowski: *Eugen Huber...*, *op. cit.*, s. 30–31.

⁸ Przykłady wpływu BGB oraz kodeksu Napoleona na instytucje szwajcarskiego prawa zobowiązań (w tym instytucje ogólne prawa zobowiązań, umowy nazwane, np. umowę zlecenia, wykładnię prawa zobowiązań) przedstawia E. Bucher: *Der Einfluss des französischen Code Civil auf das Obligationenrecht (w:) Das Obligationenrechts 1883–1983, Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des Schweizerisches Obligationenrecht*, Bern–Stuttgart 1984, s. 139–176.

⁹ *Ibidem*, s. 111.

nazwanych, w tym umów o świadczenie usług¹⁰. OR nie wprowadza odrębnych przepisów ogólnych dla umów o świadczenie usług¹¹. Ponieważ przepisy części ogólnej OR zostały w znacznym stopniu zorientowane na dominującą historycznie umowę sprzedaży, w wielu przypadkach nie mogły one znaleźć zastosowania do umów ze świadczeniem ciągłym oraz umów o świadczenie usług. Wymusiło to w konsekwencji przyjęcie szerszej, odrębnej regulacji dla poszczególnych umów o świadczenie usług¹².

OR z 1912 r. zasadniczo przyjął typologię umów z ustawy z 1881 r., regulując dodatkowo kilka nowych, nieznanych wcześniejszej ustawie umów, jak umowa darowizny, przekazu, zastawu, składu oraz umowa maklerska. W zakresie umów o świadczenie usług ustawa wyodrębnia obecnie, jako typy podstawowe: umowę o pracę, umowę o dzieło, umowę wydawniczą, zlecenie, umowę komisju, spedycji, przekaz, umowę depozytu i gwarancji¹³. Ustawowy katalog umów w OR nie ma charakteru zamkniętego ani nie zakłada hierarchicznego uporządkowania uregulowanych w nim typów umów¹⁴. Każdy podstawowy typ umowy zachowuje samodzielność. Mogą być mu jednak przyporządkowane podtypy o różnym stopniu odrębności regulacji¹⁵. Świadczenie usług może być także przedmiotem umów mieszanych albo nienazwanych, których pojawianie się w obrocie prawnym stanowi odpowiedź na bieżące potrzeby gospodarcze. Stanowią one także impuls do kształtowania empirycznych typów umów *sui generis*, jak umowa leasingu, faktoringu, umowa o dostawę usług internetowych (*Providervertrag*), czy też umowa o podróż (*Reisevertrag*), w których odnaleźć można elementy umów nazwanych¹⁶.

Współczesne kodyfikacje prawa cywilnego oparte na systemie rzymskim i romańsko–germańskim odzwierciedlają, do pewnego stopnia, systematykę umów ukształtowaną w prawie rzymskim. Zależność ta, pomimo braku bezpośredniej re-

¹⁰ H. Honsell: *Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil*, Bern 2012, s. 7.

¹¹ Por. art. IV.C.–2:101–IV.C.–2:111 DCFR.

¹² I. Schwenzer: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 5.

¹³ Typologia umów w obowiązującym kodeksie zobowiązań z 1912 r. (według stanu na 2014 r.): *Kauf und Tausch* (tytuł VI, art. 184–238), *Schenkung* (tytuł VII, art. 239–252), *Miete* (tytuł VIII, art. 253–274g), *Pacht* (tytuł VIIIbis, 275–304), *Leihe* (tytuł IX, art. 305–318), *Arbeitsvertrag* (tytuł X, art. 319–362), *Werkvertrag* (tytuł XI, art. 363–379), *Verlagsvertrag* (tytuł XII, art. 380–392), *Auftrag* (tytuł XIII, art. 394–418v), *Kommission* (tytuł XV, art. 425–439), *Frachtvertrag* (tytuł XVI, art. 440–457), *Anweisung* (tytuł XVIII, art. 466–471), *Hinterlegungsvertrag* (tytuł XIX, art. 472–491), *Bürgschaft* (tytuł XX, art. 492–512), *Spiel und Wette* (tytuł XXI, art. 513–515a), *Leibrentenvertrag und die Verpfändung* (tytuł XXII, art. 516–529). W dziale II uregulowane są także inne niż umowy nazwane instytucje prawa zobowiązań, jak prowadzenie spraw bez zlecenia (*Geschäftsführung ohne Auftrag*, tytuł XVIII, art. 419–424), prokura i inne rodzaje pełnomocnictw (*Prokura und andere Handlungsvollmachten*, tytuł XVII, art. 458–465).

¹⁴ H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 16.

¹⁵ Podtypem prostej umowy o pracę (*Einzelarbeitsvertrag*) są: umowa o naukę (*Lehrvertrag*), agencja handlowa (*Handelsreisendenvertrag*), umowa o pracę nakładczą (*Heimarbeitsvertrag*), umowa taryfowa (*Gesamtarbeitsvertrag*) i zwykła umowa o pracę (*Normalarbeitsvertrag*). Wśród podtypów zlecenia prostego (*einfacher Auftrag/Mandat*) OR reguluje obecnie: zlecenie pośrednictwa matrymonialnego albo związków partnerskich (*Auftrag zur Ehe- oder zur Partnerschaftsvermittlung*), list kredytowy i zlecenie kredytowe (*der Kreditbrief und der Kreditauftrag*), umowę maklerską (*Maklervertrag*) oraz umowę agencyjną (*Agenturvertrag*).

¹⁶ H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 16–17 i 20.

cepcji prawa rzymskiego do szwajcarskiego prawa zobowiązań, widoczna jest także w systematyce umów o świadczenie usług przyjętej przez ustawodawcę szwajcarskiego. Za sprawą wzorców kodyfikacyjnych opartych na strukturze pandektowej nawiązuje ona do romańskiej tradycji prawnej¹⁷. Podstawowe typy umów o świadczenie usług, wyodrębnione w OR można bez trudu powiązać z konstrukcją odpłatnej *locatio conductio*, uznawanej za pierwowzór współczesnych umów o korzystanie z cudzych usług¹⁸, nieodpłatnego *mandatum*, będącego podstawą świadczenia usług przez osoby o wyższej pozycji społecznej, oraz *depositum*, którego istotą była usługa przechowania rzeczy ruchomej. Klasyczne prawo rzymskie odgrywa istotną rolę także przy wykładni przepisów OR oraz stanowi punkt odniesienia dla kolejnych nowelizacji prawa zobowiązań¹⁹.

Wśród umów z elementem korzystania z cudzej pracy albo usługi główną pozycję w OR z 1912 r. zajmują umowa o pracę (art. 319 i n. OR), umowa o dzieło (art. 363 i n. OR) i umowa zlecenia (art. 394 i n. OR). W sposobie ukształtowania pozycji stron umów o dzieło i zlecenia dostrzega się brak różnicowania stron umowy na gospodarczo czy też socjalnie słabszą i silniejszą, wyrażonego w ich odmiennej ochronie prawnej²⁰.

Umową o najszerszym w obrocie prawnym znaczeniu praktycznym jest zlecenie proste (*einfacher Auftrag*) uregulowane w art. 394–406 OR. Zawierając umowę zlecenia, zleceniobiorca zobowiązuje się do odpłatnego albo nieodpłatnego wykonania powierzonych mu czynności prawnych lub faktycznych, w interesie i zgodnie z wolą zleceniodawcy (art. 394 I OR).

Przepisy regulujące zlecenie proste znajdują, w zakresie wskazanym w ustawie, zastosowanie do szczególnych typów umów, jak zlecenie pośrednictwa matrymonialnego albo związków partnerskich (art. 406a II OR), list kredytowy i zlecenie kredytowe (art. 407 OR), umowa maklerska (art. 412 II OR), umowa agencyjna (art. 418b OR), a także do stanowiących odrębne typy podstawowe umów komisu (art. 425 II OR) i spedycji (art. 440 II OR). Przepisy o zleceniu prostym mają charakter subsydiarny wobec wszelkich umów z elementem świadczenia usług, nieobjętych innymi kodeksowymi typami umów²¹. Zgodnie z art. 394 II OR stosuje się je także do umów, których przedmiotem jest świadczenie pracy lub usług, jeżeli nie podlegają one odrębnej regulacji (np. umowie o pracę, szczególnym typom zlecenia, umowie o dzieło, umowie wydawniczej).

¹⁷ E. Bucher: *Law...*, *op. cit.*, s. 110 i 137–138; M. Schild: *Konturen...*, *op. cit.*, s. 216; I. Schwenzer: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 2.

¹⁸ *Locatio conductio* obejmowała transakcje o niejednolitym charakterze, w których przedmiotem świadczenia było korzystanie z rzeczy (*locatio conductio rei*), wykonanie rzeczy (*locatio conductio operis*) bądź korzystanie z pracy przyjmujące postać świadczenia usługi bez definiowania jej rezultatu (*locatio conductio operarum*).

¹⁹ E. Bucher: *Law...*, *op. cit.*, s. 107–108.

²⁰ Socjalny i ochronny względem świadczeniodawcy profil umowy zachowany jest w umowie o pracę, nieobjętej zakresem rozważań.

²¹ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, *op. cit.*, s. 224. Por. art. 750 k.c.

Odrębnym typem umowy o świadczenie usług, o porównywalnym do zlecenia znaczeniu w obrocie prawnym, jest umowa o dzieło. Wykonawca w umowie o dzieło zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, za które zamawiający zobowiązany jest uiścić wynagrodzenie (art. 363 OR). Brak odrębnego typu umowy o roboty budowlane sprawia, iż przedmiotem umowy o dzieło są też prace budowlane, a także generalne wykonawstwo robót budowlanych²².

3. KWALIFIKACJA STOSUNKÓW PRAWNYCH DO USTAWOWYCH TYPÓW UMÓW O ŚWIADCZENIE USŁUG

Rozgraniczenie umowy o dzieło od umowy zlecenia bywa niejednokrotnie przedmiotem sporów doktrynalnych i rozbieżności orzeczniczych. Przy problemach z klasyfikacją umów o świadczenie usług, zarówno orzecznictwo, jak i doktryna przeprowadzają linię demarkacyjną według zaczerpniętego z doktryny francuskiej podziału na umowy rezultatu i umowy starannego działania²³. Podział ten ma w prawie szwajcarskim charakter pozanormatywny. Zgodnie z nim przyjmuje się, iż świadczenie w umowie o dzieło ma polegać na dostarczeniu rezultatu, podczas gdy od przyjmującego zlecenie oczekuje się gotowości do działania w interesie zlecającego²⁴.

Koniecznym elementem umowy o dzieło jest istnienie mierzalnego rezultatu umowy — dzieła, którego prawidłowość wykonania można poddać ocenie według obiektywnych kryteriów²⁵. Według konserwatywnego, nieaktualnego już, stanowiska doktryny i orzecznictwa rezultat umowy o dzieło mógł być wyłącznie wynikiem wytworzenia lub przetworzenia przedmiotów materialnych, rzeczy ruchomych lub nieruchomości²⁶. Umowy, których przedmiot świadczenia pozbawiony był charakteru materialnego, kwalifikowano jako zlecenie. Poglądy dotyczące przedmiotu umowy o dzieło przeszły znaczącą ewolucję. W latach sześćdziesiątych ubiegłego wieku zarysował się, niekwestionowany obecnie, pogląd dopuszczający wytworzenie lub przetworzenie na podstawie umowy o dzieło rzeczy materialnych i niematerialnych²⁷. Stąd jako przedmiot umowy o dzieło kwalifikowane jest w orzecznictwie

²² Por. BGE 94 II 161.

²³ H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 322.

²⁴ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, *op. cit.*, s. 226.

²⁵ H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 283.

²⁶ Zob. B.K. Gautschi: Vorbem. zu OR 363 ff. N1; E. Bucher: *Obligationenrecht...*, *op. cit.*, s. 201; zob. także wyrok w sprawie BGE 98 II 305, w której przedmiotem rozważań była kwalifikacja prawna umowy architektonicznej.

²⁷ Według aktualnych poglądów przedmiotem umowy o dzieło może być napisanie powieści albo programu komputerowego, wykonanie projektów i kosztorysów architektonicznych, projektu strony internetowej, pomiarów geodezyjnych, świadczenie usług porządkowych, wykonanie naprawy. Jako dzieło traktowany jest montaż kranu, cięcie drewna, a także mycie elewacji budynku. Umowa o dzieło może dotyczyć świadczenia usług fryzjerskich i kosmetycznych, ale wyłączone z jej zakresu są usługi lekarskie i stomatologiczne stanowiące przedmiot umowy

wykonanie pomiarów geodezyjnych, opracowanie planów i kosztorysów architektonicznych czy też sporządzenie ekspertyz²⁸. Sporna w doktrynie i orzecznictwie pozostaje natomiast kwalifikacja jako dzieła wykonania koncertu lub sztuki teatralnej²⁹.

Prawidłowość działania przyjmującego zlecenie wyznaczona miarą staranności zgodnej z wykonywaną profesją prowadzi natomiast do kwalifikowania umowy jako zlecenia. Zlecenie proste jest podstawowym typem umowy o świadczenie usług wykonywanych w ramach wolnych zawodów, usług bankowych, powierniczych, stanowi też podstawowy typ kształtujący stosunek wewnętrzny pełnomocnictwa. Postać zlecenia przyjmują umowy o wykonanie zabiegu medycznego³⁰ oraz umowy o usługi prawnicze³¹. Przedmiotem zlecenia może być transport osób lub rzeczy nieobjęty umową spedycji³². Usługi transportu osób i mienia stanowią przedmiot umowy zlecenia albo spedycji³³. Umowę zlecenia stanowi także umowa między ogłoszeniodawcą i agencją reklamową obejmująca zobowiązanie agencji do przygotowania i opublikowania ogłoszeń; jakkolwiek już umowa między agencją reklamową i wydawcą publikującym ogłoszenia prasowe kwalifikowana jest jako umowa o dzieło³⁴. Rozbieżności kwalifikacyjne powstają na tle umowy o podróż, która bywa traktowana jako umowa o dzieło bądź umowa nienazwana³⁵. Także umowa o wykonywanie usług serwisowych stanowi *contractus innominatii*³⁶.

Pomimo niekiedy odmiennych stanowisk szwajcarska judykatura i doktryna prawnicza nie są jednak postrzegane jako przeciwstawne, ale jako odrębne źródła kształtujące stosowanie prawa³⁷. Przy wykładni przepisów OR znajduje szerokie zastosowanie art. 1 II ZGB wprowadzający zasadę uznania sędziowskiego. Przepis pozwala, w razie luki w prawie, orzekać sędziemu według reguł, jakie ustanowiłby w takim przypadku ustawodawca. Dla ustalenia właściwego typu umowy poszukuje się niekiedy właśnie najściślejszego związku klasyfikowanej umowy z typem ustawowym, odwołując się do kryterium występowania w treści umowy elementów charakterystycznych dla typu ustawowego albo kryterium świadczenia umownego powiązanego z wypłatą wynagrodzenia³⁸. Kryteria te nie gwarantują niestety jedno-

zlecenia (BGE 98 II 310, BGE 110 II 376). Wydanie lub powielenie dzieła literackiego i dzieła sztuki stanowi przedmiot umowy wydawniczej, uregulowanej jako odrębna umowa nazwana (art. 380 i n. OR). Szerzej H. Honsell: *Schweizerisches..., op. cit.*, s. 280; P. Lehmann (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar OR*, Basel 2008, s. 1382, art. 363, nb 2.

²⁸ Zob. odpowiednio BGE 109 II 34; BGE 119 II 249 i BGE 110 II 380; BGE 127 III 328.

²⁹ Zob. też poglądy powołane przez H. Honsell: *Schweizerisches..., op. cit.*, s. 280.

³⁰ Kwalifikacja umowy między stomatologiem i pacjentem jako zlecenia — zob. BGE 110 II 375; odmiennej kwalifikacji świadczenia polegającego na wykonaniu protezy jako dzieła dokonał BGE w orzeczeniu 61 II 112.

³¹ H. Honsell: *Schweizerisches..., op. cit.*, s. 283.

³² Por. BGE 111 II 273; BGE 115 II 474.

³³ H. Honsell: *Schweizerisches..., op. cit.*, s. 281.

³⁴ Por. BGE 115 II 57.

³⁵ Zob. BGE 115 II 474 wraz z powołanymi tam judykatami i poglądami doktryny.

³⁶ H. Honsell: *Schweizerisches..., op. cit.*, s. 281.

³⁷ E. Bucher: *Hundert..., op. cit.*, s. 382.

³⁸ Przedmiot odpłatności jako kryterium kwalifikujące charakter umowy rozważał już Ulpian — zob. Ulpianus D.16,3,1,9.

litości wykładni, czego znamiennym przykładem są rozbieżności w ocenie charakteru umowy architektonicznej³⁹. Umowy architektoniczne, których przedmiotem jest wykonanie projektu i kosztorysu, uznawane są w orzecznictwie szwajcarskim za umowy o dzieło⁴⁰. Jeżeli wynagrodzenie w umowie architektonicznej, w której przedmiotem świadczenia jest wykonanie planów i projektów, powiązane zostanie z wymiernym rezultatem, przyjęcie kryterium powiązania świadczenia z wynagrodzeniem przemawiać będzie za uznaniem jej za umowę o dzieło. Ta sama umowa architektoniczna może jednak zostać zakwalifikowana jako zlecenie, jeżeli w jej treści przewidziane zostanie prawo jednostronnego odstąpienia od umowy właściwe dla ustawowego typu zlecenia prostego (art. 404 I OR), gdy jako podstawa kwalifikacji przyjęte zostanie kryterium elementów charakterystycznych treści umowy⁴¹. Zagadnienie komplikuje się w przypadku umów architektonicznych o niejednolitym charakterze, obejmujących nie tylko typowe dla umowy o dzieło wykonanie planów, projektów, kosztorysów, lecz także bliższe naturze świadczeń w umowie zlecenia elementy doradztwa i nadzoru architektonicznego. W orzecznictwie szwajcarskim dominująca wydaje się w takich przypadkach tendencja do traktowania złożonej umowy architektonicznej jak umowy zlecenia, zgodnie z teorią absorpcji, wyrażoną w art. 394 II OR. Chociaż można znaleźć przykłady, zarówno na gruncie doktryny jak i orzecznictwa, kwalifikacji złożonych umów architektonicznych jako umów mieszanych, łączących elementy dzieła i zlecenia, do których znajdują zastosowanie odpowiednie przepisy obu typów ustawowych⁴².

Wątpliwości może niekiedy rodzić rozgraniczenie umowy o dzieło i umowy sprzedaży. Istotą umowy sprzedaży jest przeniesienie własności rzeczy i jej wydanie kupującemu (art. 184 I OR). Sprzedający może zobowiązać się do dostarczenia kupującemu rzeczy istniejącej w chwili zawarcia umowy lub nieistniejącej, ale wykonywanej seryjnie przez producenta (jeżeli jest to rzecz wykonana według określonej przez klienta konfiguracji cech na podstawie ich dostępnych wariantów). Montaż rzeczy sprzedanej, jako usługa podporządkowana sprzedaży, pochłaniana będzie także przez umowę sprzedaży⁴³. W odróżnieniu od umowy sprzedaży w umowie o dzieło na pierwszy plan wysuwa się usługa polegająca na dostarczeniu zamawiającemu rezultatu w postaci wykonanego dzieła. Stąd rzecz, która została wyprodukowana przez producenta na indywidualne zamówienie klienta, ale odmienna od rzeczy produkowanych seryjnie, będzie przedmiotem umowy o dzieło⁴⁴. Indywidualizacja przedmiotu umowy o dzieło musi więc wykraczać poza katalog dostawcy.

³⁹ H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 284.

⁴⁰ Zob. BGE 109 II 462; BGE 110 II 380; BGE 119 II 249.

⁴¹ Zob. H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 284.

⁴² E. Bucher: *Hundert...*, *op. cit.*, s. 325–326; E. Bucher: *Obligationenrecht...*, *op. cit.*, s. 228; H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 20; por. BGE 127 III 543; BGE 114 II 56; BGE 98 II 305. Zob. też M. Kikinis (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar...*, *op. cit.*, s. 1697, Einleitung vor Art. 184, nb 3.

⁴³ H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 283.

⁴⁴ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, *op. cit.*, s. 202; H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 282.

Oceniając stopień zindywidualizowania rzeczy, szwajcarski Sąd Najwyższy uznał za przedmiot umowy o dzieło dostarczenie prasy hydraulicznej służącej do wytwarzania płyt cementowych o zindywidualizowanym formacie⁴⁵.

4. UMOWA ZLECENIA W PRAWIE SZWAJCARSKIM

Przedmiotem zlecenia może być wykonanie czynności prawnych lub faktycznych. Zakres czynności objętych zleceniem wyznacza treść umowy stron. W braku wyraźnego oznaczenia zakresu świadczenia przyjmuje się, iż zlecenie obejmuje czynności wynikające z natury powierzonych spraw (art. 396 I OR). Do zawarcia umowy zlecenia może dojść w sposób wyraźny albo dorozumiany w przypadku, gdy oferta zawarcia umowy skierowana do podmiotu profesjonalnie zajmującego się lub ogłaszającego gotowość świadczenia usług określonego rodzaju nie została natychmiast odrzucona (art. 395 OR).

Zlecenie może być odpłatne albo nieodpłatne. W przypadku umowy zlecenia, odmiennie niż umowy o dzieło, kodeks nie przewiduje generalnego domniemania odpłatności. W braku ustaleń stron wynagrodzenie jest należne wyłącznie, gdy w danych stosunkach tak jest przyjęte (art. 394 III OR)⁴⁶. Rezygnacja z ustawowego wymogu odpłatności zlecenia bywa źródłem wątpliwości przy rozróżnieniu umowy nieodpłatnego zlecenia od niebędącej umową przysługi świadczonej z grzeczności. W razie wątpliwości jedynie nieodpłatne świadczenia o charakterze czysto faktycznym nie stanowią zlecenia; pozostałe przypadki wymagają oceny *ad casum*⁴⁷.

U podstaw stosunku zlecenia leży obowiązek staranności i lojalności zleceniobiorcy (art. 298 II OR). Przepis art. 398 I OR wyznacza ogólny obowiązek zachowania przez zleceniobiorcę staranności, do jakiej zobowiązany jest pracownik w umowie o pracę⁴⁸. W praktyce staranność zleceniobiorcy oceniana jest jednak według wymogów wyznaczonych specyfiką stosunku zlecenia. Zleceniobiorca zobowiązany jest więc do staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju⁴⁹.

⁴⁵ BGE 42 II 622.

⁴⁶ Wspólnym mianownikiem umów kwalifikowanych jako *locatio conductio* była ich odpłatność — zob. R. Zimmermann: *The Law of Obligation. Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 340. Przyjęta w OR koncepcja odpłatności zlecenia zbliżyła je konstrukcyjnie do *locatio conductio operarum*, odróżniając od nieodpłatnego w prawie rzymskim *mandatum*. Szwajcarski model zlecenia przypomina w tym zakresie regulację § 1002 ABGB, a odbiega od modelu niemieckiego nieodpłatnego zlecenia (§ 663 BGB).

⁴⁷ Ocenie podlega wówczas wola stron związania stosunkiem prawnym oraz świadomość zleceniobiorcy co do znaczenia świadczenia dla zleceniodawcy — por. R.H. Weber (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar...*, *op. cit.*, s. 1471, nb 20.

⁴⁸ Identyczne odesłanie przewidział ustawodawca szwajcarski, wyznaczając ramy staranności wykonawcy dzieła (por. art. 364 I OR).

⁴⁹ Naruszenie obowiązku staranności może stanowić przekroczenie w umowie architektonicznej kosztów inwestycji (por. też BGE 119 II 249), niedochowanie obowiązku udzielenia porady, przy usługach finansowych naruszenie obowiązków informacyjnych wobec zleceniodawcy czy też brak osobistych właściwości (np. kwalifikacji

Wyrazem obowiązku lojalności zleceniobiorcy jest ogólna dbałość o interesy zleceniodawcy, dbałość o przedmioty i środki powierzone w celu wykonania zlecenia, słuzenie zleceniodawcy poradą i informacją, zakaz wstępowania przez zleceniobiorcę w stosunki prawne prowadzące do kolizji interesów, a także, niewyrażony wprost w ustawie, obowiązek zachowania w tajemnicy wszelkich informacji, które zleceniobiorca pozyskał przy wykonywaniu zlecenia⁵⁰. Naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy rodzi odpowiedzialność zleceniobiorcy w zakresie pozytywnego interesu umownego⁵¹.

W naturę zlecenia wpisany jest obowiązek osobistego działania zleceniobiorcy (por. art. 68 OR). Nie wyłącza on posłużenia się przy wykonaniu zlecenia pracownikami podporządkowanymi zleceniobiorcy. Ogranicza jednak powierzenie wykonania zlecenia osobom trzecim do sytuacji, gdy uprawnienie takie wynika z wyraźnego upoważnienia bądź przymusu spowodowanego okolicznościami, albo gdy w danych okolicznościach reprezentacja uznawana jest za dopuszczalną (art. 398 III OR)⁵². Zleceniobiorca ponosi odpowiedzialność za niedołożenie należytej staranności przy wyborze substytutu bądź nieudzielenie mu instrukcji dotyczących wykonania zlecenia (art. 399 II OR).

Przez czas związania umową zleceniobiorca zobowiązany jest pozostawać w gotowości do działania na rzecz zleceniodawcy, ma obowiązek działać w interesie i zgodnie z wolą zleceniodawcy, w tym także zgodnie z poleceniami i wskazówkami zleceniodawcy, konkretyzującymi lub modyfikującymi sposób wykonania zlecenia (art. 397 I OR). Bezpodstawne odstępstwo od wiążących poleceń zleceniodawcy stanowi nienależyte wykonanie umowy rodzące roszczenie o prawidłowe wykonanie umowy, a jeżeli nie jest ono możliwe, odszkodowanie z tytułu jej niewykonania. W takiej sytuacji umowa może zostać uznana za wykonaną jedynie, gdy zleceniobiorca przyjmie odpowiedzialność za szkody wynikłe z niezastosowania wskazówek zleceniodawcy (art. 397 II OR). Z obowiązku dbałości o interesy zleceniodawcy wynika jednakże obowiązek zleceniobiorcy krytycznej oceny błędnych instrukcji i wskazówek otrzymanych od zleceniodawcy. Zleceniobiorca nie jest zobowiązany do wykonywania poleceń bezprawnych i naruszających zasadę moralności⁵³.

Zleceniobiorca zobowiązany jest do udzielania informacji, wyjaśnień oraz złożenia zleceniodawcy rachunku z realizacji zlecenia. Zobowiązany jest wydać zleceniodawcy wszystko, co pozyskał dla niego lub otrzymał, wykonując zlecenie (art. 400 OR). Zleceniodawca jest natomiast zobowiązany przekazać zleceniobiorcy

zawodowych) wymaganych do wykonania dzieła lub zlecenia (*imperitia culpa adnumeratur*) — zob. H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 286 i 328.

⁵⁰ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, *op. cit.*, s. 230; H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 325; R.H. Weber (w:) H. Honsell: *Kurzkomentar...*, *op. cit.*, s. 1482, art. 398, nb 6.

⁵¹ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, *op. cit.*, s. 230.

⁵² *Ibidem*, s. 229.

⁵³ R.H. Weber (w:) H. Honsell: *Kurzkomentar...*, *op. cit.*, s. 1478, art. 397, nb 1.

środki wymagane do realizacji zlecenia oraz zwolnić zleceniobiorcę z zobowiązań zaciągniętych wobec osób trzecich w celu realizacji zlecenia.

Szczególną uwagę warto zwrócić na przepis art. 404 I OR, który wprowadza możliwość jednostronnego odstąpienia (wypowiedzenia) umowy zlecenia przez każdą ze stron w każdym czasie. Uprawnienie to nie jest zależne od wystąpienia szczególnych okoliczności. Należy pokreślić, iż art. 404 I OR znajduje zastosowanie nie tylko do zlecenia zwykłego, lecz także do szczególnych postaci zlecenia oraz umów, do których przepisy o zleceniu stosowane będą subsydiarnie z mocy art. 394 II OR. Skutki odstąpienia od umowy łagodzi norma art. 404 II OR, wprowadzająca odpowiedzialność odszkodowawczą w granicach ujemnego interesu umownego ponoszoną przez stronę odstępującą w nieodpowiednim czasie⁵⁴. Odszkodowanie na wypadek wypowiedzenia w nieodpowiednim czasie strony mogą zabezpieczyć także karą umowną⁵⁵. Na gruncie doktryny i orzecznictwa sporne okazało się uprawnienie stron do umownego wyłączenia normy art. 404 I OR. Według poglądów nawiązujących do tradycji romańskiej art. 404 I OR ma charakter bezwzględny, stąd uprawnienia stron do odstąpienia od umowy nie można ograniczyć ani wyłączyć⁵⁶. Skutkiem przyjęcia bezwzględnego charakteru przepisu będzie w konsekwencji wykluczenie dopuszczalności zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy⁵⁷. Pogląd przeciwny, obecny zarówno na gruncie doktryny, jak i orzecznictwa, przypisuje normie art. 404 I OR charakter dyspozytywny⁵⁸. Problem normatywnego charakteru uprawnienia do odstąpienia od umowy bywa także rozstrzygany na gruncie doktryny i orzecznictwa kantonálnego za pomocą rozróżnienia zlecenia typowego i atypowego. W zleceniach typowych, do których zalicza się zlecenia nieodpłatne i oparte na osobistym charakterze świadczenia, przyjmowany jest bezwzględny charakter uprawnienia. Stronom zlecenia atypowego przysługuje uprawnienie do wyłączenia możliwości jednostronnego odstąpienia od umowy⁵⁹.

Umowa zlecenia wygasa w przypadku śmierci, ograniczenia zdolności do czynności prawnych albo ogłoszenia upadłości jednej ze stron umowy (art. 405 I OR). Jeżeli jednak zakończenie wykonywania zlecenia z wymienionych przyczyn zagraża interesom zleceniodawcy, zleceniobiorca, jego następca prawny albo przedstawiciel zobowiązany jest zabezpieczyć interesy zleceniodawcy do momentu, gdy zleceniodawca, jego przedstawiciel albo spadkobierca nie zajmą się osobiście ich prowadzeniem (art. 405 II OR).

⁵⁴ Zakres odszkodowania obejmuje to, co strona by uzyskała, gdyby do odstąpienia od umowy nie doszło. Zob. też R.H. Weber (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar...*, *op. cit.*, s. 1503, art. 404, nb 9. Zob. też BGE 110 II 386.

⁵⁵ Zob. BGE 110 II 383.

⁵⁶ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, *op. cit.*, s. 227; R.H. Weber (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar...*, *op. cit.*, s. 1502, art. 405, nb 5. Por. też BGE 115 II 464.

⁵⁷ Zob. BGE 117 II 392, także BGE 104 II 116. Dopuszczalne jest jednak, zgodnie z art. 404 II OR, zastrzeżenie ryczałtowego odszkodowania na wypadek naruszenia umowy albo wypowiedzenia w nieodpowiednim czasie — zob. BGE 110 II 383, BGE 109 II 468, BGE 103 II 130.

⁵⁸ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, s. 227 (za:) J. Hofstetter: *Schweizerisches Privatrecht*, VII/2, s. 52.

⁵⁹ R.H. Weber (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar...*, *op. cit.*, s. 1502, art. 404, nb 6.

5. UMOWA O DZIEŁO W PRAWIE SZWAJCARSKIM

Stronami umowy o dzieło są zamawiający dzieło i przedsiębiorca — wykonawca dzieła. Przez umowę o dzieło przedsiębiorca zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do uiszczenia za nie wynagrodzenia (art. 363 OR). Wykonanie i dostarczenie dzieła oraz zapłata za nie stanowią *essentialia negotii* umowy (art. 363 i 367 OR).

Odmienne niż zleceniobiorca w umowie zlecenia wykonawca dzieła nie jest zobowiązany do pozostawania w gotowości do działania. Istotą jego świadczenia jest dostarczenie dzieła, a nie jego wykonywanie⁶⁰. Na wykonawcy dzieła, omdienne niż na zleceniobiorcy, nie spoczywa też szczególnie obowiązek dbałości o interesy zamawiającego⁶¹. Wykonawca dzieła zobowiązany jest do zachowania powszechnego obowiązku działania w dobrej wierze (art. 2 ZGB). Wykonawca zobowiązany jest wykonywać dzieło zgodnie ze wskazówkami zamawiającego. Nie ponosi jednak odpowiedzialności za wady dzieła powstałe wskutek wykonywania go według wskazówek zamawiającego, którym wykonawca się sprzeciwił, a zamawiający zażądał ich zastosowania wbrew sprzeciwowi wykonawcy (art. 369 OR).

Wyznaczając granice staranności wykonawcy dzieła, szwajcarski ustawodawca odwołuje się, podobnie jak przy zleceniu, do staranności, jaką powinien zachować pracownik wykonujący świadczenie z umowy o pracę (art. 364 I OR). Jednak zakres stosowania przepisów umowy o pracę do wyznaczenia miary i granicy staranności wykonawcy dzieła pozostaje, podobnie jak w przypadku zlecenia, przedmiotem dyskusji. Przyjęcie pełnego odesłania z 364 I OR oznaczałoby odpowiednie stosowanie do umowy o dzieło art. 321a I OR w zakresie obowiązku zachowania staranności pracownika⁶² oraz art. 321e I i II OR określających subiektywne kryteria wyznaczenia granic staranności pracownika⁶³. Tak szeroki zakres odesłania prowadziłby w rezultacie do zaostżenia odpowiedzialności wykonawcy, który zgodnie z art. 321e I OR ponosiłby odpowiedzialność nawet za skutki lekkiego niedbalstwa⁶⁴. Tak szerokie ujęcie obowiązku staranności wykonawcy w umowie o dzieło jest jednak kwestionowane, podkreśla się konieczność wąskiej wykładni odesłania i przyjmowania obiektywnych miar staranności wykonawcy dzieła⁶⁵.

⁶⁰ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, *op. cit.*, s. 205.

⁶¹ H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 286–287.

⁶² Odesłanie wyraźnie dotyczy staranności wykonawcy i nie obejmuje także uregulowanego w art. 321a I OR obowiązku dbałości o słuszny interes pracodawcy.

⁶³ Zgodnie z art. 321e II OR miara staranności wykonawcy dzieła, tak jak miara staranności pracownika, jest ustalana *ad casum* z uwzględnieniem elementów obiektywnych, jak poziom ryzyka zawodowego, wymaganego wykształcenia wykonawcy, wiedzy fachowej koniecznej do wykonania dzieła oraz okoliczności subiektywnych, jak umiejętności i właściwości wykonawcy, o których zamawiający wiedział lub powinien był wiedzieć.

⁶⁴ H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 286.

⁶⁵ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, *op. cit.*, s. 206; P. Lehmann (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar...*, *op. cit.*, s. 1389, art. 364, nb 9.

Wykonawca dzieła nie zawsze jest zobowiązany do osobistego świadczenia. Prawo szwajcarskie, co do zasady, nie wiąże obowiązku osobistego świadczenia z przedmiotem świadczenia, ale z przymiotami dłużnika⁶⁶. Zgodnie z wyrażoną w art. 68 OR zasadą ogólną dłużnik jest tylko wtedy zobowiązany do osobistego świadczenia, gdy jest to wymagane ze względu na osobiste cechy dłużnika. Wyjątek od przyjętej zasady dotyczy umowy o dzieło. Wykonanie dzieła jest postrzegane jako świadczenie o naturze mieszanej, obejmujące świadczenie rzeczy, któremu towarzyszy element świadczenia pracy, wymagającej osobistego zaangażowania wykonawcy dzieła⁶⁷. Stąd też, zgodnie z art. 364 II OR, na wykonawcy dzieła spoczywa obowiązek osobistego wykonania dzieła albo osobistego nadzoru nad jego wykonaniem. Powierzenie wykonania lub nadzoru przy wykonaniu dzieła innej osobie może być uzasadnione wyłącznie charakterem dzieła, wykluczającym jego osobiste wykonanie przez przedsiębiorcę (art. 364 II OR)⁶⁸. Podnosi się jednak w doktrynie, iż odstępstwo od osobistego wykonania stało się w praktyce regułą⁶⁹. Jeżeli jednak wykonanie dzieła wymagało osobistego świadczenia, a dłużnik wykonanie dzieła powierzył innej osobie, nawet gdy to wykonanie nadzorował, ponosi on odpowiedzialność za szkody powstałe wskutek nienależytego wykonania umowy (art. 97 i n. OR). Wykonawca odpowiada też za szkody wyrządzone wierzycielowi przez osoby, którym wykonanie dzieła powierzył (art. 101 OR).

Umowa o dzieło jest umową o charakterze zawsze odpłatnym (art. 363 OR). Artykuł 374 OR wprowadza domniemanie odpłatności, znajdujące zastosowanie zarówno w braku ustalenia odpłatności za dzieło, jak i niewskazania przez strony jej wysokości⁷⁰. Jeżeli przedmiotem umowy jest świadczenie właściwe dla umowy o dzieło, a strony ustaliły brak odpłatności, umowa taka nie może stanowić umowy o dzieło, ale umowę zlecenia albo umowę nienazwaną podobną do umowy o dzieło. Strony mogą ustalić wynagrodzenie umowne według ceny stałej (art. 373 OR) bądź orientacyjnej, wskazanej przy zawarciu umowy (art. 375 I OR). Wynagrodzenie według ceny orientacyjnej ustalane jest według nakładów poniesionych na wykonanie dzieła. W takich przypadkach wykonawca zobowiązany jest informować zamawiającego w toku prac o przekroczeniu zakładanych kosztów lub o zaistnieniu ryzyka przekroczenia kosztów. Przy nieproporcjonalnym wzroście kosztów wyko-

⁶⁶ B. Gross, F. Sprecher (w:) H. Honsell: *Kurzkomentar...*, *op. cit.*, s. 355, art. 68, nb 8.

⁶⁷ H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 285.

⁶⁸ Por. BGE 103 II 52, BGE 94 II 164.

⁶⁹ W umowach o świadczenia wykonywane w ramach wolnych zawodów, gdy zawarcie umowy podyktowane jest renomą, doświadczeniem, umiejętnościami dłużnika, zaufaniem, obowiązek osobistego świadczenia, nawet niewyrażony w umowie, przyjmuje się jako dorozumiany — zob. B. Gross, F. Sprecher (w:) H. Honsell: *Kurzkomentar...*, *op. cit.*, s. 354, art. 68, nb 7. Zob. też E. Bucher: *Obligationenrecht...*, *op. cit.*, s. 205.

⁷⁰ Według E. Buchera wynagrodzenie ustalane jest wówczas z uwzględnieniem wartości pracy i nakładów wykonawcy. Obejmuje ono także rozsądny zysk wykonawcy — zob. *Obligationenrecht...*, *op. cit.*, s. 212–213. Odmienne stanowisko zajmuje H. Honsell, według którego art. 374 OR ma zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy strony ustaliły odpłatność za umowę, ale nie wskazały wysokości wynagrodzenia — por. *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 306–307.

niania dzieła zamawiający może odstąpić od umowy (art. 375 I OR). Jako granicę tolerancji przyjmuje się dziesięcioprocentowy wzrost podanej przez wykonawcę ceny orientacyjnej. Szczególny przypadek stanowią umowy, w których przedmiotem świadczenia było wykonanie prac budowlanych na gruncie zamawiającego. Zamawiający może wówczas żądać obniżenia ceny, a jeżeli dzieło nie zostało ukończone, może odstąpić od umowy za zapłatą rekompensaty za już wykonane prace (art. 375 II OR). Zmiana wysokości wynagrodzenia nie jest wykluczona także w przypadku ustalenia przez strony ceny stałej. Wykonawcy przysługuje wówczas roszczenie o podwyższenie wynagrodzenia przez sąd w przypadku wystąpienia nadzwyczajnych okoliczności, których strony nie mogły przewidzieć lub których wystąpienie wykluczały, a które uniemożliwiają lub nadmiernie utrudniają wykonanie dzieła (klauzula *rebus sic stantibus* art. 373 II OR)⁷¹. Nadzwyczajne okoliczności uzasadniające żądanie podwyższenia wynagrodzenia muszą mieć charakter obiektywny. Mogą je stanowić działania wojenne, katastrofy naturalne, ale także okoliczności niemieszczące się w definicji *vis maior*, takie jak znaczny wzrost kosztów materiałów lub wynagrodzeń, bądź warunki geologiczne nieruchomości, na której miały być prowadzone prace budowlane⁷².

Przedmiot szczególnych ustaleń stron umowy o dzieło stanowi kwestia dostarczenia materiałów do wykonania dzieła. W braku innych postanowień umowy stroną zobowiązaną do dostarczenia materiałów do wykonania dzieła jest zamawiający (art. 365 I OR *a contrario*), natomiast obowiązek zapewnienia maszyn, narzędzi i materiałów pomocniczych do wykonania dzieła spoczywa na wykonawcy i stanowi jego koszt (art. 364 III OR). Oba powołane przepisy mają charakter dyspozytywny. Wykonawca może więc przejąć obowiązek dostarczenia materiałów. Ponosi wówczas wobec zamawiającego ciężar zagwarantowania odpowiedniej jakości materiałów tak jak sprzedawca i odpowiada za rezultat w postaci dostarczenia wolnego od wad dzieła. Jeżeli materiały do wykonania dzieła dostarczane są przez zamawiającego, wykonawca nie odpowiada za wady materiałów, jest natomiast zobowiązany do jak najlepszego ich wykorzystania („das Beste aus der Sache zu machen”). Wskazuje się, iż umowa w pewnym sensie traci wówczas charakter umowy rezultatu, a świadczenie wykonawcy zbliżone jest do świadczenia pracy⁷³. Obowiązek staranności wykonawcy obejmuje należyte zabezpieczenie powierzonych mu materiałów, złożenie rozliczenia z ich użycia i zwrot niewykorzystanej części (art. 365 II OR). Niedopełnienie wskazanych obowiązków rodzi odpowiedzialność

⁷¹ Jest to regulacja swoista dla OR, nieznaną BGB ani ABGB. Jej odpowiednik znajdziemy w art. 632 § 2 k.c. oraz art. 1664 k.c. włoskiego. W prawie szwajcarskim klauzula *rebus sic stantibus* z art. 373 II OR stanowi *lex specialis* względem art. 24 I 4 OR określającego podstawy uchylenia się od czynności prawnej dokonanej pod wpływem błędu (zob. H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 308). Klauzuli zarzuca się jednak, iż sankcjonuje bez dostatecznego materialnego uzasadnienia naruszenie zasady zaufania w kontraktowaniu — tak E. Bucher: *Hundert...*, *op. cit.*, s. 273.

⁷² H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 308.

⁷³ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, *op. cit.*, s. 206.

wykonawcy za niewykonanie zobowiązania na zasadach ogólnych (art. 97 I OR), z której wykonawca może się zwolnić, przeprowadzając dowód zachowania należytej staranności.

Na wykonawcy spoczywa także, uregulowany w art. 365 III OR, obowiązek niezwłocznego ostrzeżenia zamawiającego o przeszkodach w należyтым wykonaniu dzieła, wynikających z wadliwości materiałów dostarczonych przez zamawiającego, czy też wad rzeczy ruchomej lub nieruchomości, z którą powiązane jest wykonanie dzieła, a także o innych okolicznościach, niezależnych od wykonawcy, które zagrażają należytemu lub terminowemu wykonaniu dzieła (*Orientierungspflicht*). Obowiązek ostrzegawczy nie dotyczy przeszkód znanych wykonawcy lub możliwych do przewidzenia w chwili zawarcia umowy oraz zależnych od wykonawcy⁷⁴. Sankcją za niedopełnienie obowiązku poinformowania zamawiającego jest obciążenie wykonawcy konsekwencjami nienależytego wykonania dzieła, w tym także wynikającymi z okoliczności niezależnych od wykonawcy, o których winien był poinformować zamawiającego.

Ustawodawca szwajcarski równomiernie rozłożył między strony umowy ryzyko utraty materiałów i dzieła. Ryzyko przypadkowej utraty materiałów obciąża, co do zasady, stronę, która je dostarczyła. Ryzyko związane z uszkodzeniem/utratą dzieła przechodzi na zamawiającego dopiero w momencie wydania dzieła, odmiennie niż w umowie sprzedaży, gdzie już od chwili zawarcia umowy kupujący ponosi ryzyko utraty rzeczy (art. 185 I OR). Przepis art. 376 I OR przenosi na zamawiającego ryzyko utraty dzieła z przyczyn od niego niezależnych, jeżeli zamawiający znajdował się w zwłoce z odbiorem dzieła. W tej sytuacji zamawiający zobowiązany jest także, pomimo utraty/uszkodzenia dzieła, do zapłaty wykonawcy wynagrodzenia za jego pracę oraz zwrotu poniesionych wydatków (art. 376 I OR). Jeżeli wynagrodzenie miało być ustalone według nakładów pracy, wysokość należnego wykonawcy wynagrodzenia ustala się według nakładów pracy, jakie musiałby ponieść w celu ponownego wykonania dzieła⁷⁵. Roszczenie o zapłatę wynagrodzenia, pomimo niedostarczenia dzieła, przysługuje wykonawcy także w przypadku, gdy dzieło uległo zniszczeniu z przyczyn tkwiących w materiale dostarczonym przez zamawiającego lub w nieruchomości, na której wykonywane było dzieło, bądź na skutek wskazówek zamawiającego, którym wykonawca się sprzeciwił. Przesłanką roszczenia w tych sytuacjach jest uprzednie niezwłoczne poinformowanie zamawiającego o zaistniałych przeszkodach. Wysokość roszczenia w tej sytuacji nie może przekroczyć poniesionych nakładów pracy wraz z niezbędnymi w nich pokrycia wydatkami na wykonanie dzieła. Odszkodowanie za szkody poniesione przez wykonawcę może być dochodzone na zasadach ogólnych (art. 376 III OR). Utrata dzieła ani zapłata odszkodowania nie zwalnia wykonawcy z obowiązku spełnienia

⁷⁴ *Ibidem*, s. 207.

⁷⁵ *Ibidem*.

świadczenia, jeżeli dzieło jest nadal możliwe do wykonania⁷⁶. Zamawiający ponosi ponadto ryzyko niemożliwości wykonania dzieła z przyczyn leżących wyłącznie po jego stronie. Wykonawca może żądać wówczas wynagrodzenia za wykonaną pracę i poniesione dodatkowe wydatki (art. 378 I OR), a w przypadku zawinionej przez zamawiającego niemożliwości wykonania dzieła także dodatkowego odszkodowania (art. 378 II OR).

Zamawiający może odstąpić od umowy o dzieło (ze skutkiem *ex tunc*), nawet przed upływem terminu wykonania dzieła, jeżeli przedsiębiorca spóźnia się z rozpoczęciem albo wykonaniem dzieła w takim stopniu, iż można przewidywać, że nie ukończy go w terminie (art. 366 I OR)⁷⁷. Jeżeli dzieło, z winy przedsiębiorcy, wykonywane jest wadliwie lub niezgodnie z umową, zamawiający może wyznaczyć mu odpowiedni termin do zmiany sposobu wykonania dzieła z zagrożeniem, iż w razie dalszego wadliwego wykonania dzieła, zamawiający będzie uprawniony do powierzenia usunięcia niezgodności albo dalszego wykonania dzieła zgodnie z umową osobom trzecim na koszt i ryzyko wykonawcy (art. 366 II OR). Wykonanie zastępcze nie wymaga w tej sytuacji zezwolenia sądu⁷⁸. Według poglądów części doktryny zamawiającemu przysługuje także, analogiczna do uregulowanej w art. 366 I OR, możliwość odstąpienia od umowy⁷⁹. Kolejnym wyjątkiem od zasady *pacta sunt servanda* jest dopuszczone w art. 377 OR uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy w każdym czasie przed ukończeniem dzieła za zapłatą przedsiębiorcy pełnego odszkodowania w zakresie *damnum emergens* i *lucrum caessans*⁸⁰.

Osobisty charakter świadczenia bądź nadzoru przy wykonaniu dzieła skutkuje w przypadku śmierci wykonawcy dzieła niemożliwością wykonania umowy. Wówczas, podobnie jak w sytuacji niezawinionej niemożliwości świadczenia dłużnika, umowa o dzieło wygasa. W obu przypadkach zamawiający uprawniony jest do odbioru nieukończonego dzieła lub jego części za częściowym wynagrodzeniem (art. 379 I OR). W przypadku niewykonania umowy, z powodu innych poza wymienionymi przyczyn, wykonawcy (bądź jego spadkobiercom) nie przysługuje roszczenie o zapłatę wynagrodzenia.

⁷⁶ H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 291.

⁷⁷ Według poglądów części doktryny, znajdujących potwierdzenie w orzecznictwie szwajcarskiego Sądu Najwyższego, zamawiającemu przysługuje w tej sytuacji wybór między odstąpieniem a wypowiedzeniem umowy ze skutkiem *ex nunc* — zob. P. Lehmann (w:) H. Honsell: *Kurzkomentar...*, *op. cit.*, s. 1395, art. 366, nb 6–7.

⁷⁸ P. Lehmann (w:) H. Honsell: *Kurzkomentar...*, *op. cit.*, s. 1396, art. 366, nb 13.

⁷⁹ Tak H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 288; zob. też P. Lehmann (w:) H. Honsell: *Kurzkomentar...*, *op. cit.*, s. 1397, art. 366, nb 16.

⁸⁰ Odszkodowanie należne wykonawcy na podstawie art. 377 OR ustalane jest w praktyce orzeczniczej według tzw. *Abzugsmethode*, według której należy pomniejszyć pełne wynagrodzenie za dzieło o zaoszczędzone przez przedsiębiorcę wydatki, które poniósłby dalej, wykonując dzieło, oraz o dochody możliwe do uzyskania w czasie, który przeznaczylby na wykonanie dzieła. Ten sposób kalkulacji bywa krytykowany jako niezgodny z *Additionsmethode* wyraźnie przyjętej na gruncie art. 377 OR oraz sprzyjający niedopuszczalnemu przeniesieniu ciężaru dowodu na zamawiającego. Wskazuje się jednak, iż oba sposoby wyznaczania odszkodowania prowadzą w praktyce do zbliżonych rezultatów — por. H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 288–289, wraz z powołanymi tam poglądami.

Obowiązek zapłaty ceny powstaje w chwili odbioru dzieła (art 372 I OR). Przepisy art. 367–371 OR wprowadzają, odrębną od rękojmi za wady rzeczy sprzedanej (zob. art. 197–210 OR), regulację rękojmi za wady dzieła. Zgodnie z art. 367 OR po dostawie dzieła zamawiający zobowiązany jest dokonać jego sprawdzenia, a w razie stwierdzenia wad zgłosić je wykonawcy. W razie wadliwości rzeczy zamawiającemu, co do zasady, przysługuje wybór między żądaniem obniżenia ceny dzieła, naprawienia albo wymiany rzeczy; może żądać także naprawienia szkody (art. 368 II OR)⁸¹. W przypadku istotnej niezgodności dzieła z umową albo istnienia wad powodujących nieprzydatność dzieła dla zamawiającego, albo gdy nie jest możliwe obniżenie ceny, zamawiający może odmówić odbioru dzieła, powstrzymać się z zapłatą ceny, a także żądać pokrycia szkody poniesionej wskutek wadliwości dzieła, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność (por. art. 368 I OR). Przy ustalaniu odpowiedzialności odszkodowawczej zastosowanie znajduje przepis art. 43 I OR, zgodnie z którym rodzaj i wielkość odszkodowania za poniesione szkody podlega konkretyzacji przez sąd rozstrzygający w konkretnej sprawie. Odmowa lub niezdolność usunięcia wad dzieła przez wykonawcę uprawnia zamawiającego do powierzenia naprawy osobom trzecim (wykonanie zastępcze bez zgody sądu) i zażądania od wykonawcy zwrotu poniesionych kosztów jako odszkodowania na zasadach ogólnych (art. 98 I OR). Okres przedawnienia roszczeń z tytułu rękojmi regulowany jest przepisami o charakterze dyspozytywnym⁸².

6. UWAGI KOŃCOWE

Szwajcarski kodeks zobowiązań pomimo ponad stu lat obowiązywania przetrwał próbę czasu. Jakkolwiek nie pozostawał niezmienny. Nowelizacje, którym był poddawany, wynikały z potrzeby dostosowania prawa do zmieniających się potrzeb obrotu gospodarczego. Większość zmian dokonywana była jednak zgodnie z naturą kodyfikacji, odpowiadając postulatowi kontynuacji i pewności prawa oraz zachowania zgodności z duchem narodu⁸³.

⁸¹ Swoboda wyboru roszczenia podlega ograniczeniom wynikającym z właściwości rzeczy, możliwości wykonawcy, a także przepisów szczególnych, np. art. 368 III OR wykluczającego wymianę rzeczy w przypadku dzieła wykonywanego na nieruchomości, czy też art. 169 SIA–Norm 118 ograniczającego uprawnienia zamawiającego (roboty budowlane) do naprawy rzeczy. Wybór sposobu usunięcia wad rzeczy wiąże wykonawcę i prowadzi do wygaśnięcia pozostałych roszczeń/uprawnień. Chociaż orzecznictwo sądów kantonalnych dopuszcza zmianę sposobu usunięcia wady w sytuacji, gdy wykonawca zwleka lub odmawia usunięcia wad w wybrany sposób — zob. H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 294.

⁸² Roszczenia przedawniają się z upływem dwóch lat od dnia dostarczenia rzeczy ruchomej i z upływem pięciu lat od dnia wydania dzieła, którym jest nieruchomość. Przy wadach podstępnie zatajonych przedawnienie wynosi 10 lat od dnia wydania rzeczy, niezależnie od charakteru dzieła. Roszczenia przeciw architektom przedawniają się z upływem pięciu lat (art. 371 II OR). Zob. też E. Bucher: *Obligationenrecht...*, *op. cit.*, s. 211.

⁸³ E. Bucher: *Hundert...*, *op. cit.*, s. 362 i 366–367.

Impulsem intensywnych współczesnych reform szwajcarskiego prawa zobowiązań stały się jednak także procesy europeizacji prawa prywatnego. Zbliżanie, a w pewnych obszarach ujednolicanie, systemów prawnych państw UE ukazało niepożądane dla rozwoju stosunków bilateralnych między Szwajcarią i UE ryzyko przestrzennego i czasowego odizolowania prawa szwajcarskiego. W konsekwencji skłoniło ustawodawcę szwajcarskiego do przyjęcia wielu nowelizacji zgodnych z kierunkami legislacji europejskiej⁸⁴. Przyczyną około 30% reform prawa materialnego przeprowadzonych w latach 1990–2010 było zapewnienie kompatybilności prawa szwajcarskiego z prawem Unii Europejskiej⁸⁵. W kontekście tych nowelizacji podnosi się jednak, iż narzucony przez prawo europejskie kierunek reform ograniczył swobodę legislacyjną ustawodawcy szwajcarskiego, wykluczając przyjęcie odmiennych autonomicznych rozwiązań krajowych, a tempo zmian spowodowało obniżenie jakości i przejrzystości prawa⁸⁶.

Jakkolwiek potrzeba dalszych nowelizacji ZGB nie jest kwestionowana, podnoszone postulaty nie zmierzają do generalnej rewizji szwajcarskiej kodyfikacji⁸⁷. Podkreślane są walory kodyfikacji, jak jasność redakcji przepisów i elastyczność zawdzięczana klauzulom generalnym i szerokim ustawowym podstawom uznania sędziowskiego⁸⁸. Wskazywany jest też, jakkolwiek nie bez cienia krytyki, „życiowy” charakter ZGB, jego zrozumiałość i przejrzystość. Sposób redakcji kodeksu bywa wręcz kontrastowany z nadmiernie abstrakcyjnym i stechnicyzowanym BGB⁸⁹. Zwolennicy reform nie bez racji wskazują jednak, iż wykreowana w duchu dziewiętnastowiecznej pandektystyki regulacja nie jest w stanie sprostać wyzwaniom współczesnych problemów prawnych⁹⁰. Jednak jego reformy nie powinny prowadzić do utraty zindywidualizowanego i głęboko narodowego (w pewnym sensie nawet supranarodowego) charakteru ZGB⁹¹.

Oczywiście można postawić pytanie, czy szwajcarski kodeks zobowiązań może nadal służyć ustawodawcy polskiemu za wzorzec kodyfikacji umów o świadczenie usług. Pozostawanie Szwajcarii poza głównym nurtem europejskich procesów integracyjnych oraz „bliskość” kodyfikacji wchodzących w życie w poszczególnych

⁸⁴ Wpływ konsumenckiego *acquis communautaire* UE jest dostrzegalny w nowych regulacjach prawa konsumenckiego dotyczących odpowiedzialności za produkt niebezpieczny, podróży pakietowych, kredytu konsumenckiego.

⁸⁵ Zob. S. Jenni: *Dynamische Rechtsübernahme*, Neue Zürcher Zeitung z 27 listopada 2012 r., nr 276, s. 21; S. Jenni: *Europeanization of Swiss Law—Making: Empirics and Rhetoric re—Drafting Apart*, Swiss Political Science Review 2014, z. 20(2), s. 210.

⁸⁶ S. Jenni: *Dynamische Rechtsübernahme*, *op. cit.*, s. 21.

⁸⁷ P. von Breitschmid: *Die Fortentwicklung des schweizerischen ZGB: Eigenständigkeit und Fremdeinflüsse*, *RabelsZ* 2008, Bd 72, s. 722.

⁸⁸ E.A. Kramer: *Der Still...*, *op. cit.*, s. 774–776 i 793. Zwięzłość i prostota redakcji przepisów bywa niekiedy oceniana jako nadmierna; zob. E. Bucher: *Hundert...*, *op. cit.*, s. 357–358.

⁸⁹ Por. A. Kaczmarczyk, K. Nieciecka, R. Wojciechowski: *Eugen Huber...*, *op. cit.*, s. 31–33.

⁹⁰ I. Schwenzer: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 4.

⁹¹ P. von Breitschmid: *Die Fortentwicklung des schweizerischen ZGB: Eigenständigkeit und Fremdeinflüsse*, *RabelsZ* 2008, Bd 72, s. 722; E.A. Kramer: *Der Still...*, *op. cit.*, s. 789–790.

państwach UE, bezpośrednia dostępność europejskich modelowych aktów pozanormatywnych jak DCFR, a także wiek kodyfikacji szwajcarskiej z pewnością ograniczają jej wpływ jako kodyfikacji modelowej. Warto jednak pamiętać, iż OR jest rezultatem, poprzedzonej szerokimi badaniami porównawczymi, konsolidacji ustawodawstw kantonowych przesiąkniętych elementami germańskiej i romańskiej tradycji prawnej⁹². Ustawodawca szwajcarski sprostał nie tylko zadaniu ujednoczenia odrębnych regulacji kantonowych, lecz także stworzył regulację, która mogła być przetłumaczona i efektywnie stosowana w trzech oficjalnych językach obowiązujących na terytorium Szwajcarii (niemieckim, francuskim, włoskim)⁹³. ZGB jest ponadto kodyfikacją reprezentatywną dla ogólnoeuropejskiej tradycji prawnej prawa cywilnego. Okoliczności te nadają szwajcarskiej kodyfikacji, z racji porównawczych, walor kodyfikacji niezmiennie cennej dla krajowych i ponadnarodowych przedsięwzięć kodyfikacyjnych⁹⁴.

ELWIRA MACIERZYŃSKA–FRANASZCZYK

SERVICE CONTRACTS UNDER THE SWISS LAW

S u m m a r y

The article presents the development and current state of the Swiss provisions of service contracts included in the Swiss Law of Obligation of 1912. The Act created by the Swiss legislature serves from more than hundred years as a classical pattern and inspiration to various European legislative bodies. Examples of legal solutions and structures of service contracts developed in the Swiss Law of Obligation can be found even in German Civil Code, not to mention the Polish provisions of specific work contract or mandate contract. However, the Swiss Law of Obligation, despite its significance and position among the major European codifications, neither exists in vacuum, nor remains unchanged. The number of amendments implemented since 1990 were influenced by the legal developments in the European Union.

The question is whether the Swiss Law of Obligation remains unique and whether it may still serve as a model codification for the Polish and European legislator.

The article not only presents the current structure of the Swiss Code, exposes the leading types of service contracts and its features, with extensive references to the Swiss doctrine and jurisprudence, but also responds briefly the above question.

⁹² Historyczne podstawy kształtowania ustawodawstwa szwajcarskiego przedstawia J.M. Reiner: *Europäische Privatrecht. Die Rechtsvergleichung*, Salzburger Studien zum Europäischen Privatrecht 2007, s. 228–234.

⁹³ Zob. A. Kaczmarczyk, K. Nieciecka, R. Wojciechowski: *Eugen Huber...*, *op. cit.*, s. 33–34.

⁹⁴ Por. E.A. Kramer: *Der Still...*, *op. cit.*, s. 793; J.M. Reiner: *Europäische...*, *op. cit.*, s. 233–234.